

ENTRE IDÉAL, ÉTHIQUE ET LOI: L'ÉQUITÉ

JEAN-JACQUES SARFATI*

ABSTRACT. Equity between Ideal, Ethics and Law. The purpose of this text is to show that equity is now a need for our post-modernity. However, it can only become a reality only if it is applied by an elite that regains the support of the people and of the intellectual sphere. Without this support and reality, the legal philosophy seeks to build it without being able to convince completely. Indeed, equity cannot be only an idea - it must be a concrete reality and at work. Otherwise, it vanishes.

Keywords: equity; law and justice; philosophy of law and applied ethics; conditions of correctness and equilibrium.

RÉSUMÉ. Le but de ce texte est de montrer que l'équité est désormais un besoin pour notre postmodernité. Cependant, celle-ci ne pourra devenir une réalité que si elle est appliquée par une élite qui retrouve le soutien du peuple et de la sphère intellectuelle. Faute de ce soutien et d'une telle réalité, la philosophie juridique cherche à la construire sans parvenir à convaincre tout à fait. En effet, l'équité ne peut être qu'une idée - ce doit être une réalité concrète et à l'œuvre. Faute de quoi elle se meurt.

Mots-clefs : équité ; droit et justice ; philosophie du droit et éthique appliqué ; conditions de la justesse et de l'équilibre.

Qu'est ce que cette fameuse équité dont tout le monde parle mais que personne ne connaît réellement ? L'hypothèse que nous voulons ici proposer pour notre travail est la suivante : l'équité est un concept qui permet à certaines personnes qui ont le pouvoir de prendre des décisions d'ordre juridique en allant au-delà de la loi et parfois en ignorant celle-ci. Elle est vue positivement et produit de justes résultats et de justes décisions lorsque ces personnes ont la confiance de

* Université Paris Dauphine, Place du Maréchal de Lattre de Tassigny, 75016 Paris, France. Email : jean-jacques.sarfati@wanadoo.fr.

leurs concitoyens. Une telle confiance ne peut se gagner que dans les cas où, selon nous, ces personnes ont une foi personnelle en un idéal qui dirige leur éthique et lorsque la réalité de cette éthique est reconnue par le plus grand nombre.

De telles personnes nourrissent leurs actions en partant de cet idéal dans lequel ils ont foi. Cependant, dès qu'elles feignent et dès que l'idéal disparaît alors l'équité devient un alibi et finit par être rejeté par la population et la sphère philosophique dominante qui retrouvent l'une et l'autre le besoin de se nourrir à la lettre de la loi. Le problème est qu'une loi sans esprit pour l'animer et sans connaissance de ce qu'elle désigne n'a plus de sens et alors peu à peu le droit finit par tomber par le juridisme et alors c'est la loi qui est rejetée. Vient alors à nouveau un besoin d'équité qui ne peut s'épanouir que dans le cas où un lien peut s'opérer pour les dirigeants d'une nation entre idéal, éthique et application de la loi. Comme tous les observateurs le notent nous vivons à l'heure de la crise du positivisme juridique et scientifique et à celle du déclin de la loi. Cependant nous n'avons pas encore trouvé de dirigeants qui ont su convaincre qu'ils avaient un idéal et une éthique en lien avec le pouvoir qui leur a été confié.

L'équité est ainsi fortement sollicitée dans la postmodernité qui est la nôtre mais celle-ci n'a pas acquis ses lettres de noblesse. Elle se cherche parce qu'elle ne parvient pas à être soutenue réellement dans la pratique. Plusieurs éléments permettent de conforter notre analyse et en premier lieu la position contemporaine des juristes français.

Le droit positif français, la doctrine juridique et l'équité

La question de l'équité n'est pas centrale pour le monde contemporain des juristes français. Pourtant cette notion fait partie intégrante du droit positif de ce pays. Ainsi l'un des articles clefs du code civil dispose-t-il que :

« 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 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. Il ne faut pas oublier également le droit à un procès équitable qui fait partie intégrante du droit européen. Mais qu'est-ce que l'équité en tant que telle ? Le droit français, comme de nombreux droits, n'en donne pas de définition. Il est perdu et comme égaré sur ce point. Pour sortir de l'impasse, certains penseurs nous disent que le concept doit demeurer flou...Mais qu'est à ce dire ?

En 1997 Mr Goubeaux écrivait ainsi à son sujet (1) : « 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* ». Alors l'équité ne serait-elle pas juridique ? Ce n'est pas ce que semble considérer un autre grand juriste français, G Cornu qui écrivait lui, 20 ans plus tard, après avoir noté le caractère exceptionnel de ce pouvoir modérateur du juge qu'est l'équité :

« 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 » (2)

En droit français la place de l'équité semblerait donc, pour Mr Cornu, devoir être celle de l'ombre. Elle inspirerait secrètement de nombreuses décisions mais elle ne serait jamais directement source de règles et donc de normes. Il est donc ici possible de considérer que l'analyse du juriste qu'il fut était un appel à plus d'équité ou simplement la marque de ce déclin de la loi dont nombre de ses collègues ont souvent parlé. Notre hypothèse ne peut donc pas être « prouvée » par cet élément. Pourtant ces hésitations et ces doutes confirment le désarroi qui a été évoqué en introduction. Pour le comprendre il nous faut donc faire un rapide détour vers la philosophie du droit. Car c'est en elle que se trouve sans doute la clef de tout ceci.

Brève histoire philosophique de l'équité : de la reconnaissance à la redécouverte

Lorsque l'on étudie rapidement la place de l'équité dans la pensée philosophique occidentale, quatre moments semblent se dessiner. Ils semblent aller de la reconnaissance grecque à la redécouverte post-moderne. De plus et surtout cette reconnaissance alliée à une redécouverte semble plus exactement confirmer l'hypothèse que nous soutenons. Commençons notre analyse par la pensée qui semble l'avoir créé : la pensée grecque.

L'invention ou la reconnaissance grecque. Le besoin de combler un manque

Qu'est-ce qui distingue Athènes de Jérusalem ? Pour la Bible hébraïque, le seul droit qui vaille est celui qui a été donné par l'Éternel à son peuple par le truchement de son prophète : Moïse. Cette loi est nécessairement juste. Elle est même la plus juste qui soit et pour l'appliquer seuls des êtres choisis et élus par le

Divin peuvent justement la mettre en œuvre. Lorsque l'injustice prend le pouvoir à Jérusalem alors il ne fait pas de doute pour la Bible qu'un jour ou l'autre la sanction surgit.

La pensée et l'éthique juive n'ont donc pas besoin de l'équité. En effet, les lois sont équitables et il ne fait pas de doute que celui qui les appliquera avec sagesse et le respect de l'Éternel sera dans le juste. Avec Athènes, les choses changent. Nous sommes ici en présence d'une civilisation métissée qui est par elle-même disons « cosmopolite ». Nul ici d'idée d'élection ou de choix divin si ce n'est l'idée émise par les poètes que les Dieux favorisent plutôt telle cité ou tel héros plutôt que tel autre. Athènes fait donc coexister deux formes de lois : la loi divine et la loi des hommes. Le fait que la loi des hommes soit souvent injuste et parfois purement contractuelle est fréquemment évoquée par ses auteurs.

C'est ainsi un tribunal Athénien qui va condamner à mort l'homme le plus juste qui fut : Socrate. Pourtant le même Socrate est celui qui refusera d'ignorer la loi et qui cherchera – même au prix de son sacrifice – à se battre pour que la force obligatoire de celle-ci (même si elle est injuste) soit reconnue. Ce drame obligera donc Aristote à « inventer » un concept qui maintiendra l'unité de la loi des hommes s pour autant donner à celle-ci le dernier mot. Elle trouvera sens et influencera plus après les juristes occidentaux qui créeront les premières universités de droit moderne en Italie parce que son invention sera portée par des hommes dignes de confiance : Aristote mais aussi ceux qu'il a formé et ceux qui ont été nourris à l'idée philosophique.

Ce ne sera plus le divin qui la légitimera mais une éthique philosophique qu'Aristote cherchera toute son existence à construire et à élaborer autour de l'idée d'excellence. Dans la rhétorique le terme équité n'est pas toujours cité et pourtant celle-ci apparaîtra sur trois aspects. Distinguant, la loi particulière et la loi commune, la première étant celle qui relève de « *l'être des choses* », disant « *le juste et l'injuste* » « *même si les hommes ne sont liés par aucune communauté ni par aucune relation contractuelle* », Aristote citera alors Sophocle et Antigone (3) en invoquant justement la trace perdue d'une loi éternelle et en rappelant ainsi que.

« Ce n'est pas de maintenant ni d'hier que ces lois sont en vigueur et personne ne sait d'où vient leur lumière ».

L'équité sera ainsi légitimée par la philosophie qui sera elle-même en quelque sorte confirmée et légitimée par les Dieux. Elle sera universelle alors que le droit positif n'était que spatio-temporel. Elle apparaîtra comme une forme de « reste » de théologique qui sera même qualifiée, par le Stagirité, de juste qui va « au-delà de la loi écrite » (4). L'équité permettra ainsi de renvoyer à une autre dimension à

laquelle cependant la loi positive se dira toujours d'être reliée pour avoir toute sa force. Elle deviendra la sagesse même dans l'application du droit, Aristote écrivant à son sujet que

« l'équité, c'est avoir de la compréhension pour ce que sont les hommes ; c'est regarder moins la loi qu'au législateur, moins 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. »

Dans l'éthique à Nicomaque, Aristote reprendra sa réflexion sur le concept en l'affinant et en permettant à l'équité, dans certains cas, de ne pas se soumettre à la loi. Elle occupera alors le statut qui est le sien aujourd'hui dans le droit occidental moderne à savoir celui de correctif à la loi. Ce statut sera ainsi fixé par Aristote qui utilisera la fameuse métaphore qui rappelle que :

« ce qui est indéterminé, 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 »... (5).

L'équité servira donc à corriger une loi qui n'est pas toujours adaptée aux cas d'espèce. Mais, évoquant la loi Aristote se permettra également et surtout, par son truchement, de revenir sur ces hommes d'exception qui seront finalement ceux qui auront directement influencée la « création » de ce concept juridique et il les appellera les « hommes équitables » ou pourrions-nous dire ici, ceux qui sont « éthiques ». Ceux-là seront ainsi ceux qui ne prennent pas avantage de leurs droits devant les tribunaux même si cela ne leur paraît pas appropriés. Ceux-là seront donc au-dessus de la loi des hommes car ils seront légitimes et se nourriront au-delà. Ils chercheront donc le plus souvent l'équité plutôt que l'application stricte de la loi (6).

Pour Aristote, l'équité sera donc ce qui sert à corriger le droit positif et à rendre celui-ci plus juste. Elle résonnera avec force dans l'esprit des hommes de l'époque car elle sera vécue comme une réalité par ceux qui auront croisé de tels hommes. Ensuite, le mot sombrera sans doute dans l'oubli et le christianisme s'en inspirera sans doute lorsqu'il parlera – à la suite des Prophètes d'Israël- de l'esprit de la loi au détriment de l'application stricte et sans conscience de celle-ci. Ce sera sans doute dans les Universités en création au moyen-âge - et ce afin de trouver et créer un nouveau savoir laïc – que le mot retrouvera son sens à nouveau. Il trouvera à nouveau une nouvelle légitimité en partant de la sagesse des juristes et des savants qui s'y formeront. Ceux-ci inspireront les Parlements qui serviront de conseils aux monarchies qui s'installeront sur les différents états européens. Cependant, à la Révolution, le terme finira par avoir « mauvaise presse ». Le peuple dira qu'il se « méfie

de l'équité des Parlements » qui était selon lui un moyen de favoriser les privilèges et les passe-droits. Cependant, comme toujours en Occident, la philosophie politique avait devancé l'histoire. Déjà en son temps, les philosophes fondateurs de la modernité occidentale avaient dénigré avec force ce concept. Le peuple n'avait-il fait que reprendre les attaques des philosophes ou bien étaient-ce les philosophes qui avaient « senti » un vent tourner ?

Notre hypothèse, déjà évoquée plus avant, est que la « corde » était usée. Plus personne ne croyait en la justesse des juristes et universitaires de cette époque déjà moqués par Molière et par beaucoup d'autres. Le besoin d'une loi forte et claire se faisait donc entendre car il fallait remettre en cause des privilèges qui n'étaient plus considérés comme légitimes. La remise en cause des privilégiés ira donc de pair avec la négation moderne de l'équité.

La négation moderne et européenne de l'équité

A notre connaissance, ce fut surtout avec Hobbes que les premières critiques surgirent à son sujet. Pour lui l'équité était gênante pour plusieurs raisons : d'une part elle venait d'Aristote qu'il fallait à cette époque nécessairement critiquer, d'autre part elle allait contre l'idée de norme et de principe égaux pour tous qu'il fallait défendre et enfin elle remettait en cause l'idée d'un droit autoritaire. Pour lui en effet dans le Dialogue entre un philosophe et un légiste, il écrivait avec force

« 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 » (7)

Hobbes voulait, on le sait, remettre de l'ordre dans les Etats. Il voulait un pouvoir central fort. Il représentait donc un courant devenu dominant qui ne croyait plus aux hommes mais qui voulait des institutions et des lois. Il annonça la nomophilie des Lumières qui reprirent sa pensée en souhaitant cependant désormais que la loi seule les libère. L'équité fut ainsi « mise au panier » car on ne croyait plus vraiment en l'homme de cœur qu'Aristote avait décrit. L'homme n'était qu'un loup pour l'homme et tous finalement se valait par la faiblesse qui était la leur. Montesquieu ne démentira d'ailleurs guère l'auteur du Léviathan sur ce point. Certes, répondant sans doute au premier cité, il devait rappeler qu'

« 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 effet, juriste lui-même il ne pouvait tout à fait cautionner la remise en cause aussi forte de la science de ces derniers par Hobbes. Cependant au fameux chapitre XI. 6 de L'esprit des lois, il devait malgré tout écrire que

« 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 ».

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 devait demeurer 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 (8) la manière de juger devait au contraire être 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 étaient surtout marquées par l'arbitraire. (9). Au chapitre VI. 21 il devait réitérer sa position et la préciser en écrivant :

« 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, 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. Montesquieu n'était en fait que le penseur d'un entre-deux. Il avait voulu un temps maintenir les privilèges des Parlements et de l'aristocratie qu'il jugeait encore seuls en mesure de lutter contre l'absolutisme royal. La demi-défense qu'il fit de l'équité fut un peu entendue car la légitimité des clercs n'était pas totalement érodée.

Cependant, la Révolution avec Robespierre ne retint de lui que l'idée d'un juge automate et applicateur « bête et sans analyse de la loi écrite ». Montesquieu ne serait donc guère totalement écouté sur le sujet et le coup de grâce devait

cependant intervenir en Allemagne quelques années plus tard avec E. Kant. La doctrine du droit fut éloquente sur ce point. Dans l'appendice à l'introduction de la doctrine du droit (10) Kant devait ainsi 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 pour lui,

« 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'était pas du droit car elle était précisément trop floue pour pouvoir permettre à un juge de trancher. Kant rejetait-t-il pour autant l'équité ? Non car il devait l'appliquer à ce que nous appellerons plus tard le droit administratif et rejeter celle-ci dans le domaine de la conscience. Il écrivit 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.»

Celle-ci relevait donc du tribunal de la conscience mais pas des tribunaux humains. L'équité était ainsi boutée hors du droit pour aller vivre dans l'univers flou de la morale et de l'éthique. La position kantienne assurait donc totalement la suprématie de la loi. Cependant elle n'achevait pas totalement l'équité qui se voyait rejetée dans la sphère de la morale et qui pouvait ainsi secrètement nourrir le droit.

Les hommes de « bonne volonté » faisaient ainsi leurs apparitions sur la scène politique et juridique et avec eux les « génies » qui devaient les guider. Ces hommes ne devaient plus être des juristes et en conséquence, l'équité ne devait plus constituer un élément constitutif du droit positif. Par contre, les hommes avaient encore quelque croyance en certains être de « confiance ». Ces êtres devenaient ainsi ceux qui pouvaient cautionner et « alimenter » le droit. Mais ils devaient en quelque sorte l'alimenter du dehors sans entrer dans les tribunaux. Ce fut alors le temps des « grands » penseurs, des « grands artistes » qui donnèrent le

« là », qui donnaient toute leur « armature » aux différents droits occidentaux qui se nourrirent ainsi de la science et d'une philosophie elle-même devenue cette fois – du moins en apparence – totalement laïque et qui seuls devenaient les véritables détenteurs des secrets de l'équité qu'ils pouvaient alors de temps à autre transmettre aux juristes.

Une telle logique fonctionna durant un certain temps qui fut, pour aller vite, celui de la domination de la pensée que les Marxistes devaient appeler par la suite la pensée bourgeoise. Cependant peu à peu celle-ci finit elle aussi par perdre son crédit. Le peuple, influencé peu à peu par des philosophies dites « sociales » commença à cesser de croire en ses élites. La morale tomba peu à peu elle-même dans l'ère du soupçon avec Marx à sa « gauche » pour aller vite et Nietzsche à sa droite... Freud acheva la besogne en rappelant que celle-ci pouvait même parfois à « haute dose » devenir la cause de toutes les névroses. Il fallait donc trouver de nouveaux horizons et de nouvelles images. Ce fut alors l'ère des radicalisations et des doutes les plus extrêmes qui devait annoncer les pires catastrophes que l'occident devait connaître.

La radicalisation européenne de l'entre-deux-guerres et l'ère du soupçon à l'égard de la morale et de l'équité

Après la fin de la première guerre mondiale, l'occident était déjà bien sombre. Dieu - et le divin avec lui n'avaient pas « bonne presse » et le droit ne pouvait plus, comme en l'heureux temps kantien, trouver sa source dans une morale désormais décriée parce que marquée d'une ethnie et d'une « classe » sociale. Il fallait donc trouver une solution et le droit chercha, par tous les moyens, à prendre le statut de science moderne, technique et autonome. Pour y parvenir, il lui fallut « bouter le juste et l'équité » - eux-mêmes symboles de l'ancien temps - hors de sa demeure.

Rares étaient en effet ceux qui croyaient en l'existence d'être capables de saisir l'au-delà éternel mais nombreux étaient encore ceux qui croyaient aux vertus de la science et de l'université. La technique devint le garant du droit et pour Kelsen, les normes du droit positif valaient non pas parce qu'elles tiraient leur *origine d'un principe absolument bon, équitable et juste* mais parce qu'elles avaient été créées d'une certaine manière et passées par une certaine personne. Pour lui le droit n'était que l'expression d'un vouloir et celui-ci pouvait donc parfois être inéquitable. Comme devait ainsi le rappeler Norberto Bobbio, 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.... » (11)

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. Il devenait un savant qui trouvait ainsi sa légitimité à partir de la connaissance développée de sa « science » elle-même devenue autonome. L'équité qui était ainsi un élément « étranger » à celle-ci ne pouvait être acceptée. Elle devait donc être rejetée parce qu'elle était dangereuse de par la subjectivité qui était sienne.

Le droit cherchait ainsi à trouver sa source en partant de lui-même. Or cela fut très rapidement rejeté et cette démarche immédiatement critiquée par des penseurs comme Schmitt qui pensaient que ce rejet de la justice dissimulait en fait une justice qui ne disait pas son nom, une philosophie qui n'osait pas s'avouer. Comme il devait l'écrire par la suite pour lui, lorsque les juges décident ils le font en fonction de valeurs qu'ils déguisent ensuite sous une forme universelle (12)

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 (13). 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.

La pensée Schmittienne était cependant encore plus radicale que la pensée de Kelsen. En effet alors que le second voulait sauver le droit sans plus croire à la morale, le premier ne permettait plus de croire ni au droit ni en la morale...Il ne restait donc plus que la force mais il devenait impossible de gouverner les hommes à partir de ce seul précepte. Après les horreurs que l'Europe devait connaître, il fallait donc rapidement trouver une solution et l'ère qui est la nôtre est celle d'une recherche de cette solution d'où le caractère incertain de celle-ci et le sentiment d'incertitude et de vide qui semble la caractériser. Cette démarche de recherche caractérise ainsi la relation qui est la nôtre à propos de l'équité et explique ainsi les propos contradictoires des juristes français à son propos et relevés précédemment.

La postmodernité occidentale et la tentative de 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 "redécouverte" 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. Toutefois aucun de ces auteurs ne parviendra à affirmer avec force le retour de l'équité car le « peuple » ne croit toujours pas en une élite capable de lui donner foi. Ainsi Strauss, devait-il écrire, dans droit naturel et histoire

« 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 gentilhommes ou régime mixte... » (14).

En France, Léo Strauss a eu un disciple (jamais avoué à ma connaissance) mais réel en la personne de Michel Villey. Croyant en l'importance des principes, Michel Villey estimait bien que tout l'art du juriste n'était pas « *d'appliquer la règle* » (15) et bien que la règle était « *le moyen du droit, jamais le droit...* »(16).

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 qu'est la Théorie de la justice. 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) » (17).

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. Face aux critiques de « subjectivisme » qui aurait pu entacher la thèse de Strauss, Rawls tente ici une nouvelle option celle d'une vision principielle et politiquement déterminée de l'équité. Il admet même cependant la notion de correctif de la loi puisqu'au § 53 de son œuvre principale déjà citée, 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 »...

Rawls n'a cependant pas été totalement suivi ni Strauss pourquoi et comment expliquer cette résurgence de l'équité ? C'est ici qu'à nouveau il nous faut reprendre l'hypothèse qui est nôtre.

L'équité notion impossible sans foi et éthique appliquée

Le trop rapide examen de la pensée juridique sur le sujet nous le montre : l'équité ne trouve son chemin dans l'opinion que lorsqu'elle incarne une idée de justice qui est globalement reconnue comme légitime par le plus grand nombre. Or une telle légitimité ne se nourrit que d'actes concrets et de soutiens forts. Or rares sont ceux qui croient encore totalement en tels actes dans le monde post-moderne. Cependant celui-ci n'a plus la candeur des modernes. Les seconds en effet ont cru en la loi pour remplacer l'équité. Les post-modernes ne croient guère plus aux idées radicales de l'entre-deux guerres car rares sont ceux qui soutiennent que le droit pourrait être une science coupée des autres savoirs et tout aussi rares sont ceux qui pensaient comme Schmitt qu'il faudrait ne plus croire en lui.

Tout le paradoxe dramatique de notre époque est ainsi résumée par cette notion d'équité qui l'exprime bien : nous avons besoin de concepts comme celui-ci car nous ne croyons plus aux juges qui seraient des « bouches de la loi ». Nous souhaitons avec ferveur la venue de politiques et de magistrats « justes » qui sauraient aller « au-delà de la loi ». Nous rêvons de ces « gentilhomme » dont nous parle Strauss. Cependant nous ne savons plus comment les trouver. Nous ne croyons plus en effet en l'universalité de la religion, ni en la morale et ni en la science pour les former. Alors que faire ? Comment sortir de l'aporie ? Le désarroi post-moderne est fortement représentée par les alternances politiques incohérentes qui se fait jour dans les démocraties occidentales et par la montée de ce que l'on appelle les « populismes » et les nationalismes qui « surfent » sur ces doutes profonds.

Derrière ces mouvements se dissimulent des envies fortes de retour à l'ancien temps ; à ce temps où les « gentilshommes » étaient des héritiers choisis par la chrétienté romaine. Cependant tout ceci n'est pas avoué avec force car le doute sur le monde des Anciens est encore fortement ancrée dans les populations. Ce retour puissant est sans doute aussi à l'œuvre dans la montée des radicalités religieuses qui s'expriment. Et si nous trouvions ainsi en effet dans les anciennes religions une manière de légitimer le droit et avec lui des hommes qui retrouveraient un idéal leur permettant de donner une régularité à leur décision ? Le problème est que la violence qui est associée à ces retours ne les légitime guère.

Nous sommes donc dans une impasse pourtant chacun sent bien qu'une justice hors de la seule application de la norme demeure essentielle et nécessaire face à ce que l'on appelle « la crise de la loi » et qui n'est autre qu'une usure de celle-ci du fait de trop mauvaises interprétations et applications de ses principes. Pour redonner son lustre à l'équité, il faudrait donc reconstruire une élite qui ferait de l'éthique appliquée et en acte la marque de son action. Il faudrait ainsi reconstruire une éducation qui pourrait à la fois la légitimer et la former. Les « timides » tentatives qui existent sur le sujet en France et en occident et que d'aucuns qualifient de « retour de la morale » en sont sans doute l'expression.

Mais comme l'histoire brève de l'équité que nous avons tenté de mettre en évidence le prouve, ce ne sera pas par de simples déclarations de principes et par de faux discours que tout ceci se construira. L'équité en tant que notion ne peut redevenir vivante que si elle devient une idée pratique. En d'autres termes, celle-ci ne retrouvera son « lustre » perdu que lorsqu'elle correspondra à une réalité vécue pour nombre d'occidentaux. Pour le moment ce n'est guère le cas car le soupçon pèse encore fortement sur nos élites. Il faudra sans doute du temps pour opérer de telles reconstructions mais c'est le seul chemin possible car le droit ne peut se nourrir de lui-même. Le droit n'est qu'un moyen il ne saurait être une fin en soi.

NOTES ET REFERENCES

- (1) *Introduction au droit*, § 229 édition LGDJ Ed 1997
- (2) *Introduction au droit civil*, N° 182 Montchrétien. 13^{ème} édition. 2007
- (3) 1373 B. Traduction, J Lauxerois, *Livre de poche* 2012
- (4) *Ibid*, 1374 A
- (5) Traduction Tricot, Vrin, 1137 b 30
- (6) *Ibid*, 1137 b 35
- (7) Trad. L et P Carrive Ed; Vrin 1990. Réédition du texte posthume publié en 1681, p 29
- (8) *L'esprit des lois*, chapitre VI.3
- (9) *Egalement* VI.3
- (10) Trad A Renaut, P 21 Ed GF
- (11) N Bobbio, *Kelsen et les sources du droit*. APD. T. 27. Sirey 1972 p.136
- (12) *Théologie politique*. Gallimard 1969 Tra d J L Shlegel p. 31
- (13) *Ethique de l'Etat et Parlementarisme en démocratie*, Seuil 1988 p129
- (14) *Droit naturel et histoire*, Trad M Nathan et E de Dampierre, Flammarion p 133
- (15) M. Villey *Seize essais sur la philosophie du droit* Ed. Dalloz 1969 p 229

- (16) M. Villey *Reflexions 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
- (17) *Théorie de la justice*. Trad. C. Audart. Ed Point Seuil. 1987