

---

## Ontologie de l'équité

Jean-Marc Trigeaud\*

Cet article présente les données historico-comparatives d'une philosophie de l'équité centrée sur la définition de son essence (*ontologie*) par rapport à l'idée de justice. L'interprétation de l'auteur tend à faire ressortir deux aspects majeurs de l'équité comme processus d'intégration du fait singulier à la norme, c'est à dire au *juste légal*. Tantôt l'équité est *objective* en ce qu'elle se rattache à la *nature des choses*: au *juste naturel*, à l'*égal* qui se discerne rationnellement dans la situation empirique observée. L'équité apparaît alors traditionnellement, en accord avec ses origines grecques anciennes, comme un jugement *principal*, revenant à l'essence du juste. Tantôt, l'équité est *subjective*, comme mettant en oeuvre les puissances d'une intuition plus sensible qu'intellectuelle, et révélant, à l'intérieur de la *nature de l'homme*, des exigences éthiques. Elle peut ainsi conduire de façon *exceptionnelle* à une solution de droit, afin de pallier l'insuffisance des dispositions établies. Mais, dans ce dernier cas surtout, le modèle générique et ultime de tout jugement en équité, exprimant une justice « égale », se découvre avec une dimension théologique implicite que le droit ne saurait ignorer.

This article presents the historical and comparative elements of a philosophy of *équité*, centred on a definition of its essence (its *ontology*) in relation to the concept of justice. The author's interpretation highlights two major aspects of *équité* as a process of integration of singular facts to a norm, to the legal right. On the one hand, *équité* is *objective* in so far as it relates to the nature of things: to natural right, to the equality naturally discernable in an empirically observed set of facts. *Équité* is seen traditionally, as in its ancient Greek antecedents, as a primary judgement, returning to the essence of the just. On the other hand, *équité* is *subjective*, relying on the powers of an intuition more powerful than intellect, and revealing ethical imperatives inherent in the nature of man. It can thus exceptionally result in palliative solutions to the inadequacies of established legal dispositions. In this case above all, the generic model and paradigm of equitable judgements, which expresses a "justice of equality" also reveals an implicit theological dimension of *équité* which law cannot ignore.

\* \* \*

Au lieu d'une étude descriptive ou analytique de *théorie générale*, destinée à montrer les emplois successifs du terme « équité » dans la pratique juridique, visant à examiner les domaines où celle-ci intervient et les nuances de signification dont elle s'accompagne, c'est une démarche plus *philosophique* que nous entreprendrons en nous proposant de définir l'*essence* de l'équité. Attitude qui oblige à la saisir du point de vue d'une valeur de justice inspirant le droit, et à rechercher son origine dans les traditions culturelles européennes.

Cette interprétation ou cette réflexion sur une synthèse de données historiques prend donc un caractère *ontologique*, puisqu'elle porte sur l'être

---

\*Directeur du Centre de philosophie du droit de l'Université de Bordeaux I.

profond de l'équité, sur le principe par lequel il est possible d'en comprendre les diverses manifestations contingentes. Mais s'il en est ainsi, c'est parce que la réalité de l'équité ne correspond guère à la réputation déformatrice qu'on lui fait. N'est-elle pas habituellement associée à un sens peu rationnel de la solution juste et, en tout cas, incertain et facteur d'insécurité ? Non seulement, elle paraît se référer à un jugement individuel et purement subjectif, auquel on a tendance à opposer, comme le faisait Necker, l'exhortation : « Prends garde que la lumière qui est en toi ne soit que ténèbres »<sup>1</sup>, mais elle évoque le souvenir d'un arbitraire malheureux, lié à l'*Ancien droit français* où circulait cette non moins célèbre formule : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements ! »<sup>2</sup>. Et c'est en écartant l'équité, ou en la marginalisant, que le légalisme moderne a pu s'établir, en accord avec l'esprit scientifique des « Lumières ». Mais il n'a été que trop commode de dévaluer de la sorte l'équité, alors qu'elle semble reposer, depuis la Grèce ancienne, sur une idée de *mesure*, de convenance, liée à une loi (*nomos*), à un centre d'équilibre immanent aux situations sociales, et sans cesse affrontée aux forces perturbatrices et déstabilisantes de l'*ubris*<sup>3</sup>. Les caractères intellectuels et objectifs s'offrent comme des traits permanents de son essence : nous voudrions essayer de les faire ressortir, en délivrant l'équité des connotations dépréciatives dont elle a été chargée, du moment qu'elle ne menace nullement, mais affermit, au contraire, le besoin de certitude propre à l'ordre juridique<sup>4</sup>. Un pouvoir discrétionnaire<sup>5</sup> lui est étranger comme il l'est au juste lui-même.

\* \* \*

Si le recours à l'équité se maintient dans le système contemporain de droit volontariste, c'est à titre subsidiaire, comme instrument accessoire, occupant la place inférieure que lui ont réservée les traditions platoniciennes et stoïciennes dans l'herméneutique légale. Le phénomène traduit simple-

<sup>1</sup>Voir cette exhortation évangélique chez Necker dans C. Rosso, « L'égalité selon Necker : mythe aussi ruineux que fallacieux ou réalité ? » dans *L'égalité (Travaux du Centre de philosophie de droit Univ. Bruxelles)*, t. 9, Bruxelles, Bruylant, 1984 à la p. 8. L'exhortation se retrouve dans l'évangile selon saint Luc 11, 35.

<sup>2</sup>Voir : G. Boyer, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements » dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960 à la p. 257 et s.

<sup>3</sup>Voir : Fr. d'Agostino, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, Guiffè, 1973 à la p.184.

<sup>4</sup>Voir : F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1950.

<sup>5</sup>Voir : généralement sur l'arbitraire, C. Atias, *Théorie contre arbitraire : éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, P.U.F., 1987, et C. Varga, « Law-Application and Its Theoretical Conception (Discretion and Equity) » (1981) 4 *Archiv für Rechts und Sozialph.* 474 ; B. Hoffmaster, « Understanding Judicial Discretion » (1982) 1 *Law and Philosophy* 22 ; R. Dworkin, « Judicial Discretion » (1963) 60 *Journal of Philosophy* 627 (sur l'analyse des termes).

ment, ainsi que l'indique Andres Ollero, « l'impossibilité d'assimiler le droit à une norme »<sup>6</sup>. Autrement dit, l'équité survit aux fins de combler cette lacune que représente un droit non légiféré. Voilà qui prouve sans doute que l'interprétation juridique n'est pas interprétation de la seule loi, mais *interprétation d'une justice* que la loi est censée respecter et exprimer.

En diverses circonstances exceptionnelles, l'équité a paru s'imposer, à défaut d'un moyen légal. Elle a permis de remédier aux imperfections inévitables des textes, qui ne peuvent « tout prévoir », comme le remarquait Montesquieu influençant sur ce point Portalis. Grâce à elle, le juge a pu établir une solution que le rigoureux mécanisme de l'*application* de la loi, suivant un schéma déductif, ne pouvait rendre accessible. Elle a réussi par là à surmonter les échecs de certains modèles logiques de *subsumption* et de *relevance* des faits qualifiés, selon les critères normatifs<sup>7</sup>.

Un rapide coup d'oeil sur le droit positif français peut en convaincre aisément. L'équité a le rôle d'un complément inespéré des dispositions acquises. Ainsi, la notion d'« abus de droit » s'en recommande, face à l'impuissance des règles de la responsabilité du fait personnel qui exigent que le dommage réparable provienne d'une action illicite, et non de l'exercice d'un droit<sup>8</sup>. Mais les exemples affluent, en droit public aussi bien qu'en droit privé. Déterminer le contenu concret, le *quantum* d'une indemnité compensatoire, modérer la pénalité stipulée au contrat ou compléter l'énumération d'une série d'hypothèses non limitative, suppose l'équité, qu'elle soit ouvertement désignée ou sous-jacente aux procédés de lecture et de raisonnement. De même, l'institution du « médiateur » (comme en droit procédural de l'arbitrage) a révélé la fécondité explicative de ce concept que l'on croyait désuet et inutilisable dans un droit de l'intérêt général<sup>9</sup>.

Ces manifestations de l'équité sont d'inégale importance. Tantôt, l'argument est ponctuel, tantôt d'un usage plus étendu et plus durable. Mais c'est toujours suivant la même voie que l'équité est admise à l'intérieur de l'ordre légal afin qu'elle n'en compromette pas l'équilibre ni la cohérence. Elle implique, en effet, une *autorisation* ou habilitation directe ou indirecte du législateur au juge ou à celui qui le remplace. D'où une similitude frappante avec le processus qui conduit à reconnaître une efficacité juridique à la coutume, incapable de tirer sa force obligatoire d'elle-même et l'em-

---

<sup>6</sup>A. Ollero, « Equidad, derecho, ley » dans *Interpretacion del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982 à la p. 131 et s.

<sup>7</sup>Sur ces modèles, voir : N. Irti, *Norma e fatti : Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984 à la p. 22 et s.

<sup>8</sup>Voir : F. Terré, *Droit civil : Les obligations*, Paris, Dalloz, 1980 no 641 et s.

<sup>9</sup>Voir : F. Agostini, « L'équité » D.1978.Chron.7, no 2.

pruntant à la loi<sup>10</sup>. Il est ainsi défendu de manière intangible de statuer *a priori* en équité. Le légalisme issu de la Révolution fixe cette interdiction comme garde-fou d'une liberté qu'il n'a pu éteindre et qu'il doit soumettre à ses principes : à la volonté législative souveraine. Tout dépend cependant de la conception que l'on adopte de l'équité à cet égard, et il se peut qu'autrement définie, selon une orientation objectiviste commune à la justice et au droit, elle ait requis dès l'origine un mode de constitution analogue : lui imposant non l'agrément d'une volonté, mais la fidélité et la conformité à une exigence d'équilibre, de mesure, celle-là même qui fonde le sens du mot « juste ».

Si ce type de présentation réduit l'équité à un jugement secondaire, dépendant et « autorisé », il ne nie pas, significativement, que l'interprétation de la loi puisse recouvrir une *interprétation de la justice*. Ce qu'il entend exclure en somme, c'est ce comportement irrationnel et romantique qui a tant contribué à jeter le discrédit sur l'équité, tel qu'il s'est incarné dans la juridiction quasiment charismatique du Président Magneaud, le « bon juge de Château-Thierry »<sup>11</sup>, ou chez les tenants du « droit libre » exaltant les pouvoirs de l'intuition, d'un *Rechtsgefahl* immédiat sollicité par les nécessités sociales<sup>12</sup>. Après avoir repoussé le danger d'une équité servant d'*alibi* à une autorité judiciaire mystifiante et corrompue, il a fallu chasser le risque de légitimer des appréciations aux mobiles individuels et affectifs, ruinant la certitude et l'objectivité d'un droit qui laisserait à chaque juge « sa » justice...

Que l'équité soit parfois incluse, de surcroît, dans les « principes généraux » (voir *aequitas in dubiis prevalet...*)<sup>13</sup>, n'apporte aucun démenti à ce rattachement à la loi. Ce n'est que par *renvoi à la loi*, laquelle se réfère elle-même à ces principes comme à son fondement latent<sup>14</sup>, que l'équité se comprend.

En tous points, le statut moderne de l'équité ne saurait donc marquer quelque retour à une espèce de relativisme comme celui professé par l'école

<sup>10</sup>Voir : G. Ambrosetti, *Contributi a una filosofia del costume*, I, Bologna, 1959 ; *Nuovi frammenti di filosofia del costume*, Torino, 1973. Voir aussi, sur l'idée d'« ordre spontané », commentant F.A. Hayek, F. Viola, *Autorità e ordine del diritto*, 2e éd., Torino, Giappichelli, 1987 à la p. 129 et s.

<sup>11</sup>Voir : F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, Paris, LGDJ, 1954 ; J. Bonnet, *Introduction à l'étude du droit*, 3e éd., Paris, Sirey, 1939 à la p. 289 et s.

<sup>12</sup>Voir : K. Muscheler, *Relativismus und Freiheit*, Heidelberg, C.F. Müller, 1984 et F. Gény, *supra*, note 11. Voir aussi : G. Raamelin, *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, 1921.

<sup>13</sup>Voir : M. Rotondi, « Equidad y principios generales del derecho » (1931) 2 Rev. gen. der. y jurisprud. (Mexico) 51, cité par Garciz-Maynez, *infra*, note 19 ; J. Esser, *Vorständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, cité par Zaccharia, *infra*, note 57.

<sup>14</sup>Voir : J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974, cité par Zaccharia, *infra* note 57.

germanique de la liberté judiciaire ou de la décision spontanée, suivant l'élan de la pensée et du cœur<sup>15</sup>.

Il existe, il est vrai, une véritable institutionnalisation de l'équité, qu'elle soit partielle (pratique de l'arbitrage) ou globale (*equity* anglo-saxonne). Mais, d'une part, elle ne constitue pas une dérogation et, d'autre part, elle se situe assez singulièrement en continuité avec les concepts les plus classiques. Le rôle de l'*equity* est tout particulièrement éclairant<sup>16</sup>. Or il n'est pas ainsi sans relation avec la fonction traditionnelle de l'équité, prégnante d'un droit naturel issu de l'Antiquité grecque<sup>17</sup> et romaine<sup>18</sup>. Le but de l'équité est alors d'adapter aux faits et aux idées en cours. Elle est le complément adéquat du système de droit objectif embrassant les principes généraux. Pour en saisir la portée, il suffit de dégager de nouvelles règles qui, finalement, retrouvent les évidences d'un donné qui s'impose, qu'il soit relatif à ce que la philosophie juridique traite comme étant la « *nature des choses* » (I) ou qu'il soit axé sur la « *nature de l'homme* » (II) seul.

Regardée à travers ces traductions multiples, l'équité manque toutefois de l'unité de notion que l'on attendrait. Son sens se modifie selon les cas d'application, comme il a évolué dans l'histoire. Ce qui ne supprime pas des constantes fondamentales ; mais celles-ci demeurent difficiles à uniformiser, et le mieux est de convenir de leur irréductible ambivalence dans la doctrine de l'interprétation.

Il n'est pas, semble-t-il, de meilleure méthode que de reprendre un vocabulaire éprouvé par les spécialistes, notamment par le Mexicain Eduardo Garcia Maynez<sup>19</sup>, et par les auteurs italiens : Calamendrei, Cammarata et Vittorio Frosini<sup>20</sup>. L'équité indiquerait un procédé de raisonne-

<sup>15</sup>Voir : les références de la note 12, *supra*. Voir aussi : J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978 à la p. 120 et s. et L. Bellofiore, « I guidizi di equità » [1966] Riv. internaz. filosofia del diritto 232.

<sup>16</sup>Voir : P. Stein & J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edimbourg, Edinburgh Univ. Press, 1974 ; J.L. Barton & D. Davies, « Equity in the World's Legal Systems » dans R.A. Newman, éd., *Equity in the World's Legal Systems : A Comparative Study Dedicated to René Cassin*, Bruxelles, Bruylant, 1973 ; et sur l'opinion de F. Bacon, voir : G. Giarrizzo, « 'Aequitas' e 'Prudentia' », (1977) 7 Boll. del Centro di Studi vichiani 27. Voir aussi : E. Agostini, *Droit comparé*, Paris, P.U.F., 1988.

<sup>17</sup>Voir : M. Radin, « Early Greek Concepts of Equity » dans *Mnemosyne Pappoulia*, Athenai, 1934 à la p. 213 et s.

<sup>18</sup>Voir : H.K.J. Ridder, « Aequitas und Equity » (1950) 39 Archiv für Rechts und Sozialph. 185. La Cour de cassation française a pu adopter une méthode fort proche de cette tendance de l'*equity*. En des circonstances exceptionnelles où une exigence de justice était particulièrement pressante, elle a ainsi invoqué l'équité afin de légitimer la sanction de l'« enrichissement sans cause » ; voir : J. Carbonnier, *Droit civil*, 9e éd., Paris, P.U.F., 1971, no 6.

<sup>19</sup>E. Garcia-Maynez, *Filosofia del derecho*, Mexico, Porrúa, 1977 à la p. 328 et s.

<sup>20</sup>V. Frosini, « L'equità nella teoria generale del diritto » dans *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1981 à la p. 67 et s.

ment logique faisant appel à l'*intégration*, ce qui suppose un rapport d'extériorité ou, en termes kantien, synthétique, entre la *norme* et le *fait* relevant du jugement en équité. Mais, au-delà de cette apparence de dualité, il faut distinguer l'*auto-intégration* de l'*hétéro-intégration* plus rarement observable.

Dans le premier procédé, l'interprétation consiste à remonter, de façon régressive (et, kantien, analytique), à des principes implicites de l'ordre juridique. Si l'équité entraîne une adaptation, il s'agit donc de confronter la *généralité* abstraite à la *particularité* concrète, en faisant apparaître un élément de transition commun tiré des conditions propres à cette généralité et impliqué dans cette particularité, déchiffirable dans sa texture factuelle ; ce qui permet de surmonter la *logique de l'identité*. Et une telle démarche est capable de s'ouvrir à l'inspiration profonde des principes discernés dans un *droit naturel*, dans une instance du juste immanente à l'ordre lui-même.

Dans le second procédé, l'*hétéro-intégration* signifie, en revanche, le recours direct à une norme de justice nettement extérieure, transcendante et à caractère proprement éthique, induisant la valeur de droit d'une valeur morale en soi avec laquelle elle se confond. Par là, ce sont des éléments de nature hétérogène qui sont rattachés l'un à l'autre.

Quelle que soit la voie qu'elle emprunte, l'équité oblige au fond à reconnaître au sein de sa rationalité la présence d'une philosophie, d'une axiologie jusnaturaliste. L'intégration qu'elle réclame est une intégration *dans* la justice, par la médiation de la loi. Elle traduit en somme, comme l'annonçait le *Projet de Code civil* de l'An VIII, « le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus de la loi positive », usages qui sont l'une des composantes de la *nature des choses*.

De prime abord, le lien entre l'équité et la justice se conçoit suivant le schéma hégélien, comme le rapport entre le *contenu* et la *forme* qui est un rapport de solidarité étroite. La *forme* possède précisément cette uniformité abstraite qui est typique de la loi, qu'elle soit naturelle ou positive, quand elle prescrit une certaine mesure ou égalité de traitement. « Le bandeau qui recouvre traditionnellement les yeux des statues de la justice, remarque Perelman, atteste que celle-ci ne tiendra compte que du résultat de la pesée »<sup>21</sup>... Mais c'est au *contenu* que se rattache l'équité dans cette distinction hégélienne. Or, le contenu révèle à l'analyse un élément formel semblable à celui de la justice elle-même. Ce qui vérifie l'idée exploitée par Aristote et saint Thomas d'une coïncidence, d'une identité de l'équité et de la justice.

---

<sup>21</sup>Ch. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1968 à la p. 13.

Dans le *contenu* qu'elle représente, l'équité, assumant son sens grec primitif d'*épieikeia*, est « un constituant de la justice formelle : la conformité à un ordre objectif »<sup>22</sup>. Telle est la démonstration pertinente d'Enrico Opocher. L'équité exige, d'après lui, « une correspondance entre l'évaluation en termes de justice d'un acte déterminé, fait ou rapport, et les conditions dans lesquelles historiquement ce fait, acte ou rapport, est déterminé »<sup>23</sup>. C'est en quoi elle est *conforme à un ordre objectif* — dont l'objectivité a cependant ici le sens réaliste de l'être et de la valeur et non le sens volontariste auquel habitue la théorie générale. Cet ordre vise les normes de justice, la justice légale (que le philosophe italien dissocie de fins valables en soi, sa conception de l'*expérience* et du *droit-activité* le conduisant à qualifier ces fins de justice « idéologique »<sup>24</sup>). C'est en une telle perspective que l'équité est l'*application* de la norme au cas concret. Elle applique la *norme de justice* à ce cas, et non la *norme de droit* qui toutefois la contient comme un présupposé. Autrement dit, elle assure le passage du rationnel au réel, et elle est, pour utiliser une expression judicieuse d'A. Ollero, « l'accomplissement de la justice légale »<sup>25</sup>. Elle est encore le droit *concrétisé* ou *actualisé* eu égard à une norme qui est le droit *généralisé* ou *potentiel*. Dans la version qu'en propose Opocher, l'équité s'identifie ainsi avec la « reconnaissance de la vérité », élément le plus caractéristique de l'idée de justice<sup>26</sup>. Elle correspond au moment de l'articulation de l'abstrait sur le concret par lequel on dépasse les limites inhérentes au formalisme, à sa notion de *vérité-validité* ou *exactitude*. Si tout *jugement selon la justice* impose dès lors une répartition entre deux parties opposées, le *jugement selon l'équité* a beau se confondre avec le précédent, il intervient en même temps sur un autre plan : juger selon l'équité, c'est départager non seulement les parties adverses *mais les critères à suivre*, et cela, à l'intérieur même du cadre formel de la justice tournée vers la vérité.

C'est cette liaison intime de l'équité avec la justice qui demande à être approfondie, dans la mesure où elle fournit un éclairage décisif sur l'*essence* de l'équitable, sur ce qui fait qu'une chose est dite « juste » et « de droit » en ce sens : sur l'*ontologie* de cette chose même. L'équité se manifeste sous des aspects différents, chacun d'eux reflétant une conception déterminée du juste, un critère de la justice. Tantôt, elle offre un côté *logico-démonstratif*, dans la tradition d'Aristote ; tantôt, elle prend une signification *éthico-sensible*, dans la tradition de la charité chrétienne où le sentiment n'est pas

<sup>22</sup>E. Opocher, « Guistizio e equità » dans *Analisi dell'idea della guistizia*, Milano, Giuffrè, 1977 à la p. 91 et s.

<sup>23</sup>*Ibid.*

<sup>24</sup>*Ibid.*

<sup>25</sup>Ollero, *supra*, note 6 à la p. 141.

<sup>26</sup>Opocher, *supra*, note 22. Comparer : G. del Vecchio, *La justice— la vérité*, trad., Paris, Dalloz, 1955 à la p. 173 et s.

qu'affectif, mais spirituel, polarisant la personne en son indécomposable unité vers la valeur du juste. Tantôt, l'équité est *objective* en tant qu'elle exprime la *nature des choses* (I) ; tantôt elle est *subjective*, ce qui n'oriente pour autant vers aucun individualisme ou relativisme, en tant qu'elle se fait l'interprète d'une *exigence de la conscience* (II).

## I.

Du premier point de vue, l'essence de l'équité peut ressortir d'un aperçu synthétique des données de son évolution, de la pensée grecque des origines à la réflexion contemporaine de tendance phénoménologique. L'interprète relève en effet un phénomène de convergence dans la recherche de la *nature des choses*. L'on est simplement passé de la perception d'une proportion objective, inhérente à la nature des choses, au thème de l'intuition qui pénètre au cœur de cette nature et la saisit comme une essence typique et tendue vers une fin.

L'équité grecque archaïque (*épieikeia*) signifie, comme la justice elle-même (*dikē*), une négation du désordre (de l'*ubris*). Elle suppose la convenance et l'harmonie. Et elle est par là créatrice du *kairos* ; le *kairos* qui traduit, dans ses diverses dimensions (morales, politiques, culturelles), la *mesure juste* d'une situation concrète. On ne peut que renvoyer aux riches et belles pages que Francesco d'Agostino a consacrées à cette période de la genèse de l'équité<sup>27</sup>. Chez Gorgias et Thucydide, elle se rapproche clairement du juste, du *dikaion*. Elle se présente ainsi comme un *mode de détermination de la réalité empirique soumise à des principes transcendants*. Puis, chez Platon, elle devient plus particulièrement une « technique de l'adaptation » : elle vise à corriger, à assouplir l'équivalence légale en la confrontant au cas. « Vertu individualisatrice », elle cesse, dans *Les Lois*, d'avoir un contenu axiologique propre : elle est subordonnée au strict contenu normatif lui-même. Et ceci préfigure les conceptions répandues à l'époque moderne, les conceptions qui se sont éloignées de l'enseignement le plus dense et le plus exemplaire en cette matière : celui du Stagirite, tel qu'il s'est répercuté dans le droit romain et le *ius commune* médiéval.

L'*épieikeia* n'a pas, en vérité, pour Aristote, une fonction accessoire et dérivée<sup>28</sup>. L'analyse de l'*Ethique de Nicomaque* (L. V., 10) découvre l'identité de l'équitable et du juste légal, et même une supériorité de l'équitable sur

<sup>27</sup>D'Agostino, *supra*, note 3. Pour le développement qui suit, voir : F. d'Agostino, *Dimensioni dell'equità*, Torino, Giappichelli, 1977.

<sup>28</sup>Voir : K. Kuypers, « Recht und Billigkeit bei Aristoteles » dans *Mnemosyne* (Biblio. Class. Batava — IIIe série 5.) 1937 ; H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 3e éd., Tübingen, Mohr (P. Siebeck) à la p. 301.



le juste légal (*V,10,8*). L'équitable a donc le même contenu que le juste, mais un contenu plus parfait que le juste légal. Car la coïncidence ou l'homologie est absolue avec le juste en son essence, avec la *nature* de la chose, avec l'égal (*l'ison*) qu'elle dénote.

Aristote estime d'abord que « ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi » et constitue « comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi » (*V,10,3*). Il considère ensuite que « la loi n'en est pas moins bien ordonnée » : si elle comporte une omission ou une lacune, cela tient à une insuffisance inéluctable, imputable à son caractère général et abstrait (*V,10,4-6*).

Il en résulte que l'équité ajoute des déterminations nouvelles plus précises, qui ne pouvaient être expressément prévues ; elle reprend et révisé les déterminations légales ; en fait, elle transmue la loi en cette « règle de plomb » utilisée par les architectes de Lesbos et qui « ne reste pas rigide » mais « épouse les formes de la pierre » (*V,10,7*).

Mais l'important est que l'essence de l'équité se rattache à celle du juste ; elle est tributaire de l'ontologie qui lui est sous-jacente. Le juste juridique se définit chez Aristote par l'égalité, par la proportion objective qui est un *analogon* ; il est par conséquent « ce qui est dû » (le *suum cuique*, « sien de chacun » d'Ulprien) en vertu de cette égalité même. Or, si l'équité est telle qu'on l'a dit dans son rapport au juste légal, elle peut être relative à un dû différent de celui que déclare la loi. L'homme équitable, dit Aristote, « est toujours prêt à céder de son dû, bien qu'il puisse invoquer l'aide de la loi » (*V,10,8*). Et l'on constate le même propos dans la *Grande Ethique* (*1198 b*). L'équité est donc bien selon la formule concise de la *Rhétorique* (*I,1374 a*) : « quelque chose de juste qui n'est pas compris dans la loi écrite ». Il y a rigoureuse adéquation entre le juste égal et l'équitable, mais disparité entre l'équitable et l'expression par laquelle la loi entend traduire l'égalité juste.

\* \* \*

Telle étant la pensée du maître, ses commentaires n'ont pas moins d'intérêt, ce qui s'explique par son étonnante fortune historique et son double rayonnement à la fois auprès de la pratique, de l'*ars iuris*, et de la science : la position aristotélicienne sur l'équité fut longtemps l'objet de vives discussions de Bologne à Salamanque, de Paris à Oxford. Le droit romain, en premier lieu, a accueilli la notion aristotélicienne de l'équité jusque dans sa définition de la justice ; l'*ars aequi* dont parle Ulprien au *Digeste* (*I,1,1*) prolonge directement l'*épieikeia* hellénique. Et l'on a pu aussi montrer que le symbole esthétique de la justice, la femme tenant la corne d'abondance

et la balance (et non plus l'épée) était associée à l'*Aequitas*<sup>29</sup>. Mais c'est surtout la réhabilitation de la philosophie profane d'Aristote dans l'univers de la théologie chrétienne par le thomisme, qui a donné un élan incomparable au développement des idées du *Livre V* de l'*Ethique à Nicomaque* et à leur interprétation. D'où la nécessité de s'interroger sur l'état actuel de celle-ci.

Les interprètes d'Aristote se sont accordés sur deux points. Premier point : la correspondance de l'*épieikeia* chez Aristote avec le *dikaion* qui exprime le juste juridique comme « juste milieu ». Ce qui renforcerait le sens de l'équité, tel qu'il est traditionnellement conçu dans la mentalité grecque qui y voit une vertu ou *arété*, déterminatrice du *kairos*<sup>30</sup>. L'élément majeur réside cependant dans l'*objectivité* de l'équité qui est « proportion » constatable. C'est en cela que l'équité aristotélicienne implique, au dire d'E. Opocher, « un usage précis de la perspective de la justice comme reconnaissance de la vérité ». Aristote « n'a pas soutenu la thèse aberrante, continue cet auteur, que l'équité serait la justice du cas singulier » ; il a exposé une authentique « conception ontologique » de l'équité, centrée sur la « nature des choses » ou la *vérité* des choses, comme l'est la justice elle-même<sup>31</sup>.

Second point : les commentateurs insistent sur les conditions dans lesquelles s'opère la connaissance de l'équitable. C'est ce qui oblige à porter attention aux schémas tirés de la *Rhétorique*. Le jugement d'équité se distingue du jugement de légalité, non seulement par sa forme logique, mais par le type de rationalité qu'il véhicule. Il est moins proprement syllogistique qu'*enthymématique*, procédant d'une prémisse unique à une conséquence ; car il en appelle non pas à un raisonnement discursif et dianoétique, mais à la raison cognoscitive, à l'intuition noétique<sup>32</sup>, cette intuition qui permet de porter un diagnostic immédiat sans se livrer à des déductions par comparaison des phénomènes observés ; intuition qui va d'emblée à l'essence du juste et à la solution, en se passant d'une exégèse des concepts du droit, mais en les dépassant pour remonter à leur source. Le jugement enthymématique d'équité s'engage dans une dialectique, en associant directement la norme juridique et le jugement particulier. La règle y devient ainsi « le fait singulier réglé » sur le modèle : « seulement si se présente ce cas qui..., alors on doit décider que... »

<sup>29</sup>Voir : M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2e éd., München, C.H. Beck, 1971, §48.1 ; O.R. Kissel, *Die Justitia, Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, München, C.H. Beck, 1984 à la p. 23.

<sup>30</sup>D'Agostino, *supra*, note 3 à la p. 66 et s.

<sup>31</sup>Opocher, *supra*, note 22 à la p. 91 et s.

<sup>32</sup>Voir : J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté*, à la p. 61 ; Frosini, *supra*, note 20 ; M.H. Wörner, « Enthymeme-ein Rückgriff auf Aristoteles in systematischer Absicht » dans O. Ballweg & T.M. Seibert, éd., *Rhetorische Rechtslehre*, Freiburg, Alber, 1982 à la p. 73 et s.

Telle est la raison pour laquelle on peut attribuer un rôle créateur à l'équité. Elle répugne à la passivité d'une simple application adaptatrice. Elle n'est pas, comme le fait observer Opocher, la justice du cas spécifique. Elle est, au contraire, le fruit d'une technique rhétorique, technique qui aide la raison dans son mouvement pour s'élever vers la vérité de justice, et pour revenir, au-delà de la loi écrite, au principe dont cette loi n'est, en dépit de sa généralité compréhensive, qu'une dérivation conceptuelle : le résultat encore partiel et limité de l'opération abstraite.

Quant à l'apport du thomisme, en continuité avec l'aristotélisme, on ne saurait le négliger, même s'il a été quelque peu occulté par l'histoire. Dans la *Somme Théologique*, les passages que saint Thomas consacre à l'équité sont fort nombreux<sup>33</sup>. Ils s'éclairent par la dualité classique du *ius naturale* et du *ius positivum* transposée d'Aristote (*phusei dikaion/nomikon dikaion*). La solution de droit n'est respectable, n'a force obligatoire, que si le juste positif (légal ou contractuel) qui la fonde est lui-même en accord avec le juste naturel, dégagé *ex ipsa natura rei*. Or, c'est à l'équité, « amélioration de la justice » en langage aristotélien, que Thomas d'Aquin confie en l'occurrence la mission d'éventuelles corrections. Il est vrai que l'équitable est contenu dans la justice légale ; mais il ne l'est qu'en tant qu'il est aussi contenu dans la justice naturelle qui lui est supérieure. L'équitable est un « élément régulateur » de la justice légale, parce qu'il est inhérent à la justice naturelle dont elle provient<sup>34</sup>.

Sous l'angle subjectif, l'équitable, d'après Javier Hervada, aboutit à harmoniser les devoirs de justice avec les autres devoirs, ces autres devoirs étant ceux qui autorisent l'amélioration de la justice « en favorisant le bien commun et l'humanité dans les relations humaines »<sup>35</sup>. Apparemment, on pourrait penser qu'il s'opère par là un glissement de la justice particulière juridique à la justice générale morale qui s'attache aux personnes socialement ; mais, comme dans la perspective suarézienne inspiratrice de ces vues, l'*objectivité* se découvre dans la subjectivité qui n'a aucune connotation idéaliste ou individualiste ; le devoir lui-même impose sa nécessité objective et non immanente à la pensée<sup>36</sup>, ce qui manifeste un progrès par rapport à l'aristotélisme sans en renier l'influence, par élaboration de l'idée même de vertu dont on oublie qu'elle est commune aux deux justices, le droit étant

<sup>33</sup>Voir : St-Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, Ia-IIae (q. 96, a. 6, resp. ; q. 97, a. 3, ad. 2) ; IIa-IIae (q. 57, a. 2, ad. 1 ; q. 120, a. 1, ad. 1, 2).

<sup>34</sup>Voir : J.B. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y metodo juridico*, Madrid, Montecorvo, 1982 à la p. 413 et s.

<sup>35</sup>J. Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 2e éd., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1982 à la p. 69 et s.

<sup>36</sup>Voir : A. Sanchez de la Torre, *Le droit dans l'aventure européenne de la liberté*, trad. par E. Douat, Bordeaux, Bière, 1986 à la p. 62 et s. et à la p. 172 et s.

*partie* de la morale (« pris à part » d'elle, *kata meros*). Hervada précise d'ailleurs comment cette objectivité ontologique se retrouve dans le fonctionnement de l'équité qui est celui de la « satisfaction corrélative » donnée « en l'absence de compensation légalement prévue »<sup>37</sup>, quand une évaluation est requise alors que la loi ne pouvait la fournir.

Plus intéressante serait cependant l'analyse de la méthode thomiste d'interprétation à trois termes et analogique, telle que Kaufmann ou Ollero<sup>38</sup> en rappellent l'incidence concernant l'équité. Cette méthode établit une relation entre un principe légal et les circonstances du cas, et une telle relation est en quelque sorte médiatisée par un troisième élément ou placée sous son contrôle : un troisième terme qui est le *juste naturel* comme fondement ontologique, enseigne Kaufmann. L'interprétation est l'opération qui juge la relation en fonction de cet élément, qui l'y soumet comme à une instance qui le transcende. Or l'équité est la forme de connaissance la plus directe, parce que la plus intuitive, du juste naturel. Elle repose sur un processus de « *participation ontologique* à son essence »<sup>39</sup>.

Certes, ces tendances réalistes qui s'affirment dans le thomisme ont paru s'estomper avec le développement des conceptions suspendant l'équité aux exigences d'une nature humaine universelle qui seront examinées plus bas. Mais une réaction s'est dessinée au XIX<sup>e</sup> siècle à l'encontre de ces conceptions, et elle a opposé l'être vivant ou en acte aux entités rationnelles et figées, et un mode intuitif de le percevoir aux pures « lumières » de l'entendement<sup>40</sup> ; et l'équité a pu retrouver chez les métaphysiciens son objectivité initiale, sans perdre le bénéfice qu'au cours des temps elle a puisé dans le sujet.

\* \* \*

Il arrive souvent que l'on présente aujourd'hui l'équité comme s'efforçant uniquement de dissiper les obscurités et de combler les « vides » de la loi, et comme étant avant tout mise en rapport avec les évidences intrinsèques de la « raison morale ». Mais la « nature des choses » ressurgit très vite à l'époque moderne. Prenons quelques exemples en commençant par le siècle dernier.

<sup>37</sup>Hervada, *supra*, note 35 à la p. 69 et s.

<sup>38</sup>Voir : A. Kaufmann, *Existenz und Ordnung*, Francfort, Klostermann, 1962 à la p. 381 et s. et Ollero, *supra*, note 6 à la p. 131 et s.

<sup>39</sup>Expression utilisée dans Trigeaud, *supra*, note 32 à la p. 66.

<sup>40</sup>Voir : J.-M. Trigeaud, « La référence à la vie dans la critique de l'idéalisme juridique moderne » [1984] Archives de philosophie du droit 261.

Le premier exemple est donné par la *Philosophie du droit* d'Antonio Rosmini. À propos de l'équité, Rosmini enseigne le primat de la raison morale mais en un sens réaliste ; elle est reliée à l'être, elle évalue dans la lumière de son intelligibilité. Le jugement en équité aurait pour fin caractéristique de satisfaire à la nécessité de maintenir un équilibre, une égalité, et principalement dans le domaine des contrats successifs quand ils subissent des perturbations en cours d'exécution<sup>41</sup>. L'enseignement aristotélicothomiste est alors repris en même temps que complété *a parte subjecti*, en référence à Cicéron et saint Augustin... C'est que la raison morale ne produit pas la norme de l'action : elle l'accueille bel et bien comme un donné externe marqué par la transcendance de l'être. Affirmer l'équité, l'égalité qu'elle implique, c'est avoir l'intuition noétique de la nature de la chose contractuelle, c'est avoir à l'esprit la représentation directe de l'être qui est aussi devoir-être et qui s'incarne en situation.

Il serait vain de prétendre épuiser les divers courants qui s'apparentent à cette philosophie nouvelle, à travers les mouvements néo-réalistes ou phénoménologiques. On peut simplement signaler, au XX<sup>ème</sup> s., les positions proches de quelques noms représentatifs. Et l'on songe à Giuseppe Capograssi ou à Flavio Lopez de Oñate qui a montré dans un magistral essai, *La certitude du droit*, publié à Rome en 1950, comment l'équité, telle que la reconnaît le jusnaturalisme réaliste, peut s'accorder avec l'impératif de certitude dont le droit a besoin<sup>42</sup>. Lopez de Oñate, comme peu après Giovanni Ambrosetti<sup>43</sup>, s'oppose à la notion positiviste de sécurité, de certitude attachée aux lois (qu'attaquait déjà Savigny<sup>44</sup>) ; la vraie sécurité ou certitude, qui guide l'interprétation à travers les lois, est la sécurité ou certitude établie sur un *ordre onto-axiologique du juste*. Rien de plus mouvant et fuyant que cette fausse certitude des lois qui dépend de la seule volonté et dont l'histoire législative récente, depuis les grandes codifications, a révélé les variations et les errements : les insuffisances constitutives. C'est retrouver l'idée que la certitude est *dans la vérité*, laquelle appartient au contenu tiré du juste naturel, et non à la forme liée à la volonté positivante.

<sup>41</sup>Voir : A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, t. 2, éd. par R. Orecchia, Padova, CEDAM, 1968, nos 1191, 1203, 1251, 1259.

<sup>42</sup>Voir : Lopez de Oñate, *supra*, note 4.

<sup>43</sup>Voir : G. Ambrosetti, *supra*, note 10 sur la coutume, et du même auteur, « La sanzione come testimonianza di valori » (1979) 196 *Archivio giuridico* (Modena) 32.

<sup>44</sup>Savigny montre, dans son *System des heutigen Römischen Rechts*, que le droit législatif doit prolonger le droit scientifique s'appliquant essentiellement à la coutume ; légiférer et codifier à outrance est, selon lui, un symptôme de décadence, propre aux époques où l'appareil étatique ignore la réalité de la nation et où une fausse notion de sécurité, notion artificielle visant les seuls textes, remplace la *vraie notion* qui s'attache, quant à elle, chez le juriste authentiquement scientifique, au sens intuitif de l'histoire, élaborant l'expérience commune. Voir : J.-M. Trigeaud, « notice Savigny », (1987) 5 *Rev. d'histoire des facultés de droit et de la sc. juridique* 129.

De même, Miguel Reale, au Brésil, n'a pas séparé l'équité de l'expérience du juste qu'il appelle *ius vivens* : droit vivant ou « intuitif ». L'équité est alors, pour Reale, cette saisie immédiate et spontanée de la chose qui l'atteint dans sa nature, comme essence délivrée de sa facticité sociale<sup>45</sup>. De même encore, dans l'optique où se situe le « second » Gustav Radbruch<sup>46</sup>, la *Billigkeit* ou équité est traitée ainsi qu'elle apparaît dans l'*equity* du droit anglo-saxon, comme une intuition de l'essence de la situation vécue ; et c'est à partir d'une telle essence que Radbruch propose d'élaborer des types ou des standards de comportement, laissant au juge le pouvoir de discerner ceux que le législateur est impuissant à déceler dans son projet nécessairement généralisateur.

## II.

L'autre manière de considérer l'équité consiste à l'abstraire de tout support empirique et concret, extérieur à l'individu, et à en faire une exigence s'imposant à sa conscience. C'est une idée assez courante chez les théoriciens du droit : l'équité a une utilité supplétive, elle ne sert qu'à remédier aux lacunes des textes, et elle répond ainsi à un appel de la conscience du juge. On renonce alors à trancher la difficulté de savoir si l'équité a un caractère de prescription éthique : on la regarde exclusivement comme une *valeur de fait*<sup>47</sup>.

Pourtant, une double orientation se manifeste à l'analyse philosophique. Si l'équité est une exigence de la conscience, elle l'est tout d'abord dans la voie ouverte par le stoïcisme et continuée par l'idéalisme moderne ; elle est associée à un sentiment général d'humanité, de respect à l'égard de la nature de l'homme. Puis, dans une visée spécifiquement chrétienne, d'ailleurs compatible avec la précédente comme avec l'objectivisme réaliste, elle prend une signification caritative et moins abstraite : elle désigne le geste d'amour pacificateur. Mais, d'un côté comme de l'autre, l'équité a la personne pour objet et pour fin justificative.

<sup>45</sup>Voir M. Reale, *O direito como Experiência*, Sao Paulo, Editoria Saraiva, 1968.

<sup>46</sup>Voir : G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 2e éd., Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960. Comparer : J. Stone, « The 'Nature of Things' on the Way of Positivism. Reflections on a 'Concrete Natural Law' » [1964] *Archiv. für Rechts und Sozialph.* 145.

<sup>47</sup>Voir : Gény, *supra*, note 11 à la p. 39 ; C.M. Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile — Premesse teoriche*, Padova, 1959.

L'*épieikeia* a renvoyé très tôt, chez les Stoïciens, à une attitude amicale et bienveillante proche de la *philanthropia*<sup>48</sup>. Et, comme telle, elle a donné naissance à la *clementia* ; la *clementia* qui se place à la limite de l'*humanitas* et qui se distingue de la *misericordia*, de caractère plutôt émotionnel et attachée à considérer le destin de l'injuste plus que la cause de l'injustice commise<sup>49</sup>.

Dépourvue de tout élément affectif, l'équité est ainsi rationnelle. Elle acquiert cette portée chez Cicéron qui la présente comme une lumière de vérité morale : *aequitas enim lucet ipsa per se* (*De Of*, I,30) ; c'est la même signification qu'elle revêt chez la plupart des juristes romains influencés par le stoïcisme, lorsqu'elle est synonyme de la *bona fides*<sup>50</sup>. À cet égard, l'équité est analogue à la bonne foi ; car, sous un aspect plus nettement objectiviste et réaliste, la bonne foi concerne l'appréciation lucide du contenu des prestations au contrat, l'*aequitas* coïncidant en pareil cas avec le sens du déséquilibre qualifié génériquement d'usurateur<sup>51</sup>. Et de cette similitude, le *ius gentium*, inspiré par le Portique, a su tirer le plus grand profit pour harmoniser les dispositions d'une structure internationale du droit.

\* \* \*

Les jusnaturalistes modernes souscrivent dans l'ensemble à une telle conception de l'équité. Ils l'envisagent sous la dimension de l'interprétation du texte lorsque celui-ci est trop général. On peut citer le précurseur hollandais de l'*Ecole du droit de la nature et des gens* : Grotius (*De iure belli ac pacis*, trad. Barbeyrac, 1768, t.I, II-XVI-XXVI-2). Il n'est pas indifférent de le noter : Grotius a le souci d'éviter la confusion entre équité et *indulgence* (i.e. *miséricorde*). L'indulgence qu'il dissocie de l'équité justifie une dispense de la loi. « Autre chose, dit-il au sujet de l'équité, est de déclarer qu'un

<sup>48</sup>Sur la relation de l'équité avec l'amitié, dans le prolongement de ces traditions, voir : L. Legaz y Lacambra, *Filosofia del derecho*, 5e éd., Barcelona, Bosch, 1979 à la p. 352 et s. ; et, du même auteur, « La equidad, la amistad y la justicia » dans *Estudios J. Cortés Grau*, t. I, Valencia, Valencia Univ., 1977 à la p. 467 et s. ; L. Lombardi-Vallauri, *Amicizia, carità, diritto*, Milano, Giuffrè, 1969.

<sup>49</sup>Voir : d'Agostino, *supra*, note 3 à la p. 101 et s.

<sup>50</sup>Voir : F. Pringsheim, « Aequitas und Bona Fides » dans *Conf. XIV Cent. Pandette*, Milano, 1931 à la p. 185 et s., et sur la bonne foi, J.-M. Trigeaud, « Justice et fidélité dans les contrats » [1983] *Archives de philosophie du droit* 209. Voir aussi : C.A. Maschi, « Civiltà e suggestioni antiche e originalità latina » dans *Atti Convegno Istituto internaz. di Bolzano*, Bolzano-Bozen, 1980 à la p. 111, (voir la p. 117 sur *aequitas* et la *bona fides* dans le *ius gentium*). Voir aussi : sur l'*honestas* et la *bona fides*, philologiquement, et à partir de Cicéron, Sanchez de la Torre, *supra*, note 36 aux pp. 82-86.

<sup>51</sup>Voir : Trigeaud, *supra*, note 50 à la p. 215 et s., et, du même auteur, « Promesse et appropriation du futur » dans *Le droit et le futur (Travaux Assoc. française de philosophie du droit)*, Paris, P.U.F., 1985 à la p. 63 et s.

certain fait n'a jamais été compris dans l'intention de la loi » (Comparez Suarez, *De Leg.*, I,II,9-10;XVI,16...)

Le privilège du jugement en équité est accordé à la « droite raison », « lumière naturelle », d'après ce qui lui convient, en considération de son universalité formelle, comme la reconnaissent les Stoïciens et Cicéron en tête. Que vise alors l'équité ? Son objet est toujours déterminé suivant le schéma aristotélicien de l'égalité ; mais cette égalité est réinterprétée à travers la grille d'un subjectivisme idéaliste.

Il suffit de prendre Leibniz en exemple. L'acte juste, explique-t-il, entraîne, en tant qu'« équitable », une certaine « proportion » entre deux mouvements propres aux sujets : l'amour de soi et celui du prochain (*El. juris naturae*, 1671, VI-I). L'équilibre est en effet à établir dans les êtres entre leurs instincts contradictoires, et non plus dans les choses ou les objets vers lesquels se portent ces instincts en colorant l'intention morale. Il en va de même chez Bodin dont la « justice harmonique » préside aux « rapports géométriques » : c'est l'équité qu'il invoque, au sens où elle proportionne à chacun, en fonction d'éléments internes, une justice légale qui est égale pour tous<sup>52</sup>. Ce raisonnement conduit à maintenir, il est vrai, l'idée d'une adéquation de l'équitable au juste naturel antérieur et supérieur au juste légal qui s'en inspire. Mais il n'y a là qu'apparence formelle d'une ressemblance. Car ce juste naturel se situe *au sein de la nature de l'homme* et non de la nature des choses, ni, dans une perspective réaliste, de ce statut onto-axiologique que désignerait la personne au principe d'une nature de l'homme qu'elle dépasse en s'y incarnant.

Afin de rendre claire cette distinction, Vico oppose le *certum* qu'il rattache à la loi, au *verum* qu'il présente comme l'« équité naturelle » (*Principi di scienza nuova*, II-II-CX). Mais l'implication des deux termes soulève une difficulté. Le certain ne paraît-il pas exclure d'abord l'équitable, ce qui préfigure le positivisme moderne ? La loi et l'équité ne sont-elles pas, ensuite, hétérogènes l'une à l'autre, puisque la première repose sur la volonté, le *consensus*, tandis que la seconde se fonde sur la raison, et puisqu'il est possible de retrouver dans leurs rapports mutuels la fameuse dialectique du *verum et factum convertuntur* ?

Ce qui semble désormais abandonné est l'exigence d'une pure égalité objective comme l'avait conçue le droit romain dans la mouvance de l'aristotélisme ; égalité tournée vers le seul objet, la relation entre les biens partageables, et assumant, sous cet angle exclusif, les dimensions concrètes du

<sup>52</sup>Voir : S. Goyard-Fabre, « La Juris Universi Distributio de Jean Bodin » dans *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedra atico Don Luid Legaz y Lacambra*, t. 1, Madrid, Universidad Complutense Madrid (Centro de estudios constitucionales), 1983 à la p. 481 et s.



cas empirique. On ne saurait plus dès lors faire appel à l'équité « plus égale » que l'équité légale, dans l'hypothèse d'école, par exemple, du contrat successif dont les prestations deviennent déséquilibrées, afin d'en obtenir révision<sup>53</sup>. Cependant, il n'est guère imaginable que l'on élimine totalement cet aspect objectif et réaliste de l'équité, et on le voit réapparaître là où on l'attendait le moins, à l'intérieur même de l'idéalisme le plus achevé : dans la *Rechtslehre* de Kant.

Objectivement considéré, affirme Kant, l'équité n'est aucunement un principe qui permet d'exiger d'autrui d'accomplir simplement son devoir moral, mais celui qui exige *quelque chose* au nom de ce principe [...]; seulement, il lui manque les conditions indispensables dont a besoin le juge pour déterminer combien il est dû<sup>54</sup>.

Voilà en quoi l'équité surpasse le « droit strict » dans le vocabulaire romain ; voilà en quoi elle rejoint une normativité naturelle *a parte objecti*, implicitement fondée sur l'égalité, sur la proportion inter-objective. C'est, en effet, ce qui ressort de l'exemple donné par Kant à propos du salaire déjà dévalué quand il est versé<sup>55</sup>. Toutefois, on ne voit pas très bien comment l'équité qui a trait au *contenu* peut se concilier avec le juste qui est relatif à la *forme* de l'acte (et à son extériorité, comme l'avait enseigné Thomasius) : non seulement les critères divergent, mais en admettant l'équité on passe, en terme kantien, de la subjectivité transcendante à une objectivité viciée d'empirisme, contaminée de factualité.

\* \* \*

Le point d'aboutissement du formalisme kantien est, en tout cas, dans le positivisme qui se développe au XIX<sup>e</sup> siècle ; ainsi chez les Pandectistes, chez Bernhard Windscheid. À un moment donné, le kantisme oriente vers l'historicisme : il provoque son contraire. C'est l'attitude de Savigny : l'*aequitas* ou *Billigkeit* donne l'occasion de retrouver le véritable « esprit d'un peuple » et de communiquer avec lui, et, par là de saisir le véritable « droit positif » qui englobe (conformément aux définitions de G. Hugo ultérieurement reprises par Austin et Merkel) le droit coutumier, spontané... Mais l'historicisme évolue vers le Pandectisme, vers la « Science juridique des concepts » qui renoue avec le formalisme kantien en le combinant avec un positivisme. On le perçoit très bien chez Windscheid pour qui la science législative (*loi-ratio scripta*) remplace la science du droit : il écarte d'emblée l'équité, la *Billigkeit*, dans l'interprétation (*Lehrbuch des Pandekten*, I, 1862). Windscheid définit le principe qui doit guider cette interprétation comme

<sup>53</sup>Voir : Trigeaud, *supra*, note 51.

<sup>54</sup>Kant, *Doctrine du droit*, Appendice de l'Introduction, I, trad. Philonenko, Vrin, 1971 à la p. 108.

<sup>55</sup>*Ibid.*

un principe d'égalité (*aequum*) qu'il compare à une étoile. Or l'équité est à rejeter, dans cette perspective, parce qu'elle désigne une égalité d'une autre nature, une égalité insaisissable et placée en-deçà des lois, ce qui en compromet la certitude de l'application. Tel est le positivisme ; la seule égalité qui compte et que le juriste doit interpréter « comme un prêtre », dit Windscheid, en la servant comme une vérité religieuse soumise à exégèse sacrée, est inscrite dans les textes... Le kantisme réapparaît ici dans l'universalisme de la forme légale. L'équité renvoie par contre au cas singulier et à l'expérience (celle à laquelle est attaché R. von Jhering en promouvant la « Science du droit des intérêts »...), et c'est pourquoi elle embarrasse et elle est exclue du champ scientifique du droit... Mais c'est principalement le mode d'interprétation que suggère ce positivisme, dans sa rigidité et sa linéarité, qui va poser le problème majeur : comment l'activité du juriste qui interprète peut-elle se réduire au mécanisme d'une *déduction*, d'une *subsumption* du particulier qualifié sous le général normatif et fixe ? N'y-a-t-il pas dans ce procès de la compréhension intellectuelle du droit, tel qu'il se forme dans la pratique des tribunaux, une simplification abusive et commode ? Ne peut-on retrouver au moins la tradition antique et oubliée d'une interprétation qui n'est plus prisonnière d'un raisonnement analytique et qui est capable d'assumer la valeur du concret en le référant au principe dont la loi est l'expression ? ...Le renouvellement des méthodes d'interprétation apportera très vite des modifications significatives, contraignant à une révision de la place réservée à l'équité. Gény, Betti<sup>56</sup> en ont élaboré progressivement la théorie, ce qui a conditionné largement, comme il reconnaît lui-même, l'herméneutique de Gadamer<sup>57</sup>.

Le droit privé français a été affecté d'un positivisme analogue, celui qu'ont combattu justement Saleilles, Josserand, Gény, Bonnecase et, bien que de façon plus modérée, Ripert. Car la plupart de nos principes sont tirés de l'idéalisme cartésien (par l'intermédiaire de Domat et Pothier) et kantien, et nous ne nous fondons que sur une rationalité scientifique et formelle au sens des « Lumières » et du criticisme. Mais de tels principes souvent demeurés implicites et professés uniquement dans l'enseignement des Ecoles puis des Facultés, ont été refoulés. Pour autant, l'équité n'a pas repris une signification réaliste. En témoigne suffisamment le refus des tribunaux d'y recourir, alors qu'elle est prévue par l'article 1135 du Code civil français, en matière d'exécution des obligations conventionnelles. L'équité

<sup>56</sup>Voir : Gény, *supra*, note 11 à la p. 39 ; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1956.

<sup>57</sup>Gadamer, *supra*, note 28 à la p. 293 et s. et à la p. 312 et s. Voir aussi, sur la polémique entre Betti et Gadamer à propos de l'application selon le schéma déductif ou compréhensif / participatif : G. Zaccaria, *Ermeneutica e Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1984, no 12 à la p. 73 et s., et voir en général, K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2e éd., Heidelberg, 1968.

justifie cependant la révision de ces obligations, lorsqu'elles sont disparates du fait d'un événement externe (hypothèse de l'imprévision). La bonne foi contractuelle (article 1134) a d'ailleurs été interprétée dans cette acception, en accord avec le principe général : *bonam fidem in contractibus considerari aequum est* ; principe qui a connu un meilleur sort que la *clausula rebus sic stantibus*, puisqu'en dehors du droit international privé elle n'a guère trouvé ici son application naturelle en droit civil<sup>58</sup>.

On est dorénavant fort loin de la pratique anglo-saxonne de l'*equity*. Car l'*equity* n'a nul besoin d'être assimilée à la bonne foi (*fairness*)<sup>59</sup>. Elle s'appuie sur une philosophie réaliste de la nature des choses, dans la mesure où elle reflète la substance des opérations juridiques, en conformité avec l'*épieikeia* grecque et l'*aequitas* romaine. Un exemple le démontre sans peine : si, d'un côté, la *common law* prescrit que certains contrats soient sous forme écrite, l'*equity* intervient, d'un autre côté, quand le contrat n'est pas écrit, pour protéger le contractant afin que l'autre partie ne tire pas un avantage indû de l'absence d'une forme écrite<sup>60</sup>.

\* \* \*

Comme exigence de la conscience, l'équité ne saurait enfin être mieux référée à la personne que dans l'esprit du judéo-christianisme. C'est alors qu'elle s'entend au sens de l'*amour pacificateur* et de l'*élan charitable*, par l'union des facultés rationnelles et sensibles, au sein d'un même être spirituel, irremplaçable et indivisible.

Selon la tradition judaïque, en particulier dans l'interprétation de l'*Ancien Testament* que propose la *Midrasch*, l'équité est surtout prise dans l'acception de la *clementia* stoïcienne (voir Sénèque) ; elle marque une tendance à la modération du pouvoir du prince<sup>61</sup>. Prince qui devient la personne divine dont la personne humaine participe mystérieusement, d'après l'orientation évangélique et patristique grecque. Cette fois, l'équité a gravi le seuil d'une certaine pondération rationnelle. Certes, elle reste attachée aux notions classiques de convenance, de mesure, d'équivalence ; mais elle intègre des éléments affectifs et intellectuels, révélant l'unité de la personne, indissociablement corps et esprit. Elle est ainsi amour, elle promeut l'indulgence, la miséricorde, ce qui est précisément étranger au rationalisme de

<sup>58</sup>Voir : Trigeaud, *supra*, note 51.

<sup>59</sup>Voir : Stein & Shand, *supra*, note 16, c. 10. Comparer : H.G. Hanbury, *Modern Equity*, 6e éd., Londres, 1952 ; W.W. Coom, *Cases and Materials on Equity*, Londres, 1947. Comparer : J. Rawls « La justice comme équité » [1987] Philosophie 39.

<sup>60</sup>Stein & Shand, *supra*, note 16, c. 4.

<sup>61</sup>Voir : Eschelbacher, « Recht und Billigkeit in der Jurisprudenz der Talmud », *Judaica, Festschrift Cohen*, Berlin, 1912.

la morale stoïcienne, au droit naturel qui en est issu et à l'École qu'il a lui-même engendrée en Allemagne et en Hollande aux temps modernes<sup>62</sup>.

Conçue comme expression de la plénitude de l'homme à l'image de son Créateur, homme que tout pouvoir judiciaire doit respecter et regarder comme un modèle virtuellement présent en chaque acte axiologique, l'équité a l'ambition d'établir la *paix*. Thème de l'apaisement des conflits dont le tribunal est le lieu mythique, en même temps qu'il en opère une singulière *katharsis*, comme le montrera avec force la sociologie de Dupréel<sup>63</sup>. Thème dont l'arrière-plan théologique est patent, comme est analogiquement évident le symbole de l'*Alliance* derrière la théorie des *actes* juridiques légaux ou contractuels.

La figure exemplaire de l'*équitable qui aime*, la figure de l'*épīeikēs* ou de l'*amākos*, est donnée par le Christ lui-même, eu égard à sa propre loi. L'équité est par conséquent le signe de sa souveraineté comme *kurios*, comme maître<sup>64</sup>. Une puissance dominatrice que l'équité ne traduit pas comme un pouvoir discrétionnaire ou arbitraire, ainsi qu'a pu inciter à le penser la réflexion luthérienne, inclinant vers le positivisme juridique et adhérant à son formalisme, en ne voyant dans l'équité qu'une simple faculté de modérer ses commandements pour le maître, le chef de famille ou le magistrat<sup>65</sup>...

Le Dieu du *Nouveau Testament*, en effet, se communique et ne se replie pas sur lui-même. Par l'exercice de son équité, une équité archétypique qui appartient potentiellement à tous selon la visée participative de la définition de l'homme, il représente la plus authentique libération répondant à l'appel d'une vérité intégrale<sup>66</sup>. Si l'équité s'incarne toujours dans l'*individuel*, elle dégage l'individuel du poids de ses contingences : elle l'élève par l'amour à son *essence* et lui fait découvrir le mouvement même de l'être qui l'habite et l'âme. S'il est une *ontologie de l'équité*, elle peut trouver ainsi un fondement ultime. Son essence consiste à percevoir l'essence de chaque chose

---

<sup>62</sup>Comparer : P.G. Caron, *Aequitas romana, Misericordia patristica ed Epieikeia aristotelica nella dottrina dell'aequitas canonica*, Milano, Giuffrè, 1971.

<sup>63</sup>Voir : E. Dupréel, *Esquisse d'une philosophie des valeurs*, Paris, Alcan, 1939 ; *Le Rapport social*, Paris, Alcan, 1912. Comparer : W. Maihofer, « Le droit naturel comme dépassement du droit positif » [1963] Archives de philosophie du droit 178 (sur la contradiction).

<sup>64</sup>Voir : A. von Harnak, « Sanftmut, Huldmüt, Demüt in der alten Kirchen », *Festgabe Kaf-tan*, Tübingen, 1920.

<sup>65</sup>Voir : M. Luther, *Traité de l'autorité temporelle*. Voir aussi, sur les implications de la théologie protestante dans l'interprétation et les présupposés de l'équité, Gadamer, *supra*, note 28 à la p. 173 et s.

<sup>66</sup>Comparer : A. di Marino, « L'epieikeia cristiana » (1956) 29 *Divus Thomas* 396.

de droit observée, conduite, bien ou rapport, dans sa finitude et sa facticité, et elle suppose, au sens d'un *diagnostic juridique immédiat*, une intuition intellectuelle du juste *égal* auquel cette chose tend. Et l'on peut voir là, mais avec d'autres yeux peut-être que ceux de la raison du philosophe, une secrète imitation du Juste en son principe absolu.

---