

# L'équité

intervention de Jean-Jacques Sarfati  
stage du 5 février 2010

Les concepts sont parfois comme les hommes, ils sont enfermés, clos par une idée que l'on peut se faire d'eux et qui leur interdit d'obtenir l'existence qui pourrait leur convenir. Tel est le cas de l'équité. Celle-ci fait l'objet une double reconnaissance qui n'est pourtant qu'une demi-reconnaissance. L'équité est en effet reconnue par les philosophes. Ils la connaissent. Ils en parlent. Toutefois, celle-ci est également reconnue par les juristes. En effet l'équité est un instrument du droit positif. Elle est partie intégrante de celui-ci. L'équité semble vivre entre le droit et la philosophie. Mais cette double vie est close car elle souffre de deux visions qui la contraignent : d'une part, certains estiment qu'elle n'existe pas et qu'elle n'est qu'un leurre. D'autre part d'autres - les idéalistes pour aller vite - lui accordent une place si importante, lui donnent une définition si ouverte qu'elle finit donc par être tout et le contraire de ce qu'elle est. L'équité bien que doublement reconnue est méconnue. Mais tel est précisément son problème et il est double : une question de détermination et une question de place.

La détermination :

mon but ici est d'intervenir pour comprendre ce qu'est l'équité et de tenter de savoir ce qu'elle est. Savoir ce qu'est une chose peut s'entendre de deux manières :

- d'une part, déterminer l'essence intime de la chose, ne pas mettre certaines propriétés de l'objet à la place de son essence...
- d'autre part, saisir l'équité dans ce qu'elle peut avoir de concret....

La notion d'équité donne lieu à trois remarques :

- d'une part peu s'accordent sur la définition de ce terme souvent d'ailleurs peu défini par les juristes, à quelques exceptions ;
- d'autre part, qu'il semble bien difficile de comprendre l'équité qui pourrait être une forme d'anti-concept, un de ces termes qui ne se définit pas, qui renvoie à une forme d'illimitation....
- enfin ,tout le monde n'appelle pas équitables les mêmes faits ou actes. Chacun ne place pas le terme au même niveau. Pourquoi ? Quel est le sens de cette diversité ?

La place de l'équité, plus particulièrement en droit français positif :

Si, comme je l'ai dit, certains lui accordent une place démesurée, tel n'est pas le cas des juristes français qui étudient fort peu ce sujet. Cette tendance à l'ignorance semble cependant s'estomper. Je prends précisément cela comme un « air du temps » justement et cet air du temps me semble devoir conduire à une reconnaissance de plus en plus grande de ce concept, de cette idée. Pour preuve une évolution de la doctrine notamment... Je n'ai pas ici prétention de faire œuvre exhaustive sur le sujet mais juste confirmer une tendance...

Ainsi on peut comparer ce qu'écrit Mr Goubeaux dans son *introduction au droit* § 229 (édition LGDJ Ed 1997) : « l'équité n'est qu'une notion morale, une valeur dont le juge et plus généralement le juriste ne doivent pas tenir compte. Elle ne peut être la source de règles. » avec ce qu'écrivait - 20 ans plus tard - G. Cornu dans son *Introduction au droit civil* (Montchrétien. 13ème édition. 2007). Après avoir noté que

« par crainte de l'arbitraire judiciaire, le droit français n'a pas investi le juge d'un pouvoir général d'équité... » et noté le caractère exceptionnel de ce pouvoir modérateur, celui-ci écrivait ensuite cependant : « d'une manière indirecte mais générale et diffuse, le sentiment de devoir rendre une justice d'équité est ancré comme une exigence fondamentale dans la conscience du juge. Si bien qu'en dehors des cas déterminés, les juges sont appelés et ont à cœur de rendre une justice conforme à l'équité » (n° 182). L'équité semble donc devoir être l'objectif poursuivi par les juges selon la doctrine. Celle-ci reste cependant présente en droit positif. Toutefois, il n'existe pas d'*equity* au sens anglo-saxon mais des articles de lois spéciales ou générales et non des moindres. L'un des articles

phare en effet du code civil français est l'article 1134. Toutefois comme l'écrivait récemment Sylvie Lebreton dans la thèse qu'elle a consacrée à la question des contrats de distribution, de nombreuses jurisprudences, notamment celles de l'assemblée plénière du 1/12/1995 sanctionnent les comportements déloyaux en matière de distribution par exemple et "la théorie de l'abus de droit" est perçue comme un instrument d'équité (p. 127 de sa thèse publiée à la Litec). Ils visent donc l'article 1135 du code civil. Je pense que nous pourrions y ajouter la théorie des troubles de voisinages et quelques autres techniques juridiques.

Or cet article 1135 qu'elle nomme "énigmatique" (cette phrase en dit long sur la perplexité des juristes quant à la détermination de ce concept), dispose : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». A cet article il faut ajouter - toujours pas de sentiment exhaustivité - l'article 1152 Alinéa 2 du code civil et la modération des clauses pénales, également l'article 1579 du code civil en matière de régime matrimoniaux etc... A cela il convient notamment d'ajouter les récentes déclarations de nos dirigeants. *Discours du Président de la République devant le Parlement sud Africain* le jeudi 28 février 2008 : " A l'inégalité, à l'exploitation, au ressentiment, je veux opposer l'égalité, l'équité et le respect entre l'Europe et l'Afrique."

Mais il y aussi les textes européens officiels, tels que le Livre blanc européen sur le sport comme le traité de Lisbonne. Ils se réfèrent à une spécificité sportive, à la nécessaire recherche de l'équité dans les compétitions sportives européennes et à la place centrale du sport dans la formation et l'éducation. Il ne faut pas oublier également le droit à un procès équitable qui fait partie intégrante du droit européen.

Toutefois, malgré ce développement, l'existence de l'équité en droit positif reste limitée. En conséquence, outre la question de savoir ce qu'est l'équité, s'ajoute le problème d'une existence qui semble à la fois contestée et encore assez diffuse... Concept de l'ombre... Pourquoi ?

Pour résoudre ou tenter d'apporter, si ce n'est des solutions, au moins des réponses à ces deux problèmes, je vais ordonner mon exposé autour de trois moments :

1er moment : le moment historique. Je vais essayer précisément dans ce moment de passer par l'histoire afin de comprendre ce qui nous est arrivé. J'essaierai ainsi de comprendre pourquoi l'équité est apparue, et ce qui s'est passé ensuite, à savoir comment celle-ci est aujourd'hui redécouverte dans les conditions que nous savons.

2ème moment : le moment conceptuel. Je vais tenter de définir l'équité, saisir son essence, et partant de cette essence, tenter de saisir les raisons pour lesquelles cette équité est occultée et en quoi précisément celle-ci est cause des embarras des juristes comme je l'ai indiqué.

3ème moment : le moment pratique. Je vais tenter en partant de cette situation d'une équité occultée mais fortement présente, de savoir comment faire vivre l'équité et de quelle manière ?

## **1ER MOMENT. L'EQUITE ET LA PENSEE DU DROIT OCCIDENTAL : DE LA RECONNAISSANCE A LA REDECouverte**

Dans ce moment, je vais tenter de dresser une brève histoire des idées politiques et juridiques à l'égard de l'équité. Cette histoire je l'ai résumée en une formule : l'équité de la reconnaissance à la redécouverte.

En effet, la relation du droit à l'égard de l'équité s'est opérée en quatre phases :

L'invention ou la reconnaissance grecque.

La négation des Lumières.

La condamnation des post modernes.

La redécouverte contemporaine. Nous vivons à l'heure de cette redécouverte.

Cette phase historique doit, je l'espère me permettre d'expliquer une partie du problème : à savoir une des raisons pour laquelle l'équité existe mais pourquoi elle est occultée et en quoi cette occultation cause problème, crée de la souffrance, des tensions chez le juriste. Pour ce faire je vais donc commencer par la première partie, celle de l'invention.

#### I) L'invention ou la reconnaissance grecque

La Bible fait fréquemment référence aux nécessités de la justice et de la charité. Elle fustige régulièrement - par la voix de ses prophètes - ceux qui oublient l'esprit de la Loi au profit d'une lettre vide de sens. Cependant, elle distingue rarement le droit de l'équité dans le sens où l'occident entend désormais ces termes. Pour elle les deux concepts paraissent synonymes. Cependant, la question est assez complexe. Des textes comme ceux de Jephthé, notamment dans le passage des « Juges » restent énigmatiques. Ils appellent une étude spécifique (Juges 11-29 à 12-1) en relation, peut-être, avec la tragédie d'Antigone qui en présente une forme quasi inversée.

Quoi qu'il en soit, il semble que l'équité - dans la forme, disons « occidentale », que nous lui connaissons - n'apparaisse en « tant que telle » qu'à partir du moment où la distorsion s'opère entre le théologique et le politique et où les dieux quittent la scène du monde ou en sont exclus.

Cette distorsion - ou cette exclusion ou ce retrait, qui sait ? - a commencé avec Platon, notamment dans *Le Politique* et s'est accentuée avec Aristote que l'on peut tenir pour le véritable inventeur de l'équité au sens où elle est aujourd'hui entendue par les juristes occidentaux et la "doxa". Celle-ci apparaît à deux reprises dans l'œuvre d'Aristote, dans *L'éthique à Nicomaque* et dans *La rhétorique*. En fait dans *La rhétorique* le terme équité n'est pas toujours cité. L'équité apparaîtra sur trois aspects : la correction d'une loi trop générale pour s'appliquer aux cas particuliers, le fondement de toute idée de justice et la question de l'homme équitable.

Dans *La rhétorique*

En 1373 B. Aristote distingue la loi particulière et la loi commune. La loi commune est celle qui relève de « l'être des choses ». Elle dit « le juste et l'injuste » « même si les hommes ne sont liés par aucune communauté ni par aucune relation contractuelle ». Il cite alors Sophocle et Antigone. « Ce n'est pas de maintenant ni d'hier que ces lois sont en vigueur et personne ne sait d'où vient leur lumière ». Il cite également Empédocle : « la règle vaut pour tous et s'étend à travers tout l'univers ». En conséquence, l'équité est vue comme une loi universelle qui est également éternelle et elle s'applique à tous les hommes. L'équité s'apparente donc à ce qui sera appelé plus tard le droit naturel, par opposition au droit positif. Elle est universelle alors que le droit positif est spatio-temporel.

L'équitable est-il le juste ? Nullement. En effet 1374 a, il écrit : « L'équitable semble être le juste mais l'équitable c'est le juste qui va au-delà de la loi écrite. » En fait il indique que celle-ci doit viser deux points :

- soit, lorsque la loi est trop peu parfaite et ne peut viser tous les cas particuliers, l'équité sert à redresser la loi ;

- soit, dans les autres cas, elle doit permettre une logique qui favorise plus la médiation que le procès, l'entente que le jugement.

Il écrit en effet : « l'équité, c'est avoir de la compréhension pour ce que sont les hommes ; c'est regarder moins à la loi qu'au législateur, moins à la lettre de la loi qu'à l'esprit du législateur, moins l'action que l'intention, moins la partie que le tout, moins à l'individu actuel qu'à ce qu'il a été toujours et le plus souvent. C'est aussi se rappeler le bien plutôt que le mal qui nous a été fait et le bien qui nous a été fait plutôt que celui que nous avons fait. C'est aussi savoir supporter l'injustice. C'est préférer qu'un différend soit résolu par la parole plutôt que par un acte. C'est préférer s'en remettre à la médiation plutôt qu'au procès car le médiateur voit l'équité tandis que le juge voit la loi et d'ailleurs la médiation a été inventée pour donner sa force à l'équité ».

Dans *L'éthique à Nicomaque*

En 1137 a, il rappelle que l'équité n'est pas le juste. Toutefois il indique que justice et équité ne sont (selon la traduction de Tricot) « ni absolument identiques ni génétiquement différentes ». Elles ont

donc la même source (1137 a 35). En fait il écrit que l'équitable est « non le juste selon la loi mais un correctif de la justice légale » (1137 a 10). En effet la « matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité ». Pour Aristote en effet, tout ce qui relève du monde sublunaire est mouvant et nulle loi ne peut donc prévoir les choses de manière certaine.

Il utilise alors cette fameuse métaphore : « la règle aussi est indéterminée à la façon de la règle de plomb utilisée dans les constructions à Lesbos ; de même que la règle épouse les contours de la pierre et n'est pas rigide, ainsi le décret s'adapte aux faits »... (1137 b 30). L'équité sert donc à corriger une loi qui n'est pas toujours adaptée aux cas d'espèce.

Il s'intéresse ensuite à l'homme équitable. Pour lui, ce dernier parvient à trouver en toutes circonstances la « forme » adéquate. Mais de surcroît certains traits « matériels » permettent de le déterminer. Ainsi « L'homme équitable est celui qui ne prend pas avantage de ses droits devant le tribunal si cela ne lui paraît pas approprié » Il est celui « qui a tendance à choisir et à accomplir les actions équitables et ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire ». Il a donc « tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté » (1137 b 35). En d'autres termes, l'homme équitable est bien celui qui sait user avec justesse et justice de la loi. Mais celui-ci ne peut l'être s'il ignore cette justice particulière et s'il ne l'est avec lui-même. La justice alors s'entend aussi chez Aristote sous un angle plus « psychologique ».

En conclusion nous voyons qu'avec Aristote, surgissent trois aspects de l'équité : a) l'homme équitable, b) le fondement du droit positif et c) le correctif de la justice légale. Pour lui, "l'équité n'est pas la justice en tant que telle mais une justice qui sert à corriger le droit positif". En d'autres termes, avec Aristote l'équité est une forme de justice qui permet de rendre la loi positive plus juste. L'équité sous ses deux derniers aspects apparaîtra à plusieurs reprises. La première mouture de celle-ci sera, en revanche plus ignorée. Cependant - en arguant de raisons contingentes et purement judiciaires - notamment l'abus de Parlements et de juges qui jugeaient en équité et qui sous couvert de celle-ci rendaient des décisions iniques et arbitraires (un dicton fameux sous l'Ancien régime devait résumer cette doxa " je me méfie de l'équité des Parlements") - c'est l'équité en son ensemble que les modernes chercheront à nier sous des formes qu'il convient à présent d'exposer.

## II) La négation moderne et européenne de l'équité

### *Hobbes ou la négation totale*

Fidèle à la vision autoritaire qu'il se faisait du droit, Hobbes ne pouvait voir en l'équité ce qu'Aristote avait découvert. Pour lui, « C'est l'autorité, non la vérité qui fait la loi... Dans le *Léviathan* il plaide pour le respect du sens littéral de la loi car l'intention du législateur est toujours supposée conforme à l'équité. Le juge doit donc, si le texte de la loi n'autorise pas pleinement une sentence raisonnable, le compléter par la loi de nature, ou si le cas est difficile, ajourner sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu un mandat plus détaillé. *Leviathan* Chapitre XXVI La position devait se clarifier plus encore dans le *Dialogue entre un philosophe et un légiste* (Trad. L et P Carrive, Vrin 1990. Réédition du texte posthume publié en 1681). Dans ce texte, alors que le juriste vante le droit anglais d'avoir été édifié au fil «des générations affiné et raffiné par un nombre infini de grands savants », Hobbes répond : « ce n'est pas la sagesse c'est l'autorité qui fait une loi... Que le droit ait été affiné par de graves savants voulant dire les professionnels du droit est manifestement faux car toutes les lois d'Angleterre ont été faites par les rois d'Angleterre en consultation avec la noblesse et les communes en Parlement parmi lesquels il n'y en avait pas un sur vingt qui fut juriste » p 29.

Hobbes ne croyait ni à l'homme équitable et encore moins à l'idée d'une équité comme fondement de la loi ou possible correction de celle-ci - sauf autorisation expresse du souverain. Montesquieu niera à moitié cette thèse et il la reprendra pour partie également.

### *Montesquieu ou la demi-négation*

L'auteur de *l'Esprit des lois* est souvent présenté comme un positiviste. Sa position sur cette question de l'équité est en fait une réponse à Hobbes. Il distingue, pour y parvenir, le fait et le droit,

ce qui est et ce qui doit être.

a) En droit, l'équité devait avoir deux aspects pour Montesquieu. Comme indiqué plus avant, d'une part, elle devait être fondatrice. Au livre I. Chapitre I il écrivait « avant qu'il y eut des lois faites, il avait des rapports de justice possible. Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les a établis ».

En revanche et d'autre part, l'équité ne devait nullement avoir un effet correcteur. Dans le fameux chapitre XI. 6, il devait écrire : « Les juges de la nation ne doivent être que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

b) S'il y a le droit, il y a également le fait. En fait Montesquieu devait constater que les choses étaient plus complexes qu'il ne le souhaitait. Concernant l'aspect fondateur de l'équité, Montesquieu devait au même chapitre I du Livre I constater qu'en général les législateurs s'inspirent rarement de ces rapports d'équité qu'ils ignorent le plus souvent élaborant les lois dans un chaos peu rationnel.

Concernant l'aspect correcteur, et l'intervention du juge, fidèle à sa démarche, Montesquieu devait distinguer un rôle différent joué par l'équité, prise au sens de compréhension et de tolérance de l'application de la loi suivant les régimes. Pour lui l'équité était présente en Monarchie car dans ce régime les juges tels des arbitres délibéraient ensemble et modifiaient leurs avis pour les rendre conforme à ceux des autres. Tel n'était pas le cas dans les républiques et en régime despotique. En démocratie (VI.3) la manière de juger était fixe pour ne pas heurter l'amour et la passion égalitaire des citoyens qui voulaient tous être jugés suivant la loi. En revanche, dans les régimes totalitaires, l'équité en tant que compréhension n'avait pas sa place car le but du droit était la sévérité et les décisions des magistrats était surtout marquée par l'arbitraire. (Egalement VI.3). En VI. 21 il devait réitérer sa position et la préciser écrivant plus précisément : « la clémence est la qualité distinctive des monarques. Dans la République, où l'on a pour principe la vertu, elle est moins nécessaire. Dans l'état despotique, elle est moins en usage parce qu'il faut contenir les grands de l'Etat par des exemples de sévérité ».

Fidèle à sa double approche à la fois théorique et empirique du droit (que Aron devait qualifier de sociologique avant l'heure) Montesquieu donnait donc à l'équité un statut variable selon les régimes juridiques. En droit, il n'en avait pas moins participé à la remise en cause et la critique de la position traditionnelle aristotélicienne déjà ébréchée par Hobbes. Le coup de grâce et la place ambiguë accordée à l'équité devait cependant intervenir en Allemagne quelques années plus tard avec E. Kant.

### *Kant ou la reconnaissance/négation de l'équité.*

La position de Kant sur la question de l'équité est complexe et, comme souvent, cet auteur a été assez mal lu sur le sujet. En fait, la lecture de sa pensée semble révéler une forme de reconnaissance/négation de l'équité. La formule peut paraître étrange mais j'entends ici que pour Kant, l'équité devait en effet se voir rejetée de la sphère du droit "strict" mais reconnue dans la morale et consacrée en tant que phare et guide de la conscience de tout bon magistrat. La *Doctrine du droit* est éloquente sur ce point. Dans l'*appendice à l'introduction de la doctrine du droit* (p 21 Ed. Renault) ce dernier devait évoquer l'existence d'un droit équivoque et d'un droit pris au sens strict. Le droit au sens strict était lié à l'idée et possibilité de contraindre. Mais écrit-il « on se représente aussi un droit au sens large (*jus latum*) où la faculté de contraindre ne peut être établie par aucune loi ». Or de ce droit véritable ou prétendu existe deux sortes : l'équité et le droit de nécessité. Et à propos de l'équité, il devait écrire : « l'équité n'est aucunement un principe servant à appeler les autres au simple accomplissement de leur devoir éthique. En fait celui qui exige quelque chose en se référant à ce principe s'appuie sur son droit avec simplement cette précision que lui manquent les conditions dont a besoin le juge pour pouvoir déterminer dans quelle mesure ou de quelle manière on pourrait donner satisfaction à sa prétention ».

En d'autres termes, pour lui, l'équité n'est pas du droit car elle est précisément trop floue pour pouvoir permettre à un juge de trancher. Il donne ainsi un exemple : « Celui qui, dans une société commerciale établie sur la base de l'égalité des profits en a pourtant fait plus que son partenaire

mais a connu cependant davantage de pertes lors d'épisodes malheureux peut selon l'équité exiger de la société plus qu'une répartition à parts égales avec les autres membres. Simplement d'après le droit proprement dit (strict) dans la mesure où l'on se représente un juge intervenant dans son cas, celui-ci ne dispose pas des données précises pour définir la part qui lui revient en fonction du contrat ».

Il reprend donc son idée selon laquelle l'équité ne peut aucunement servir à un juge qu'il voit comme Montesquieu comme un exécutant pour lui permettre de prendre la décision qui convient et être éclairée. L'équité est trop floue. Il reprend ainsi un autre exemple dont il est intéressant de noter qu'il fera l'objet d'une discussion conséquente en droit positif français sur les clauses dites d'indexation. Il écrit : « Le domestique auquel à la fin de l'année le salaire qui lui est dû est payé dans une monnaie qui, entre temps s'est dévaluée, avec laquelle il ne peut se procurer ce qu'il pouvait acquérir pour cette même somme lors de la conclusion du contrat, ne peut au sujet d'une valeur numéraire identique mais d'un pouvoir d'achat différent en appeler à son droit pour qu'on le dédommage mais il ne lui est possible au fond que de réclamer l'équité (une divinité muette qui ne peut être entendue devant un tribunal) ».

Kant rejette-t-il pour autant l'équité ? Non il va d'une part l'appliquer à ce que nous appellerons plus tard le droit administratif et rejeter celle-ci dans le domaine de la conscience. Il écrit en effet : « Il résulte aussi qu'un tribunal de l'équité contient en lui-même une contradiction. C'est uniquement là où il s'agit de droits propres au juge et quand les dispositions qu'il peut prendre concernent sa personne qu'il a le droit et le devoir de prêter l'oreille à l'équité. C'est le cas par exemple quand la couronne prend à sa charge les dommages que d'autres ont subi en la servant et pour lesquels ils supplient qu'elle les indemnise bien que, selon le droit strict, elle puisse écarter cette demande en mettant en avant le fait qu'ils avaient accepté d'assurer de tels services à leurs risques et périls.

La devise de l'équité est « le droit le plus strict est la plus grande injustice » mais on ne peut remédier à ce mal par la voie du droit bien que ce qui est en jeu est une exigence du droit parce que celle-ci relève uniquement du tribunal de la conscience alors que toute question de droit doit être portée devant un tribunal civil. »

En conclusion, les Modernes ont nié l'équité qu'Aristote avait reconnue sous la forme que nous lui connaissons et qui fut reprise par les juristes européens. Cette négation ne s'est cependant opérée dans les mêmes formes suivant les auteurs. Hobbes a refusé de lui donner une existence conséquente. Montesquieu a montré qu'elle existait peu en droit positif, à l'exception de régimes juridiques reconnaissant l'existence d'une forme d'élite judiciaire. Kant devait rejeter celle-ci dans la sphère de la morale et de la conscience professionnelle et ne devait donc pas interdire au juge d'en tenir en conscience compte sans pour autant s'y référer explicitement exception faite d'un cas précis. Avec les Modernes, la place de l'équité s'est donc embrouillée. Cette confusion a sans doute été léguée au droit positif occidental contemporain, ce qui explique les difficultés de reconnaissance explicite de celle-ci par les juristes qui peinent à la reconnaître et l'admettre en tant que telle craignant son aspect trop "flou". L'entre-deux-guerres occidental devait accélérer le mouvement et faire en sorte que la pensée de l'équité évolue de la négation vers la condamnation.

### III) La condamnation européenne de l'entre-deux-guerres ou l'aspect politique de l'équité

La pensée du droit, pendant la période de l'entre-deux-guerres a été dominée par l'opposition de deux auteurs qui, en Allemagne précisément ont marqué la pensée du droit : Hans Kelsen et C. Schmitt. Pour des raisons fort différentes, l'un et l'autre ont rejeté l'équité et refusé d'en reconnaître l'existence démontrant ainsi une forme de retour à Hobbes.

*Kelsen*

Dans *théorie générale du droit et de l'Etat*, ce dernier devait indiquer : « L'ordre juridique n'est qu'un système de normes... un ensemble de règles doué d'une unité et le concept de règles juridiques est le concept clef de la science du droit ». (p. 100). Il rajoutait, dans sa *doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* (p 440), condamnant ainsi radicalement l'équité en tant que fondatrice du droit : « Les normes de droit positif valent non pas parce qu'elles tirent leur origine

d'un principe absolument bon, équitable et juste mais parce qu'elles sont créées d'une certaine manière et passées par une certaine personne ». Pour lui le droit n'était que l'expression d'un vouloir. Comme le rappelle Norberto Bobbio en le citant. Pour Kelsen, le droit positif : « est une création de la volonté humaine. Il a un fondement complètement étranger au droit naturel car celui-ci en tant qu'ordre naturel n'a pas été créé par l'homme et par définition n'a pas été créé par un acte humain... » (*Kelsen et les sources du droit*. APD. T. 27. Sirey 1972 p.136)

Le rôle du juriste devait donc consister, pour Kelsen, non pas à s'interroger sur d'autres sources du droit mais à « analyser, décrire, classifier les différentes formes sous lesquelles cette création humaine qu'est le droit » s'opère. Certes, Kelsen a bien reconnu au juge un pouvoir modérateur mais celui-ci n'était possible que dans l'hypothèse où une norme accordait au juge le pouvoir d'opérer de telles modifications de la loi. En conséquence, Kelsen a bien condamné l'équité et ce de deux manières :

- d'une part, il n'a pas, contrairement à Aristote ou Montesquieu voire Kant par certains côtés par exemple, considéré que l'équité en tant que telle pouvait être le fondement du droit positif. Il est donc revenu à la fois sur les Anciens et sur les Lumières. Il n'a pas même placé l'équité au coeur de la conscience du magistrat.

- d'autre part, contrairement aux Anciens, il n'a pas fait de l'équité un moyen de contrer la loi et ne l'a pas mise au dessus des lois puisque selon lui celle-ci ne peut exister que par délégation de la loi. Cette position s'expliquait par le fait que (comme il l'écrivit dans la préface de sa *théorie pure du droit* écrite en 1934 en Allemagne ) précisément le but pour lui était d'éviter que certains se saisissent du droit pour invoquer des visions trop politiques de l'idée qu'ils pouvaient se faire de la justice. Pour le nazi, la justice n'était autre qu'un droit fondé sur l'exclusion de l'étranger et l'équité eut consisté à appliquer la loi en ce sens. Kelsen croyait en effet impossible de mettre les hommes d'accord sur l'idée de ce qui pouvait être appelé équitable chacun donnant son point de vue en fonction de ses options politiques. Or ceci ne pouvait conduire qu'à tuer le droit. Le caractère trop indéterminé de la notion en faisait une notion trop dangereuse pour une démocratie risquant à tout moment de tomber dans le piège de l'outrance politique.

### *Schmitt*

Une même condamnation mais pour des raisons opposées devait être opérée par C. Schmitt. Lui-même au contraire, soupçonné d'avoir collaboré un temps avec lesdits nazis. Schmitt est le représentant du courant décisionniste. Il a été surtout inspiré par les penseurs réactionnaires comme Donoso Cortès, Joseph de Maistre mais aussi par Nietzsche dans sa généalogie de la Morale (qu'il a certes mal lu) mais qui l'aura grandement inspiré. Pour Schmitt, le juge ne se décide jamais en appliquant une norme à un cas particulier. En fait, lorsque les juges décident ils le font en fonction de valeurs qu'ils déguisent ensuite sous une forme universelle (*Théologie politique* p. 31)

Schmitt critiquait donc le droit bourgeois précisément pour les références continues qu'il faisait à l'équité et qui n'étaient que des leurres, tout comme l'était la prétendue neutralité du droit libéral dont le seul objectif était de sauvegarder les idéaux de la bourgeoisie d'affaires. (*Ethique de l'Etat et Parlementarisme en démocratie* p129). Le droit était donc bien comme pour Kelsen la marque d'une volonté mais en fait une volonté de tromper et l'équité fut donc condamnée pour participer grandement à la dite tromperie, trompant en quelque sorte doublement puisque par surcroît elle prétendait trouver son origine dans un droit prétendu universel. Les choses cependant devaient changer et ce après la seconde guerre mondiale et la décolonisation et notre post-modernité vit précisément à l'heure de la redécouverte en quelque sorte de l'équité.

### IV) La post-modernité occidentale et la redécouverte de l'équité

Léo Strauss - qui fut suivi par Villey - firent retour à Aristote et ce retour ne manqua pas de conduire à une "re-découverte" de l'équité. Cependant, cette redécouverte fut le fait d'une doctrine considérée comme "réactionnaire" par certains en ce qu'elle se fondait trop sur le passé. Pourtant, comme nous le verrons, ces deux auteurs voulaient essentiellement réhabiliter l'idée de justice et

rappeler - comme Aristote - que celle-ci ne pouvait et ne devait se confondre avec une société commerciale, que son objet était plus élevé et qu'il devait notamment permettre l'élévation des citoyens. Face à ce concept trop flou, Rawls proposera une équité fondée sur des principes sociaux.

### *Léo Strauss ou le redécouvreur d'une équité de valeur*

Plusieurs auteurs témoignent de cette redécouverte. Le premier est sans doute Léo Strauss dans *Droit naturel et histoire* (University of Chicago press, 1953). Dans son introduction celui-ci écrivait, précisément contre les positivistes : « Le besoin de droit naturel est aussi manifeste aujourd'hui qu'il l'a été durant des siècles et même des millénaires. Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif et qui lui est supérieur ». (édition champs p. 14)

Pour lui le rejet de l'idée de droit naturel aurait des conséquences désastreuses. Il note d'ailleurs que : « l'exemple d'Aristote suffirait à montrer qu'on peut admettre le droit naturel sans croire à une providence particulière ni à une justice divine proprement dite... » p 94. Il militait donc pour un droit naturel et une équité « laïque » et écrivit notamment : "Ce qui distingue essentiellement la cité d'une bande de gangsters c'est qu'elle ne se contente pas simplement d'organiser et d'exprimer l'égoïsme collectif. Comme la fin ultime de la cité se confond avec celle de l'individu, ce qu'elle se propose donc n'est ni la guerre ni la conquête mais une activité pacifique conforme à la dignité de l'homme. Comme les classiques envisageaient les questions morales et politiques sous l'angle de la perfection humaine, ils n'étaient pas égalitaires. Les hommes ne sont pas tous également doués par la nature pour progresser dans le chemin de la perfection. » p 127. « Pour atteindre à son plus haut accomplissement, l'homme doit vivre dans la meilleure des sociétés, celle qui conduit le plus sûrement à l'excellence humaine. Cette société, les classiques la nomment la meilleure... » p 128.

Reprenant l'idée des classiques, il indique : « la loi doit être déposée aux mains de la catégorie d'hommes qui peut en dispenser les bienfaits de façon équitable, c'est-à-dire dans l'esprit même du législateur, et au besoin la compléter sous la pression des circonstances que le législateur n'avait pu prévoir. Les classiques pensaient que l'homme qui répond le mieux à ces exigences n'est pas le sage mais le gentilhomme. Le gentilhomme n'est pas le sage. Il est l'image, l'expression politique du sage... En somme, la doctrine classique du droit naturel revêt deux aspects distincts. A la question « quel est le meilleur régime politique ? » elle apporte une double réponse : en théorie le meilleur régime est le gouvernement des sages ; en pratique, c'est le gouvernement dans la loi, des gentilshommes ou régime mixte... » p 133 .

En France, Léo Strauss a eu un disciple (jamais avoué à ma connaissance) mais réel en la personne de Michel Villey. Considérant que le droit devait essentiellement être œuvre de juristes, Villey avait bien mis en évidence la contradiction des positivistes sur la question de l'attitude trop « rigide » à l'égard de loi. Il notait ainsi à l'égard de ces derniers qu'ils étaient « persuadés qu'il était juste d'observer le code de la route » mais ces derniers admettaient qu'une exception pouvait toujours fort bien être « justifiée au bénéfice du médecin ». (M. Villey, *Seize essais sur la philosophie du droit*, Ed. Dalloz 1969 p 36).

Croyant en l'importance des principes, Michel Villey estimait bien que tout l'art du juriste n'était pas « d'appliquer la règle » (p 229) et bien que la règle fût « le moyen du droit, jamais le droit... » (*Réflexions sur la philosophie du droit. Carnets. Textes préparés par M A Frison Roche et C. Jamin .* Preface. B Kriegel et F.Terré PUF1995 p 59). Il pensait donc bien qu'il fallait suivre « le droit positif en vertu du droit naturel... » (*Seize essais*, p 103). Outre que cela était conforme à l'idée qu'il se faisait du droit - un droit souple, adapté aux circonstances comme nous l'avons noté - Michel Villey pensait que la rigidité était impossible en ce domaine, le travail du juge consistant « aujourd'hui comme hier, à choisir dans la panoplie des règles légales alléguées de part, à puiser... au-delà de la règle légale » mais également « à forger de nouvelles règles à rendre une sentence adéquate au cas d'espèce toujours nouveau » (p 280). On ne pouvait donc faire en sorte que celui-ci

ignore sa propre conscience et qu'il était possible de lui « conseiller d'agir autrement qu'il ne doit » (p 33).

Michel Villey ne pensait pas que les règles juridiques puissent être « des critères préconstitués... s'imposant aux juges. » (S. Bauzon in sous la direction de C. Delsol et S. Bauzon, *Michel Villey, le juste partage*, Dalloz. 2007 p 21). Comme Aristote, il estimait que la loi n'était « que pédagogique » et ne considérait donc pas qu'elle devait être contrainte (*Réflexions sur la philosophie du droit* p 26). En conséquence, il considérait que l'usage de l'équité était nécessaire et il préférait « valoriser le discernement et le dialogue, ces deux remèdes à l'arbitraire plutôt que de subir l'aveugle laminoir de la loi positive érigée en juge unique... » (*Michel Villey, le juste partage*, p 3). Pour lui en effet l'équité n'était « pas l'antithèse du droit positif mais son achèvement, le dernier acte de cette entreprise collective » (M. Villey, *Philosophie du droit.. Définition et fins du droit. Les moyens du droit* Dalloz. 2001 p 326).

Villey et Strauss furent donc des adeptes d'une équité entendue au sens d'Aristote comme pouvant permettre au juge de modérer la loi et comme fondatrice. Rawls aura une vision plus sociale de celle-ci. Pour éviter tout mésusage de l'équité ou pour contrer toute justice fondée sur l'intuition, cet auteur optera pour une équité sociale et principielle.

### *J. Rawls ou l'équité sociale et principielle*

Dans un autre registre et d'une autre manière, plus vaste, un auteur qui a eu une influence considérable sur la pensée du droit ces dernières années, J. Rawls, est lui aussi une forme de redécouvreur de l'équité. Seulement pour lui, plus que l'idée de correction de la loi qu'il ne rejette pas, c'est d'abord l'idée d'une justice « comme équité » précisément qu'il développe dans son livre majeur (*Théorie de la justice*. Trad. C. Audart. Ed Point Seuil. 1987 I.1). Pour lui, « une société est bien ordonnée lorsqu'elle n'est pas seulement conçue pour favoriser le bien de ses membres mais lorsqu'elle est aussi déterminée par une conception publique de la justice » (entendue comme équité). Toutefois, Rawls propose une théorie sociale démocrate de la justice. En clair, pour lui est équitable ce qui est juste et est juste ce qui permet à la fois la reconnaissance de ses deux principes d'égalité et de différence. La justice, rappelons le pour lui est - notamment - que chaque homme, quelle que soit son origine, peut prétendre aux postes les plus élevés s'il en a les compétences. Cependant, il ne faut pas réduire la justice à l'égalité selon lui, et en conséquence, il admet des différences sociales entre les membres d'un même Etat si ces différences bénéficient aux plus défavorisés. Cette théorie fera l'objet de nombreux débats qu'il n'y a pas lieu de reprendre ici. Notons cependant que le concept d'équité apparaît à nouveau au § 52 de sa théorie. Dans ce texte, il se livre même à ce qu'il appelle « des arguments en faveur du principe d'équité ». Il écrit notamment : « lorsqu'un certain nombre de personnes s'engagent dans une entreprise de coopération mutuellement avantageuse en suivant certaines règles et qu'elles restreignent ainsi volontairement leur liberté, ceux qui sont soumis à ces restrictions ont droit à une obéissance semblable de la part de ceux qui en ont tiré un avantage. Nous ne pouvons tirer profit de la coopération des autres sans contribution en retour de notre part ».

Pour lui, les obligations juridiques et légales ne naissent que si « certaines conditions à l'arrière plan sont satisfaites. Se soumettre à des institutions manifestement injustes ou même y consentir ne peut créer aucune obligation ». Au § 53, lorsqu'il s'agit de se demander si un citoyen doit appliquer une loi injuste il répond : « Dans une situation presque juste du moins, il y a normalement un devoir d'obéir à des lois injustes à condition qu'elles ne dépassent pas un certain degré d'injustice »... (p. 396) Cette règle s'applique donc au magistrat. Comme Villey et Strauss, Rawls devait donc rétablir le principe d'équité comme fondement du droit. Il admet également l'idée d'une équité correctrice. En revanche, la notion d'homme équitable ne semble pas l'avoir trop préoccupé, ne croyant guère aux "intuitions" en matière de justice.

Conclusion de cette partie historique :

Nous avons ici esquissé avec ce premier travail une première réponse qui n'est qu'une hypothèse possible aux deux problèmes que nous nous posons. L'équité semble être un fondement du droit

positif qui est contesté par certains, notamment ceux qui croient que le droit est le fruit d'une volonté contingente et indépendante de toute idée d'universalité. La difficulté que nous rencontrons pour la définir semble résulter de désaccords sur son existence et sa nature même. Cette difficulté de définition explique les raisons pour lesquelles peut-être, celle-ci ne fait pas l'objet d'une reconnaissance explicite par le droit positif. Quel contenu lui donner ? Par nature, celle-ci paraît n'avoir aucune limite abstraite. Il nous faut donc cependant tenter, dans un second moment, de circonscrire le concept en proposant une théorie sur cette question.

## **2EME MOMENT. L' ESSENCE DE L' EQUITE**

Nous allons ici partir à la recherche de ce qu'elle est, de son essence. Qu'est ce que l'essence d'une chose ? Etymologiquement, c'est son étantéité, ce qui fait ce qu'elle est... En fait, l'essentiel est, dans le domaine des valeurs, au-dessus du nécessaire. Il est le plus que nécessaire. La biologie nous aide à comprendre ce qu'est le plus que nécessaire : pour la vie prise en son sens individuel - et non pour l'espèce - la nourriture est plus nécessaire que le besoin de reproduction qui reste nécessaire, mais l'eau plus nécessaire que la nourriture, l'air plus nécessaire que l'eau... Mais au dessus de tout, il y a le coeur. Lorsque le coeur s'arrête de battre la vie d'un individu s'achève.

L'essentiel est donc le coeur d'une chose. Qu'est-ce que le coeur de l'équité ? D'après ce que nous avons pu découvrir deux pistes s'ouvrent à nous : l'équité est soit un instrument de politique judiciaire (elle surgit dans des moments bien particuliers), soit une idée intemporelle. A laquelle de ces deux catégories appartient-elle ? Après avoir analysé l'hypothèse de l'équité comme instrument de politique judiciaire ou administrative, nous verrons qu'en fait l'essence de l'équité pour nous consiste en ce qu'elle est idée pratique.

### I) L'hypothèse de l'équité en tant qu'instrument juridique.

D'après ce que nous avons pu voir, l'apparition ou l'existence de l'équité est généralement expliquée par deux séries de thèses qui font d'elle une forme d'idée contingente. La première de ces hypothèses est celle qui relie l'équité et l'idée de crise de la loi A). La seconde fait de l'équité un signe de l'existence d'une forme de déclin démocratique et d'une élaboration plus aristocratique de la loi B). Il faut que nous examinions ces hypothèses afin de montrer qu'elles sont selon moi trop réductrices de ce concept.

#### *L'hypothèse de l'équité comme crise de la loi*

D'après nos recherches et ce qui est habituellement soutenu sur la question, il semble bien que le concept d'équité - entendue au sens occidental du terme, mais une étude devrait être opérée sur les relations entre Athènes et Jérusalem sur ce point et être approfondie - ait trouvé sa source dans la philosophie grecque du Vème siècle avant JC et plus particulièrement d'abord avec Platon et surtout avec Aristote. Chacun sait que Platon (et plus encore Aristote) sont des auteurs qui ont soutenu leurs philosophies au moment du déclin de la cité grecque et la montée d'une Grèce qui deviendra progressivement impérialiste. Chacun sait également que cette philosophie est généralement qualifiée de post-socratique au sens où elle est survenue après le meurtre du plus sage et plus juste de la cité, symbole ainsi du meurtre de la sagesse et de la justice en la personne de Socrate condamné à mort par la démocratie au nom de la loi. Dans un texte qu'elle a précisément écrit sur la conception de la loi chez les Grecs, Jacqueline de Romilly soutient la thèse très intéressante selon laquelle, en fait Platon - et par surcroît Aristote - ont soutenu leur philosophie du droit et ont "inventé" l'équité à la suite d'une crise de la loi survenue précisément après le meurtre de Socrate par Athènes. Cet assassinat légal aurait ainsi mis en évidence les limites de la loi pour le peuple d'Athènes. Socrate est en effet, nous dit-elle, celui qui préfère boire la cigüe plutôt que d'enfreindre les lois de la cité aussi injustes soient-elles.

Le rapprochement peut-être s'effectuer avec la période contemporaine et notre "redécouverte" de l'équité. Selon certains commentateurs, l'hyper positivisme qui serait le nôtre ne serait également

rien d'autre que la marque d'une crise de la loi qui aurait certainement son origine dans les meurtres commis au nom de celle-ci lors de la seconde guerre mondiale. Cette prise de conscience d'un possible lien entre la loi et la possibilité du meurtre par son truchement avait été mise en évidence par Nietzsche et Freud. Cette hypothèse a pris toute sa consistance lors du procès Eichman. H Arendt manifeste cette prise de conscience de la gravité du problème par certains intellectuels dans son essai : *Eichman à Jérusalem* ; elle y écrit (p 243 de l'édition Folio) : "Eichman, beaucoup moins intelligent que Jodl et presque sans instruction, savait obscurément que ce n'était pas un ordre mais une loi qui les avait transformés en criminels... l'ordre du führer concernant la solution finale fut suivi d'une pléthore de règles et de directives, toutes élaborées par des avocats spécialisés et des conseillers juridiques et non par des administrateurs. ". Ce que montre bien Arendt ici, c'est qu'il s'est opéré une prise de conscience après guerre, à savoir que l'on pouvait utiliser le prestige de la loi pour transformer les individus en criminels. Les intellectuels et les juristes se sont donc rendus à l'évidence que la loi pouvait servir des ambitions cruelles, ce qui n'était pas évident pour ceux qui avaient été nourris à une philosophie des Lumières, lue il est vrai un peu hâtivement. On s'est rendu à l'évidence qu'elle n'était qu'un moyen. Il a donc fallu redécouvrir d'autres méthodes pour trouver une légitimité aux jugements judiciaires et aux idées politiques. Cette crise de la loi ressemble étrangement à celle évoquée par Mme de Romilly et en un sens il y a certainement un lien entre la redécouverte contemporaine de l'équité et cette crise si "crise" il y a .

Celle-ci serait-elle cependant ce qui aurait justifié la création du concept ? Une vision stratégique de la question pourrait le laisser considérer. En effet, on pourrait ainsi estimer qu'au moment où la loi en tant qu'instrument de régulation est fortement contestée, elle ouvre plus facilement le flanc à la critique (or l'équité est d'une certaine manière une vision critique de la loi) et de l'autre elle peut favoriser la création de concepts judiciaires et juridiques pour légitimer les décisions juridiques indépendamment de la loi. En effet, il est indéniable que l'équité est bien un concept que le droit reconnaît, comme nous l'avons vu, ce même si cette reconnaissance est parfois occultée. Cette interprétation est séduisante. Il n'est pas certain qu'elle soit fondée. En la soutenant, on confond peut-être l'instrument de mesure de la maladie et la maladie. Rien n'interdit en effet de penser qu'en réalité l'équité réapparaît dans ces moments de doute, mais le fait qu'une chose apparaisse ne signifie pas qu'elle n'existait pas avant son apparition. L'équité a sans doute été découverte. Elle fait peut-être l'objet d'une redécouverte actuellement, mais ce qui est découvert n'est pas inventé. C. Colomb a découvert l'Amérique sans l'inventer. En conséquence, la simultanéité de la crise de la loi et de l'équité est sans doute la marque d'une caractéristique de l'équité qu'il faudra creuser, mais certainement pas la marque de son essence.

Reste alors une seconde hypothèse à envisager : l'hypothèse d'un relatif déclin démocratique ou d'une vision aristocratique de l'élaboration de la loi...

#### *L'hypothèse d'une équité instrument d'un droit élaboré par une élite aristocratique*

Cette hypothèse, on s'en souvient, a été développée par Montesquieu. Ce dernier soutient en effet que l'équité - vue comme modération dans l'application de la loi - se met en oeuvre plus aisément dans les régimes monarchiques ou aristocratiques. L'équité est ainsi la marque du pouvoir qui appartient aux magistrats dans ces régimes. Elle est le moyen par lequel ceux-ci font signification du pouvoir autonome dont ils disposent par rapport à la loi. Elle est aussi le moyen d'adapter une loi qui n'est pas toujours bien pensée à certaines situations pour obtenir des décisions de justice plus intelligentes et donc plus équitables en ce sens. Equité renverrait ici à une meilleure mesure, à une justice adéquate et adaptée.

Cette thèse est également corroborée par une certaine lecture qui peut être faite de la vision du droit tel qu'il devrait s'élaborer pour les penseurs contemporains de l'équité, ceux qui sont à l'origine de sa redécouverte : de Strauss à Rawls, en passant par Villey. En effet, tous insistent sur l'idée d'une inégalité entre les citoyens, inégalité qui justifie que certains aient plus que d'autres le droit de dire ce qui est juste. Cette idée d'une aristocratie élaborant le droit est défendue par Villey. Elle est aussi présente chez Strauss. Quant à Rawls, la grande spécificité de sa doctrine sur la justice consiste précisément dans le fait de justifier l'inégalité des situations en demandant aux plus puissants de

légitimer leur puissance par le souci du plus démuné... En un sens, Rawls se rapproche plus ici de Montesquieu qui voyait ainsi l'aristocrate, que de Kant qui se refusait à toute idée d'exception ou d'équité en droit. Rawls, nous l'avons noté, ne rejette pas cette idée ; mieux il en fait le fondement de sa doctrine sur la justice.

De plus, il faut noter qu'historiquement en droit français, il n'a été possible de faire appliquer un code civil incluant le fameux article 1135 qu'à partir du moment où l'on a commencé à douter de l'hyper légalisme soutenu par les Jacobins... La victoire de Thermidor seule a permis l'élaboration du Code Civil et avec elle la réintégration progressive de l'aristocratie d'ancien régime dans l'élaboration du droit.

Cette hypothèse "sociologique" d'une équité produite par l'élite juridique et politique comme marque de son pouvoir est à l'origine des critiques faites à l'encontre du concept, notamment par le courant sociologique ou une partie de celui-ci, qui pourrait alors soutenir que l'équité n'est en fait qu'un habillage, celui du pouvoir d'une certaine aristocratie qui maquillerait ses intérêts, favoriserait les passe droits sous couvert d'une équité qui légitimerait ces infractions. Cette hypothèse est séduisante. Elle a été certainement fondée en de nombreuses situations. Elle est peut-être vraie aujourd'hui, mais elle ne peut nous conduire à condamner en bloc l'équité et la réduire à n'être que cet instrument.

Un fait est certain et découle de ce qui a été indiqué : l'équité ne trouve sa raison d'être que sur un terrain politique, administratif ou juridique. Elle est destinée à ce terrain mais elle peut venir d'ailleurs comme le dit Aristote. Mais cet ailleurs peut être soit une source plus juste du droit, soit effectivement une volonté de domination d'une certaine classe sociale sur les autres. Si bien qu'il y a certainement deux équités : la bonne et la mauvaise. Mais l'idée de mauvaise équité laisse supposer la possible corruption d'une bonne... La mauvaise équité serait une perversion d'une bonne qui serait la vraie... Toute idée peut faire l'objet d'une inversion, d'un mauvais usage. Le mauvais usage d'une idée ne signifie pas que l'idée n'existe pas en tant que telle. Elle signifie simplement que toute idée quelle qu'elle soit peut être corrompue. Mais il n'y a pas que les idées qui peuvent se corrompre. Les hommes aussi... La preuve cependant que les idées peuvent être corrompues par de mauvaises intentions ou usages prouve si besoin en était qu'elles sont également "charnelles" ou au moins qu'elles sont intimement liées aux hommes. Plus que les autres idées sans doute, l'équité est sujette à la corruption car c'est une idée pratique.

## II) La proposition d'une équité comme idée pratique

Pour comprendre ce que je vais dire ici je vais exposer ce concept d'idée pratique, puis je tenterai d'exposer la nature de cette idée pratique, ce qui constitue le coeur de l'équité.

### A) L'idée pratique.

Pour comprendre ce que j'entends par idée pratique, il faut que je dise un mot de la manière dont je conçois les idées.

#### *Les idées*

L'idée peut s'entendre comme un noyau d'essentiel. Elle est ce qui porte l'essentiel d'une chose ainsi que les ramifications de cet essentiel. En tant que telle, l'idée est lourde de sens et oriente soit l'action soit la pensée des individus. Pour l'étude qui nous intéresse, il me semble judicieux de distinguer quatre types d'idées : a) les idées morales qui représentent les grandes notions morales et les signifient - justice, droit, etc... b) les idées pragmatiques qui permettent d'orienter une action - par exemple, l'idée que l'on se fait d'une profession c) les idées des individus : ce sont celles que se fait telle ou telle personne, et enfin d) les idées pratiques.

L'équité appartient à la catégorie des idées pratiques. En tant que telles, celles-ci forment un pont entre les idées morales, les idées pragmatiques et les idées des individus. En d'autres termes, les idées pratiques permettent un passage des unes vers les autres.

Les idées sont selon moi, hiérarchisées si elles sont placées en référence à l'objectivité ou à l'universalité. Les idées morales sont les plus universelles, les idées pragmatiques le sont un peu

moins et les idées des individus sont singulières et subjectives au sens où elles ne concernent qu'un individu. En revanche, les idées morales nous concernent tous. Si nous avons différentes conceptions de l'idée de justice, celle-ci en effet nous "parle" à tous, ce même si elle ne nous parle pas de la même façon. L'équité - comme toutes les idées pratiques - permet d'élever et de relier les idées proches des individus aux idées plus universelles. Elles en rapprochent. Y penser, les considérer, c'est se rapprocher peu à peu de ce qui est universel.

Toutes les idées, selon moi, ont une force bien fragile. En effet, elles peuvent s'user lorsque l'on s'en sert mal. Celui, en effet, qui se trouve être "victime" d'une vision néfaste ou corrompue de l'idée de justice peut à terme finir par ne plus croire en l'idée même de justice. De plus, nul ne peut réellement se faire une idée d'une chose ou d'un être s'il ne l'a pas vue mise en oeuvre. L'équité en tant qu'idée - pratique ou non - s'use donc lorsque l'on ne s'en sert pas - ou qu'on la corrompt - et c'est l'une de ses caractéristiques liées à son être d'idée. Son côté pratique fait que celui qui cherche à la mettre en oeuvre finit progressivement par "ouvrir" son champ personnel ou professionnel vers une vision plus universelle des choses. Il universalise sa pratique. Cet aspect « opérateur de passage » de l'équité explique les raisons pour lesquelles les juristes, les politiques mais aussi les philosophes s'intéressent à cette notion. Elle touche en effet tout autant la pratique et la mise en oeuvre du droit positif que l'idée plus générale de justice ou de morale qu'elle rappelle. C'est précisément son coeur : celui de servir de rappel.

### *Le coeur de l'équité*

Nous allons voir ici qu'elle est rappel et signe de la limite, et de plus, qu'en tant que rappel elle implique à la fois regard extérieur et intérieur.

Selon moi, l'équité fait le lien entre le monde moral et le monde de la pratique politique, juridique et administrative. On peut dire qu'elle constitue une sous partie de l'éthique. Elle rappelle une chose bien précise à ce système. Elle lui rappelle l'existence d'une sphère morale et plus particulièrement de l'idée de justice.

Qu'est-ce que l'idée de justice ? Pour moi, c'est ce qui fonde l'idée de limite... En conséquence l'équité est ce qui fait rappel et signe au monde judiciaire, politique et administratif de l'existence des limites de la loi et des limites même de l'idée de justice. En tant que telle, elle est donc rappel aux hommes du fait que la loi n'est qu'un simple moyen, un rappel de l'idée de limite, mais elle est précisément rappel aussi de cette limite en ce qu'il faut l'appliquer aux pouvoirs et facultés des hommes.

L'équité est donc rappel de la différence existant entre la norme et la limite. Les limites ne peuvent en effet aisément se normer. Elles se comprennent souvent à l'oeuvre. En revanche, les normes ont toutes des limites. Elles sont le fait des hommes, elles ne sont pas complètes, elles sont parfois iniques en certaines circonstances, voire, elles dépassent certaines limites en ce sens. Illustrons par un exemple ce que j'entends signifier : Un homme brûle un feu rouge. Il pourrait être sanctionné comme tout un chacun. Cependant, cet homme avait besoin de brûler ce feu rouge, c'était un médecin ou bien un père de famille qui devait aller rapidement pour retrouver son fils qui avait un besoin urgent de lui, etc... Il n'a jamais commis ce type d'infraction. L'équité - lorsqu'elle est invoquée - rappelle que la loi (celle qui sanctionne ceux qui brûlent un feu rouge) n'est là que pour rappeler aux hommes qu'ils doivent être prudents lorsqu'ils conduisent, car ils ont un instrument de mort entre leurs mains. Seulement elle doit rappeler aussi que la loi ne doit pas pour autant être elle-même un instrument de mort. L'équité donc ne dissout pas la loi. Elle la maintient en tant que telle. Le médecin se souvient qu'il doit respecter les feux rouges pour faire en sorte de ne pas oublier qu'il n'a pas tous les pouvoirs. Cependant l'équité est ici aussi pour rappeler qu'en tant que telle elle n'est pas une icône qu'il faut adorer. Il suffit qu'elle permette une discussion, des justifications. Donc l'équité est rappel au monde des praticiens du droit, de l'administratif et du politique de l'existence d'une autre sphère - la sphère morale - qui n'est pas visible en tant que telle et qui a besoin de rappels successifs. Elle est rappel que la loi n'est qu'un moyen propre à faire réfléchir et non une fin en soi. Elle est surtout rappel de l'existence de limites. Ceci étant indiqué, il convient alors de tenter de comprendre sa forme...

En tant que coeur elle est à la fois extérieure et intérieure. Elle fait va et vient entre l'un et l'autre. Le juriste L. CADIET soutient, dans un texte intitulé *L'équité dans l'office du juge civil* (p 99) qu'à la différence de la bonne foi qui agit de l'intérieur, en veillant à une exécution loyale de la part de chaque contractant, l'équité agit de l'extérieur en se plaçant à un point de vue plus élevé, celui de la justice. Il n'a pas tort sur ce point. L'équité est bien rappel au monde pratique de l'idée de justice, et l'idée de justice renvoie à celle de limite. Cette idée de limite, nous l'avons vu, n'appartient pas à la sphère pratique, ni juridique ni politique, mais elle est liée. De plus pour exister nous l'avons vu, elle a besoin d'être mise en oeuvre.

Toutefois elle n'est pas qu'extérieure. Elle implique également travail en intériorité. En tant qu'idée pratique, elle doit être vue ; elle suppose donc un travail de recherche ou de mise en évidence, de découverte personnelle, de conversion. De plus (en ce qu'elle est rappel d'une idée de limite) elle implique plongée à l'intérieur de ce qui forme les limites de ce qui est en jeu : limite de la loi qui s'applique, limite de l'action qui est jugée, limite de l'individu, limite de son pouvoir...

Ensuite, une fois ce travail effectué, elle implique retour vers l'extérieur car le jugement équitable implique nécessairement prise en compte des conséquences qui seront celles de la décision qui sera prise sur l'individu, sur son entourage, pour sa vie. Elle implique donc travail de prospective sur les conséquences, sur les implications.

Conclusion : Il y a donc certainement des raisons contingentes qui expliquent l'importance accordée à l'équité à telle ou telle période. Notamment, les praticiens sont plus sensibles à la présence et la reconnaissance de celle-ci lorsque des circonstances les ont amenés à douter de la force de la loi. Toutefois, cette contingence de la redécouverte ne signifie nullement selon moi que l'équité serait un leurre. Celle-ci représente un type d'idée bien particulier : l'idée pratique qu'elle symbolise par excellence. En tant que telle, elle fait donc le lien entre la sphère morale et la sphère pratique des choses. Faire un métier avec souci de l'équité, c'est avoir souci de l'universalisation de ses actions, de leur ouverture vers d'autres formes de pensée ; c'est aussi se mettre en question et questionner une norme, rappeler les limites de celle-ci et toujours avoir présente à l'esprit cette possible limite de la norme à appliquer en l'appliquant.

Toutefois, cette nature de l'équité n'est pas sans poser problème, car celui qui prétend que la loi est limitée n'est pas toujours apte pour le faire. Ses limites personnelles sont parfois plus grandes que celles de la loi qu'il prétend critiquer au nom d'une équité qu'il ne sait pas toujours définir. Pour cette raison, ce n'est qu'en le voyant à l'oeuvre que l'on peut juger si - selon nous - son interprétation de la loi ou son action était effectivement de l'ordre de l'équitable. Le caractère indéfinissable de l'équité implique une telle exigence. En effet, l'équité ne peut se définir aisément, car définir c'est normer, or l'équité est précisément ce qui permet de ne pas se laisser piéger par la norme en la confondant avec la limite. Ce qui rappelle une limite difficile à définir - mais qui se ressent aisément pour celui qui en sent toute la force lorsqu'elle est bafouée ou au contraire montrée du doigt par l'acte de l'un de ses semblables - ne peut donc se définir. L'essentiel de l'équité réside en ce point : ce qui fait d'elle une forme d'anti-concept, c'est-à-dire un concept qui se détermine souvent par l'expérience, par l'usage et par le temps qui révèle bien souvent la valeur cachée des choses. Ceci étant indiqué, il n'en demeure pas moins que - malgré la difficulté de la chose - des pistes de réflexion doivent être proposées pour une mise en oeuvre pratique ou une méthode de l'équité.

### **3ème MOMENT. LE MOMENT PRATIQUE OU LA METHODE DE L' EQUITE**

L'équité est une idée pratique. Comme toutes ces formes d'idées, elle est un noyau d'essentiel qui oriente l'action ou la pensée. En ce qu'elle est pratique, elle est à mi-chemin entre l'excellence d'un métier (celui d'administrateur ou de juriste) et la morale. Elle est donc la marque d'un métier fait dans l'excellence et avec art en ce domaine. Mais elle est également la marque d'une vision plus large du droit positif. En tant que telle, elle ne vit que lorsqu'elle est mise en oeuvre efficacement et

justement. A défaut elle meurt et elle est galvaudée.

Les philosophes ont deux casquettes : ce sont des citoyens et des professeurs de philosophie. En tant que tels ils doivent donc la "professer" à l'égard de tout public. Ils doivent donc invoquer l'équité, lorsqu'ils le peuvent et nourrir la sphère juridique et administrative de cette réalité lorsque l'occasion leur en est donnée.

### I Plaider l'équité

Bien que la question de la pratique du droit concerne principalement ceux qui ont un pouvoir quant à l'exécution de la loi - politiques, administrateurs, juges, avocats - il n'en demeure pas moins que chacun d'entre nous avons la possibilité de nous plaindre d'un comportement inéquitable, voire de réclamer une application équitable d'une loi, et donc de "plaider" l'équité. Dans la plaidoirie de l'équité, il y a la "forme" et le "fond".

1) Sur la forme, dans un système fortement inspiré par le positivisme juridique - comme le nôtre - il est difficile de convaincre un juriste en invoquant la seule logique de l'équité. Il faut d'abord rechercher le texte qui convient à la situation injuste que l'on prétend condamner. L'option textuelle reste principale. Cependant, nous vivons à l'heure d'une inflation législative et il faut trouver parfois des éléments extra-juridiques propres à convaincre celui qui a le pouvoir d'opter pour telle ou telle interprétation. L'équité ou l'interprétation équitable d'une loi reste un argument essentiel pour celui qui veut mener la décision vers la conception qu'il se fait de la justice.

2) Sur le fond, il convient d'opérer trois rappels :

a) l'équité est liée à l'éthique. C'est une application particulière de celle-ci. Pour convaincre il faut être vrai ou moins le paraître. En conséquence, il est difficile de plaider l'équité si l'on n'adopte pas une plaidoirie et un comportement éthique vis-à-vis des magistrats ou des parties que l'on contredit. L'équité ne signifie pas acceptation de tout. En effet, accepter qu'un individu bafoue continuellement notre dignité, c'est précisément accepter que des limites soient dépassées et donc non rappelées, c'est donc adopter un comportement contraire au comportement équitable.

b) L'équité est rappel et signe. Il faut donc faire en sorte de faire signe vers une conscience et faire en sorte que celle-ci se tourne sans force vers la sphère morale et les limites de la loi... Comment faire opérer une telle conversion chez un sous positiviste ou un cynique ?

c) Quant à la préparation, elle implique nécessairement réflexion sur la limite que l'on estime dépassée ici. Il faut mettre en évidence celle-ci. Mais il faut aussi faire en sorte de bien distinguer quel type d'équité va être ici invoquée... Ainsi s'agit-il de plaider sur le caractère inique d'une loi, sur les effets pervers de celle-ci sur le cas considéré, sur les limites du pouvoir de juger qui implique retour intérieur de celui qui doit juger ? Ou une autre limite aurait-elle été dépassée et qu'il conviendrait de mettre au jour ?

### II "Faire penser" autour de l'équité

La méthode de l'équité ne peut cependant se résoudre à ces seules considérations d'ordre pratique. Pour faire vivre l'équité, il faut faire en sorte de rappeler son existence et en faire sentir la nécessité. Toutefois, il est bien difficile d'y parvenir car elle n'est pas assez subjective pour convaincre les individus - pris chacun personnellement -, elle n'est pas assez "universelle" pour être partagée par le plus grand nombre. Sentir l'équité implique une conception similaire, voire une certaine intuition. Faut-il pour autant adopter la méthode rawlsienne et opter pour des "principes" permettant de figer l'équité ? Les principes rawlsiens ont une certaine force, mais ils ont pour conséquence de n'envisager qu'un aspect de l'injustice : l'aspect social de celle-ci. Or on peut être injuste de multiples manières : à l'égard d'un ami, d'un proche, dans une relation professionnelle, etc... Le caractère universel de l'idée de justice ne saurait permettre sa seule réduction à la conception sociale - ce même si celle-ci reste conséquente.

Il convient donc de penser une méthode permettant de faire penser à l'équité. Mais comment faire penser son semblable ? La tâche est rude, surtout que l'on ne parvient pas toujours soi-même à penser ce qui convient - loin de là - et/ou à penser lorsqu'il convient de penser. Cette difficulté ne

doit pas cependant exclure que des propositions ou des pistes de recherche puissent être proposées. Deux options sont envisageables. Nulle ne prétend à l'exhaustivité en ce domaine : il ne s'agit que de pistes de recherche.

### *La conception humienne*

Dans ses *Essais esthétiques*, il nous rappelle qu'un juge ou un avocat ne peut atteindre une certaine grandeur et éloquence qu'en plaidant l'équité. Celle-ci lui permet de se dépasser. Il propose cependant d'inclure plus profondément la philosophie dans la cité, trouvant que les hommes du monde sont trop peu intéressés par les idées philosophiques et que les philosophes se préoccupent trop peu du monde contingent. Nul ne sait si Hume a raison. Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que des débats sur l'équité de telle ou telle loi, opérés par des citoyens - eux-mêmes formés ou informés par des philosophes qui participeraient aux décisions publiques - pourraient avoir pour effet de faire pénétrer plus profondément l'idée d'équité dans la sphère pratique, de faire réfléchir sur elle voire ainsi de proposer ou d'inciter à des actions équitables en tel ou tel domaine. Une conception plus ancienne peut également être étudiée.

### *La conception platonicienne*

Le sous-positivisme de certains - qui n'est qu'une version édulcorée et mal comprise du positivisme juridique - a réduit et veut réduire les juristes ou les politiques, voire les administrateurs, au seul rang de techniciens. Mais que faut-il entendre par cette réduction ? Si le technicien n'est qu'un simple exécutant qui ne doit pas penser, comment assurer la légitimité des décisions qui seront prises ? Un système politique perd en effet de sa légitimité et de son efficacité lorsque l'intelligence de la pensée et du cœur ne le guide plus. Si le technicien s'entend au sens de celui qui sait ce qu'il fait et le sens de ce qu'il produit, c'est ici élever l'administrateur au philosophe, ce qu'il n'est pas. Villey l'avait justement noté. Les juristes ne sont pas formés pour penser des concepts. Penser des concepts, ou au moins les déterminer, est une tâche qui incombe aux philosophes. Il n'en demeure par moins qu'il y a un "art" de l'administration et de l'élaboration du droit dont il s'agit ici de saisir l'essence afin de mieux aider les juristes et les administrateurs à remplir la mission qui leur est confiée.

Dans le *Ion*, où Platon réfléchit à cette question concernant le comédien (et s'adressant à l'acteur), Socrate indique : " C'est que ce n'est pas en toi un savoir technique qui t'habite quand tu commentes Homère comme je te disais tout à l'heure, mais que c'est une force divine qui t'anime à la manière de cette pierre qu'Euripide a nommée magnétique et que tout le monde appelle pierre d'Héraclée." Ion est un imposteur, s'il se prétend en mesure d'expliquer la nature de son art ; en revanche il devient divin lorsqu'il accepte la divinité de sa mission. Le "divin" est ce qui vise le "grand" et le grand est au dessus du bien en matière pratique. Faire de grandes choses dans son métier, c'est en effet faire plus que le faire "bien". Un juriste ou un administrateur connaît cette nuance, mais on oublie parfois de lui rappeler qu'il peut dans son travail faire tout autant le "petit", le "moyen" que le "grand". Lorsqu'il met en oeuvre l'équité, le juriste, l'administrateur ou le politique touche la grandeur. Il ne se contente plus d'être un bon technicien. Il montre que son art peut atteindre l'universel en "touchant" au plus juste et en mettant en évidence la limite de tel individu, celle de telle loi et ainsi il fait progresser son semblable, la cité et lui-même. Il nous donne une leçon d'application au plus juste de la loi, et ce faisant aide chacun d'entre nous à se tenir plus droit en nous montrant un chemin. Lorsqu'une décision équitable est rendue, lorsque l'équité est mise en oeuvre, elle devient en effet plus voyante, plus visible et celle-ci - loin de servir de modèle - peut au moins servir d'exemple pour nous aider à nous orienter vers la connaissance de cette idée qui - comme toutes les idées - meurt et se corrompt lorsqu'un usage malséant de celle-ci s'opère, et lorsque la petitesse se pare des habits de la grandeur pour mieux l'humilier et la rabaisser.