

Université de Montréal

L'équité et le droit : étude herméneutique d'une notion fondamentale du raisonnement judiciaire
et de son intégration dans l'éthos du juge

Par
Charles Lurquin

Département de science politique, Faculté des arts et des sciences

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise ès sciences (M. Sc.) en science
politique, option générale

Août 2023

© Charles Lurquin, 2023

Université de Montréal

Département de science politique, Faculté des arts et des sciences

Ce mémoire intitulé

**L'équité et le droit : étude herméneutique d'une notion fondamentale du raisonnement
judiciaire et de son intégration dans l'éthos du juge**

Présenté par

Charles Lurquin

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Augustin Simard

Directeur de recherche

Charles Blattberg

Membre du jury

Martin Papillon

Membre du jury

Résumé

L'équité est un concept large dont la signification et la richesse conceptuelle ont évolué temporellement au sein de la théorie du droit et de la théorie politique. Au travers d'une histoire de l'équité, partant de la conception d'Aristote jusqu'aux juristes réalistes américains, ce mémoire analyse et explique la transformation graduelle de ce concept dans le droit, dont la place fut tantôt au centre des réflexions autour de la justice, tantôt minimisée, voire écartée, mais jamais complètement supprimée. Nous fondant sur cette riche histoire de l'équité, nous reconnectons ce concept phare de la théorie du droit à une réception de celui-ci au sein de la théorie politique. Pour ce faire, nous mobilisons la théorie de la liberté comme non-domination de Philip Pettit comme le cadre d'une pratique contemporaine de l'équité, au travers de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur l'équité procédurale.

Mots-clés : équité – justice – juge – epieikeia – égalité – loi – non-domination – Aristote – Philip Pettit – Cour suprême

Abstract

The concept of “equity” is vast, and its meaning and depth have dramatically evolved over time within the political and legal theory fields. This thesis offers a history of the concept of equity, starting from Aristotle’s conception of justice and equity to the American legal realist movement. On that basis, this thesis analyzes and explains the reasons why such a gradual transformation of this concept happened and, therefore, how the role of equity changed from being at the centre of theories of justice and law to being minimized, almost excluded from the sphere of legal theory, but never completely suppressed. Drawing on this rich history of equity, we reconnect this key concept of legal theory with its reception in political theory. In that regard, we offer an account of Philip Pettit’s theory of freedom as non-domination understood as the framework for the contemporary practice of equity, notably through the example of the case law of the Supreme Court of Canada on procedural fairness.

Keywords: equity – fairness – justice – judge – epieikeia – equality – law – non-domination – Aristotle – Philip Pettit – Supreme Court

Table des matières

Résumé	2
Abstract	3
Liste des sigles et des abréviations.....	5
Remerciements	6
Introduction.....	8
Chapitre 1 – Histoire de l'équité en droit	17
<i>I. L'équité chez Aristote.....</i>	<i>18</i>
<i>II. L'équité chez Kant</i>	<i>26</i>
<i>III. L'équité chez les juristes anglo-saxons modernes et la Court of Chancery.....</i>	<i>33</i>
<i>IV. L'équité et le positivisme juridique moderne.....</i>	<i>47</i>
<i>V. Le droit formaliste rationnel chez Weber.....</i>	<i>52</i>
<i>VI. Remarques conclusives</i>	<i>54</i>
Chapitre 2 – Réalisme, droit libre et équité : Retour au projet téléologique du droit	56
<i>I. Positivisme, science du droit et crise de la modernité.....</i>	<i>56</i>
<i>II. Droit libre et anti-formalisme : l'impulsion d'Hermann Kantorowicz</i>	<i>59</i>
<i>III. « Legal Realism » et équité : Origines et conséquences contemporaines</i>	<i>68</i>
<i>IV. Remarques conclusives.....</i>	<i>79</i>
Chapitre 3 – L'équité judiciaire au service d'une théorie politique non-idéale : la liberté comme non-domination.....	86
<i>I. La pertinence de l'équité judiciaire pour la théorie politique.....</i>	<i>87</i>
I.1. L'équité judiciaire comme droit naturel.....	88
I.2. Le magistrat comme théoricien politique	92
I.3. L'équité judiciaire et ses conséquences politiques.....	96
<i>II. L'équité procédurale comme outil pour la théorie de la liberté comme non-domination et l'égalité relationnelle</i>	<i>97</i>
<i>III. L'équité procédurale dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada.....</i>	<i>105</i>
<i>IV. Remarques conclusives.....</i>	<i>111</i>
Conclusion	113
Bibliographie	118

Liste des sigles et des abréviations

EDI : *Équité, diversité, inclusion.*

EN : *Éthique à Nicomaque* (Aristote, 2004)

MM : *Métaphysique des mœurs (Tome 2) - Doctrine du droit – Doctrine de la vertu* (Emmanuel Kant, 1994).

Remerciements

Je souhaite d'abord remercier chaleureusement mon directeur de recherche Augustin Simard dont les enseignements et les réflexions ont rendu ce mémoire possible. Ses encouragements furent d'une valeur inestimable durant la rédaction de ce mémoire. Son approche m'a permis de voir la théorie du droit sous un nouvel angle, que j'espère avoir pu développer fidèlement dans ce mémoire. Je lui en suis infiniment reconnaissant.

Je souhaite également remercier les professeur.e.s du département de science politique de l'Université de Montréal, ainsi que ceux de l'Université McGill et de l'Université de Toronto que j'ai pu côtoyer, qui ont tous contribué à rendre cette maîtrise particulièrement riche et formatrice.

Je souhaite également remercier Valentine Foucart, dont le soutien intarissable est ce qui m'a permis de traverser ces deux années hors du commun.

Enfin, je souhaite également remercier mes parents dont le soutien fut sans égal. Je leur dédie ce mémoire.

« *Summum jus, summa injuria* »

Cicéron

« *Hors du droit strict, il n'y a rien.*

- *Il y a tout.*

- *Je ne vois que la justice.*

- *Moi, je regarde plus haut.*

- *Qu'y a-t-il donc au-dessus de la justice ?*

- *L'équité. »*

Victor Hugo, *Quatre-vingt-treize*, cité par Martin Blais dans *L'œil de Caïn. Essai sur la justice*

Introduction

L'équité est omniprésente, et dirige – souvent inconsciemment – notre conception de la justice. Dans notre vie quotidienne, nombreuses sont les occasions où nous percevons le caractère équitable ou, par extension, inéquitable d'une situation donnée. C'est de plus une des premières notions que nous mobilisons pour qualifier une situation qui demande une évaluation morale, en dehors de la notion plus large du « juste » : ai-je été traité équitablement durant cet entretien d'embauche ? Cet agent administratif a-t-il traité ma demande équitablement ? Reçois-je un salaire équitable¹ ? Ces politiques publiques redistributives sont-elles équitables ? Les exemples sont aussi nombreux qu'il existe de questions de moralité. Pourtant, même s'il est intuitif de saisir ce qu'est une situation équitable, il est beaucoup plus ardu de la définir exactement, et peut-être plus difficile encore de préciser ce que l'équité requiert dans une situation donnée. En ce sens, nous faisons intuitivement appel à l'équité, mais ses contours demeurent particulièrement flous et imprécis.

La raison de cette hésitation dans la définition de l'équité est absolument compréhensible, en ce que l'équité est un concept large, qui est par nature une notion fuyante, et que nous avons tendance à confondre avec d'autres concepts moraux, comme la justice. Sur ce point, la longue histoire de l'équité comme concept et idée fondamentale, à la fois en théorie morale et en théorie du droit, explique cette hésitation. Comme nous le verrons, la signification et la richesse conceptuelle du concept d'équité ont évolué considérablement. Tantôt un concept riche et complexe, l'équité a perdu de son faste au tournant de la modernité et il n'en demeure aujourd'hui qu'une maigre résultante.

¹ Sur le caractère « équitable » du salaire, nous pensons par exemple au champ lexical mobilisé par la loi québécoise sur l'équité salariale, qui assure une égalité salariale pour un travail équivalent en ayant égard à la « discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine ». Voir la *Loi de 1996 sur l'équité salariale*. RLRQ, c. E-12.001. <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/E-12.001> (consulté le 10 août 2023).

Cela dit, il semble que depuis peu, la notion d'équité reprend de la vigueur et devient le convoi d'expression de revendications reliées à la « justice sociale » au sens large, que l'on pense à des enjeux relatifs au racisme systémique, aux inégalités de sexe et de genre, aux discriminations fondées sur la religion, à l'immigration, etc. Sous cette conception, la notion d'équité se confond avec celle d'égalité, et il devient véritablement difficile de distinguer l'une de l'autre. Pour être tout à fait précis, l'équité semble comprise aujourd'hui comme un synonyme d'une certaine égalité de résultat, « réelle » ou substantielle que l'on opposerait donc au simple terme « d'égalité », entendu comme une égalité de principe, formelle, une égalité de moyens². À titre d'exemple, nous pouvons nous tourner vers les définitions de l'équité données par les institutions d'enseignement supérieur au Québec et au Canada dans le cadre de leurs politiques d'équité, diversité et inclusion (ci-après, EDI). Une définition de l'équité qui semble relativement partagée est celle fournie dans le « Guide du candidat » du CRSNG – NSERC publié en 2017, qui indique :

« L'équité est synonyme de justice, c'est-à-dire que les personnes, quelle que soit leur identité, sont traitées de manière juste. Cela veut dire qu'il faut veiller à ce que les mécanismes d'affectation des ressources et de prise de décision soient justes pour tous et qu'ils n'introduisent pas de discrimination en fonction de l'identité. Il faut adopter des mesures pour mettre fin à la discrimination et aux inégalités qui ont été signalées et documentées et pour garantir, dans la mesure du possible, l'égalité des chances. En effet, l'équité s'impose pour parvenir à l'égalité. Par exemple, il peut s'avérer inéquitable de traiter les gens comme s'ils étaient égaux dans un contexte où le système a longtemps désavantagé certaines personnes, si bien que ces personnes ne pouvaient pas fonctionner

² Précisons au demeurant que dans cet amalgame, il est rarement précisé sur quoi porte exactement l'égalité de résultat : sur des ressources, sur des positions sociales, sur des procédures.

comme des égaux; il manque alors la justice inhérente à une situation véritablement équitable »³ (nous soulignons).

Il existe par ailleurs une pléthore de définitions similaires au sein des institutions d'enseignement supérieur, rapprochant plus directement l'équité à une égalité de résultats⁴. On retrouve également plus largement ce rapprochement entre équité et égalité chez Claudie Solar dans le domaine des sciences de l'éducation autour du concept de la « Toile de l'équité », qui indique notamment que « l'équité est un moyen et l'égalité, un but »⁵. Toujours dans le domaine de la pédagogie, Émilie Doutreloux indique que :

« l'égalité répond au principe de la justice commutative en faisant fi des différences entre les individus et en donnant la même part à chacun. L'équité répond, quant à elle, au principe

³ Voir https://www.nserc-crsng.gc.ca/doc/EDI/Guide_for_Applicants_FR.pdf (consulté le 12 août 2023).

⁴ Voir par exemple l'Énoncé de vision de l'Université de Montréal en 2019 qui indique : « Les exigences d'une société démocratique à l'égard de la diversité de ses membres ont aussi été redéfinies dans un sens de plus en plus exigeant dans la sphère juridique et politique. À un concept d'égalité formelle, où l'institution se reconnaissait un rôle limité dans la correction des inégalités préexistantes entre individus et groupes, s'est substitué celui d'égalité réelle qui légitime un traitement différencié afin de promouvoir l'égalité des résultats. Les politiques d'équité qui découlent de ce deuxième courant visent donc à ce que les personnes appartenant à des groupes minoritaires ou vivant des situations d'exclusion accèdent de manière équivalente aux institutions communes et bénéficient pleinement de leurs retombées sur les plans socioéconomique, éducatif ou personnel ». Voir https://www.umontreal.ca/public/www/documents/Enonce_de_vision_EDI_2019.pdf, p. 3 (consulté le 12 août 2023). L'UQAM, reprenant la définition donnée par le CRSNG – NSERC, indique que « Les stratégies d'équité sont différentes des stratégies d'égalité. Pour différencier ces deux types de stratégies, on utilise l'énoncé suivant : « l'équité est un moyen, l'égalité est une finalité ». En d'autres mots, il ne s'agit pas d'offrir exactement le même traitement à chaque individu, mais plutôt d'adapter les stratégies en fonction de besoins spécifiques pour atteindre l'égalité ». Voir <https://edi.uqam.ca/lexique/equite/> (consulté le 12 août 2023). Enfin, l'université de Toronto indique : « Equity means fairness. It is the removal of systemic barriers and biases enabling all individuals to have equal access to and to benefit from any aspect of society. It accounts for everyone's different and unique identities, lived experiences, and backgrounds, and reflectively allocates for resources needed to reach an equal outcome. A commitment to equity acknowledges that disparities in opportunities are rooted in historical and contemporary injustices and systemic barriers ». Voir <https://ediri.utoronto.ca/> (consulté le 12 août 2023).

Voir aussi <https://www.oresquebec.ca/notions-cles/lequite-la-diversite-et-linclusion-de-quoi-parle-t-on/> (consulté le 12 août 2023).

⁵ Claudie Solar, « La Toile de l'équité et le débat. Activités de formation pour l'égalité des sexes », Genre Éducation Formation [Online], 3 | 2019, Online since 01 December 2019 (consulté le 12 août 2023). URL: <http://journals.openedition.org/gef/429>; DOI: <https://doi.org/10.4000/gef.429>.

de justice distributive qui prend en compte la valeur respective des personnes et leurs mérites inégaux [...] le geste égalitaire offre la même chose à tout le monde, alors que le geste équitable, dans une situation irrégulière, distribue en fonction des besoins »⁶ (nous soulignons). Ce « traitement différencié » donc, où « certaines ressources sont distribuées de façon inégale en vue d'atteindre une plus grande équité entre tous »⁷ (nous soulignons).

Mais est-il juste de nécessairement allier l'équité avec la notion d'égalité, comme les exemples ci-dessus le font ? Il nous faut répondre par la négative car, comme nous le verrons au travers de notre histoire de l'équité, celle-ci est conceptuellement et historiquement distincte du concept d'égalité. Il s'agit sans doute d'un amalgame, dont les raisons peuvent être multiples : il peut s'agir d'un enjeu d'étymologie du mot « équité »⁸, ou bien d'une compréhension de la « justice » (dont découle l'équité) en référence à l'égalité⁹. Quoi qu'il en soit, à nouveau, l'équité ne saurait se résumer à la notion d'égalité (et donc, *ipso facto*, à une égalité de résultats). Ce mémoire a notamment pour vocation de proposer une lecture différente de l'équité, s'éloignant des conceptions communément partagées et replongeant dans sa riche histoire conceptuelle dans le but de se rapprocher de sa véritable signification, plus riche et plus complexe.

⁶ DOUTRELOUX, Émilie. La pédagogie de l'équité: pour favoriser l'égalité des chances. Pédagogie collégiale vol. 32, no 4, été 2019, 2019, <https://eduq.info/xmlui/bitstream/handle/11515/38030/doutreloux-32-4-19.pdf>, p. 22.

⁷ Ibidem, p. 24. Sur la notion d'un « traitement », voir aussi les définitions données par le FRQ : <https://frq.gouv.qc.ca/equite-diversite-et-inclusion-edi/> (consulté le 12 août 2023) et par le Programme des chaires de recherche du Canada : https://www.chairs-chaire.gc.ca/program-programme/equity-equite/best_practices-pratiques_exemplaires-fra.aspx (consulté le 12 août 2023).

⁸ Sur les étymologies du mot grec *epiēkeia* puis du mot latin *aequitas*, voir Blais, Martin. *L'œil de Cain. Essai sur la justice*. 1994, p. 80-81.

⁹ En effet, si la conception sociétale dominante de la justice est l'égalitarisme, il n'est pas surprenant que la notion de justice (et ce qui en découle, comme l'équité) se voie rapprochée de la notion d'égalité.

Pour ce faire, il faut se tourner vers la théorie du droit et la théorie politique. C'est en effet là que se trouve l'essence de l'équité, c'est-à-dire lorsqu'elle est pensée en rapport avec la loi et la justice. En cela, l'approche offerte par Aristote sur l'équité demeure incontournable encore de nos jours, car il a conceptualisé une des approches les plus riches et les plus complètes de l'équité, entendue comme une forme de justice et une vertu, qu'il nomme *epieikeia* ou « épikie » en français¹⁰. Étymologiquement, ce mot grec « formé du préfixe [επι] qui signifie sur, au-dessus, et de [eolke], il convient » évoque donc « l'idée d'une convenance que l'on découvre en s'élevant au-dessus de la lettre de la loi ; elle est une convenance supérieure à la loi »¹¹. Chez Aristote, l'*epieikeia* prend la forme d'un correctif de la loi, lorsque celle-ci faillit pour cause de sa généralité. Ce correctif, qui constitue une méthode abstraite dans la théorie du droit, est mieux pratiqué par la figure du juge que par quiconque : en effet, « de tout temps, on a fait de l'équité l'apanage des juges. [...] Le juge ne peut évidemment pas modifier la loi, mais il peut et doit l'interpréter de manière à éviter que son application n'entraîne des injustices manifestes. La loi est générale ; pourtant, elle doit s'appliquer à des cas particuliers, dont la diversité tient de l'infini. Un travail constant et difficile d'interprétation s'impose »¹². C'est dans ce cœur théorique aristotélicien de l'équité que nous poserons nos fondations pour comprendre et percevoir l'évolution progressive de la théorisation et de la réception de l'équité.

Cette conception de l'équité (telle que conceptualisée par Aristote) a dramatiquement évolué au fil des siècles. Son rôle dans le champ du droit fut graduellement réduit, et l'équité fut finalement

¹⁰ Blais, *op. cit.*, p. 80.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, p. 83. On retrouve cette conception de l'équité chez le Protecteur du citoyen au Québec par exemple. Voir « L'intervention en équité », Le Protecteur du citoyen, Assemblée nationale du Québec, mars 2004, pp. 17 et suivantes, https://protecteurducitoyen.qc.ca/sites/default/files/pdf/equite_0.pdf

écartée du droit sous l'impulsion du positivisme formaliste. Plus largement, après John Austin puis surtout Hans Kelsen¹³, nous assistons à une perte conceptuelle significative à la fois quant à la finalité du droit mais aussi quant au rôle du juge, son fonctionnement et *a fortiori* son éthos. Le rôle du juge devient mécanique, et forcément l'équité deviendra une notion marginalisée voire non pertinente pour la théorie de la décision judiciaire¹⁴. Mais il serait incorrect d'indiquer que l'équité a complètement disparu, puisqu'elle a su se réinventer sous d'autres formes¹⁵. De plus, elle fut indirectement retrouvée par les courants doctrinaux appartenant au scepticisme juridique comme le mouvement du droit libre en Allemagne et le réalisme juridique américain. En effet, reprenant le constat posé par le réalisme juridique, Newman indique « [...] there has been a much wider acceptance of equity, viewed realistically, than we may realize. [...] Felix Cohen has pointed out that the question is not whether we shall allow ethical considerations to enter into the study of law, but whether our acceptance shall be open and avowed instead of devious and obscure »¹⁶. Bien que l'équité ne se résume pas uniquement à des « ethical considerations », entendues par opposition à ce que constitue le « droit », Newman présente adéquatément la tâche du juriste dans son traitement de l'équité suivant les constats posés par le mouvement du scepticisme juridique : la question n'est

¹³ Sur sa doctrine d'absence de lacunes du droit, voir Pasquier, Emmanuel. « Kelsen et la théorie de “l'absence de lacunes du droit” : un décisionnisme kelsénien ? », Dans *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*. Classiques Garnier, 2012, p. 106.

¹⁴ Le positivisme formaliste « dans son souci d'objectiver le droit, ne pouvait que rejeter la notion d'équité puisque celle-ci véhiculait une interprétation dynamique du droit en donnant au juge un pouvoir de rendre le droit par le biais d'une approche subjective ». Voir Doyon, J.-Michel. « Droit, Loi et Équité ». *Revue générale de droit* 26, no 2 (1995): 325. <https://doi.org/10.7202/1035865ar>, p. 334.

¹⁵ Par exemple, « Un autre phénomène d'un retour de l'équité (moins volontaire du point de vue du législateur) s'opère dans le cadre de l'interprétation constitutionnel. Après une délibération subtile qui balance des principes fondamentaux constitutionnels, les tribunaux reconnaissent des droits subjectifs au-delà de la loi/des règlements légaux ». Meissel, Franz-Stefan. « Les transformations du discours sur l'équité en droit autrichien » (exposé lors du congrès « Aequitas Equité Equity »), Université de Montpellier, 17 mai 2013, p. 17.

¹⁶ Newman, Ralph A. « Some Suggestions for a Course in Comparative Equity ». *Journal of Legal Education* 14, no 3 (1962): 343-48. <https://www.jstor.org/stable/42891442>, p. 346.

pas tant de savoir si l'équité doit ou non faire partie du droit, mais bien de savoir comment l'équité s'intègre dans le droit et se relie avec la théorie politique.

Suivant cette courte introduction, notre mémoire se concentrera donc sur deux questionnements. D'abord, qu'est-ce que l'équité ? Quelle relation entretient-elle avec le droit et quelle fut l'évolution de sa signification ? Ensuite, puisque les constats du réalisme juridique nous permettent de comprendre que la pensée en équité constitue un aspect irréductible de la théorie de la décision judiciaire (que la mécanisation et la rationalisation du droit n'ont pas pu complètement exclure), quel traitement devons-nous donner à cet aspect irréductible et « irrationnel » de la décision judiciaire en droit ? Et par conséquent, quelle signification pouvons-nous lui donner dans le champ de la théorie politique ?

Notre premier chapitre constitue une histoire de l'équité, suivant son évolution diachronique en partant de la conception d'Aristote sur l'équité et passant notamment par les conceptions de Kant, Hobbes, Blackstone, Coke, Bentham, Austin et Hart, ainsi que par la pratique de la « Court of Chancery » en Angleterre et du corpus de droit nommé « *equity* ». Comme nous le verrons dans ce premier chapitre, ce qui constitue la sphère du droit s'est progressivement réduit, mêlant d'abord pleinement l'éthique à la loi chez Aristote pour ensuite se diriger vers une conception du droit strict chez Kant fondée sur la contrainte, introduisant la doctrine de la séparation entre éthique et droit. Ensuite, complétant la doctrine de la séparation, le champ du droit fut détaché du champ des valeurs¹⁷ pour finir par consacrer, tant sur le plan méthodologique que substantiel, un positivisme formaliste et analytique épuré des notions d'éthique voire de droit naturel. L'évolution de l'action

¹⁷ Contrairement à ce qui était encore le cas notamment chez Jeremy Bentham.

de la « Court of Chancery » et l'élaboration progressive d'un corpus de droit artificiel comme l'*equity* sont éclairantes sur la trajectoire de l'équité, car elles sont symptomatiques de cet abandon graduel de l'idée originelle de l'équité (comme comprise chez Aristote et donc comme infusant dans tout le droit) au profit de la mécanisation et de la rationalisation du droit. Ce dernier fut analysé par Max Weber, qui nous éclaire sur ce processus et nous permet de faire le pont vers les discours « irrationnels » du droit.

Notre second chapitre porte sur cet irréductible « irrationnel » de la décision judiciaire, qui ne dépend donc pas des syllogismes du droit ou de ses fictions, et que nous nommons équité. Au travers d'une analyse du mouvement du droit libre (initié notamment par Hermann Kantorowicz en Allemagne) ainsi que du réalisme juridique américain (au travers notamment de Jerome Frank, John Dewey et Roscoe Pound), nous revenons sur les constats dressés par ces mouvements, marqués par une révolte contre cette rationalisation excessive du droit poussée à son paroxysme par le positivisme formaliste, ainsi que sur leurs appels à un retour de la « vie » dans le champ du droit. En un sens, cela constitue pour partie à un retour de l'équité dans le droit. En démontrant les liens existants entre des déterminants politiques ou moraux et le contenu des décisions judiciaires, les réalistes appelaient précisément à reconsidérer les fondements de la théorie de la décision judiciaire, et dès lors à redonner un véritable projet téléologique au droit. Pour ce faire, il s'agit de reconnecter le travail du magistrat avec la théorie politique, pour que celui-ci soit guidé par des valeurs issues de la théorie politique, voire qu'il en devienne un véritable gardien.

Le troisième et dernier chapitre tente d'atteindre cet objectif. Après avoir exposé la nécessité pour le juge d'être réflexif sur sa propre pratique, et de considérer pleinement les considérations de théorie politique sous-jacentes à celle-ci, nous démontrons également que l'équité mise en

application par le juge intéresse la théorie politique et de surcroit le théoricien politique. Pour compléter cette reconnexion, nous proposons d’ancrer la pratique de l’équité judiciaire dans une théorie de la liberté comme non-domination telle que suggérée par Philip Pettit, et ce sur un plan principalement procédural. En effet, nous arguons que l’équité procédurale, telle que la Cour suprême du Canada la garantit, constitue une forme de pratique de l’équité judiciaire qui trouve son assise au sein de la théorie néo-républicaine de Pettit.

Voilà donc tout l’objectif de ce mémoire, qui vise à faire pleinement redécouvrir la notion (souvent mal comprise) d’équité, et dont la puissance conceptuelle demeure encore aujourd’hui particulièrement forte malgré son histoire mouvementée. Comme le disait déjà Ralph A. Newman en 1964, « je crois qu'il existe partout le même besoin d'une préservation de l'équité »¹⁸. Ce mémoire s’y consacre entièrement, afin que l’équité puisse être perçue à sa juste valeur, distincte d’autres principes comme la justice ou l’égalité, et en lui donnant une signification riche tant en théorie du droit qu’en théorie politique.

¹⁸ Newman, Ralph A. « La nature de l’équité en « droit civil » ». *Revue internationale de droit comparé* 16, no 2 (1964): 289-95. <https://doi.org/10.3406/ridc.1964.13936>, p. 291.

Chapitre 1 – Histoire de l'équité en droit

Définir le rôle de l'équité, plus précisément en interaction avec le droit, peut sembler de prime abord être une entreprise superflue dont l'intérêt est non avénu : en effet, on compte une pléthore d'articles et de livres, voire de traces de débat public portant sur la notion d'équité comme concept majeur d'une certaine action du droit. Cela fut approché sous l'angle de la philosophie, au travers de grands classiques tels qu'Aristote, Kant, Hobbes, Bentham, Austin, etc. Les juristes s'y sont également intéressés, à la fois à l'équité comme corpus normatif de règles formelles coexistant avec la *common law* (avant son absorption par cette dernière), mais également comme une source de droit, que cela soit comme une traduction du droit naturel ou encore de l'éthique. Mais malgré cette abondante littérature, l'équité fait encore débat, et c'est une notion toujours bien présente dans les discours comme une valeur mobilisée pour formuler des demandes de « justice sociale » (voir *supra*).

Réfléchir en équité est donc toujours d'actualité, mais l'histoire riche de la notion ne semble pas informer son expression contemporaine courante, qui tend à limiter l'équité à une revendication égalitariste (visant une égalité réelle et non formelle, une égalité de résultat et non simplement de moyens, comme indiqué dans notre introduction)¹⁹. Difficile en ce sens de ne pas s'incliner devant la clairvoyance de Lord Evershed qui, au sujet de l'équité dans le droit anglais, disait « the principles of equity illustrate, nay illuminate, but never precisely define, the concept which lies behind, understood but unexpressed »²⁰ (nous soulignons). L'équité est par nature ineffable, et c'est sans doute pourquoi celle-ci a provoqué tant de tentatives de définition dans l'histoire. Ainsi, même

¹⁹ Voir par exemple l'Énoncé de vision sur l'équité, la diversité et l'inclusion produit par l'Université de Montréal : https://www.umontreal.ca/public/www/documents/Enonce_de_vision EDI_2019.pdf, p. 3.

²⁰ Cité par Newman, Ralph A. « Equity in Comparative Law ». *International and Comparative Law Quarterly* 17, no 4 (1968): p. 810.

s'il est aisé d'avoir une idée vague de ce que représente exactement l'équité, il est plus difficile d'en distinguer exactement les contours conceptuels précis, et surtout de la distinguer d'autres principes ou vertus cardinales comme la notion d'égalité ou de justice.

L'objectif de ce mémoire est de clarifier la notion d'équité, et la relation qu'elle entretient avec la théorie politique. L'équité, telle que comprise dans le champ du droit, demeure en effet trop peu étudiée en théorie politique et nécessite un ancrage théorique et pratique plus profond dans la discipline. L'équité peut en effet être comprise en référence à la justice en un sens plus large²¹, mais elle peut également être mobilisée comme un moyen de mise en pratique de théories politiques, comme un support concret de leurs valeurs sous-jacentes. Ce premier chapitre a donc d'abord vocation à identifier les fondements de l'équité au travers d'une histoire de l'équité, de la philosophie antique jusqu'au modernisme juridique.

I. L'équité chez Aristote

L'équité et le droit sont deux notions théoriques qui sont consubstantielles. La trace de leur relation remonte au moins à la période antique grecque, et dont l'exposé le plus fameux à cet égard reste certainement celui qu'Aristote réalise dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque*. Il est impossible d'expliquer la conception de l'équité chez Aristote sans d'abord poser quelques préalables quant à la conception de la justice chez Aristote. Il est clair et admis que la définition de la justice d'Aristote n'est pas unique, mais bien plurielle. Jocelyne Saint-Arnaud identifie quatre définitions de la justice, différenciées quant à leurs sources normatives : la légalité, la nature, l'équité et enfin

²¹ Par exemple, à une conception politique de la justice, voir Rawls, John. « Première partie. Idées fondamentales », dans *La justice comme équité*, Poche / Essais. Paris: La Découverte, 2020, pp. 28 et suivantes.

l'égalité²². La première forme de justice qui nous intéresse donc chez Aristote est celle qui paraît la plus « englobante », à savoir la justice comme légalité : celui qui respecte la loi est juste, dit Aristote²³. L'explication ne s'arrête pas pour autant là, comme s'il s'agissait d'un simple devoir déontologique, puisque la justification donnée par Aristote est que la loi vise l'intérêt commun, et de ce fait, a pour but de « produire et garder le bonheur et ses parties constituantes au profit de la communauté des citoyens »²⁴. Autrement dit, ce qui est légal est juste chez Aristote, mais cela ne correspond pas pour autant à un blanc-seing donné à la loi, puisque comme le laisse paraître Aristote, une loi peut être mauvaise : une loi fournit « des prescriptions correctes si c'est une loi correctement établie, et des prescriptions mauvaises si elle a été improvisée »²⁵. Au risque de paraître tautologique, Aristote précise ici qu'une loi peut être incorrecte, ou mauvaise, car elle ne respecte pas l'ordre « constitutionnel » dans lequel elle s'inscrit²⁶. Cela est par ailleurs conforme à la pensée d'Aristote dans *Les Politiques* au sujet de la constitution spartiate²⁷. Cette forme de justice, légale donc, est pour Aristote la « vertu finale », la « vertu dans sa totalité »²⁸. Cette conception de la justice est donc totale, par opposition à ce qu'Aristote appelle une justice partielle, qui complète la définition du juste²⁹. Ce qu'Aristote couvre au travers de ce concept de justice partielle est ce qui est indépendant de la loi et touche aux notions d'*isos* et d'*anisos*, autrement dit à la notion d'égalité³⁰. C'est ainsi qu'Aristote distingue deux formes de justice partielle, qui ne

²² Saint-Arnaud, Jocelyne « Les définitions aristotéliennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité ». *Philosophiques* 11, no 1 (1984) : p. 159.

²³ Aristote. *Éthique à Nicomaque*. Édité par Bodéüs Richard. Paris : Flammarion, 2004, livre V, 1129 b 10-15.

²⁴ *Ibidem*, 1129 b 15-20.

²⁵ *Ibidem*, 1129 b 25.

²⁶ Voir l'explication donnée par Richard Bodéüs dans son édition de l'Éthique à Nicomaque (ci-après, *EN*), p. 230, ndbp 1.

²⁷ *Ibidem*. Voir aussi Aristote. *Les Politiques*. Édité par Pellegrin Pierre. Paris : Flammarion, 2015, II, 9, 1269 a 30-35.

²⁸ Aristote, *EN*, 1129 b 25-30 et 1130 a 10.

²⁹ Voir *ibidem* 1130 b 6-10

³⁰ Voir *ibidem*, p. 227, ndbp 3.

correspondent pas à l'injuste compris comme injustice globale (c'est-à-dire l'illégal), mais qui constituent une partie de l'injustice³¹. Cela signifie donc que ce qui est inégal, comme partie de l'injustice, est forcément illégal, mais qu'à l'inverse, l'injustice globale, définie comme illégalité, n'implique pas forcément une inégalité³². C'est en ce sens qu'Aristote parle de justice partielle, comme partie au tout, à la justice globale, entendue comme légalité. Ainsi, la justice partielle est composée de deux formes distinctes : la justice distributive (entendue comme égalité proportionnelle de répartition) et la justice corrective (qui porte sur les rapports entre hommes, consentis ou non, et qui nécessite une correction, ou plutôt un rééquilibrage arithmétique dans le but de rétablir l'égalité dans les relations, comme les transactions ou les crimes)³³. Cette dernière n'est justement pas à confondre avec la justice comme équité, que nous allons analyser ci-dessous, car bien qu'elles puissent paraître similaires dans leur idée de correctif, elles n'ont tout simplement pas le même objet. Mais avant de passer à la justice comme équité chez Aristote, mentionnons seulement une troisième forme de justice (après le légal et l'égal) mentionnée par Aristote, à savoir la justice naturelle³⁴. Cela étant dit, Aristote ne se penche pas en longueur sur cette forme de justice, et ne précise pas réellement ce qui distingue celle-ci de la justice comme légalité. Il différencie toutefois la justice naturelle de ce qui est conventionnel, en définissant le naturel comme « ce qui présente partout la même puissance, et ce qui est juste indépendamment du fait que l'opinion l'approuve ou non »³⁵. Chez Aristote, ce qui est dicté par la nature est ce qui est le « meilleur relativement aux circonstances », comme dans le cas d'un régime politique³⁶ (voir *infra*).

³¹ Voir *ibidem*, 1130 b 6-10.

³² Voir *ibidem*, 1130 b 10-20.

³³ *Ibidem*, 1130 b 30 – 1131 a 5.

³⁴ Saint-Arnaud, Jocelyne. *op. cit.*, p. 160.

³⁵ Aristote, *EN*, 1134 b 20.

³⁶ *Ibidem*, p. 263, ndbp 2.

Ainsi posée, tournons-nous vers la conception de l'équité chez Aristote. L'équité (aussi traduite par honnêteté dans l'édition de Bodéüs qui pose consciemment ce choix de traduction³⁷) correspond donc à la quatrième et dernière forme de justice conceptualisée par Aristote, et tout comme les autres, celle-ci est aussi en rapport avec la justice comme légalité, mais ici encore plus directement que la justice dite partielle. La nature de l'équité chez Aristote reste assez trouble : chez Aristote, ce qui est juste et ce qui est équitable sont identiques, car les deux sont justes, mais une certaine supériorité est accordée à l'équité sur ce qui est juste³⁸. La lumière se fait quand Aristote précise ce qu'il entend exactement par l'équité – et par extension ce qui est équitable : l'équité « n'est pas ce que prescrit la loi, mais un correctif de ce qui est légalement juste »³⁹. La raison est simplement ce fameux aphorisme d'Aristote que l'équité est « un correctif de la loi dans les limites où elle est en défaut en raison de son universalité »⁴⁰. Autrement dit, la généralité intrinsèque de la loi (car elle est universelle au sens de la justice légale) ne permet pas de couvrir tous les cas possibles (si exceptionnels soient-ils) et demande donc une certaine flexibilité afin que son « défaut » d'universalité puisse être corrigé. C'est là tout l'esprit de cette autre citation d'Aristote : « la loi prend alors en compte ce qui arrive le plus fréquemment, sans ignorer ce qu'elle laisse de côté »⁴¹. La loi et son producteur sont donc bien conscients qu'une loi est générale (et c'est d'ailleurs en partie ce qui justifie son caractère juste dans la perspective légale d'Aristote), mais que cette généralité vient avec son défaut inhérent, qu'il s'agira de corriger ensuite. Dès lors, comme le dit

³⁷ Voir *ibidem*, p. 227, ndbp 3 et p. 279, ndbp 1.

³⁸ Aristote, *EN*, 1137 b 10.

³⁹ *Ibidem*, 1137 b 10-15.

⁴⁰ *Ibidem*, 1137 b 25-30. Il est à préciser que la distinction que fait ici Aristote n'a de sens que remise dans son contexte historique, car, comme le dit Ralph A. Newman, la définition de l'équité « fut formulée à une époque où les règles de droit étaient présentées dans des formes rigides par respect pour la certitude et pour l'uniformité ». Voir Newman Ralph A. « La nature de l'équité en 'droit civil' », *op. cit.*, p. 290.

⁴¹ Aristote, *EN*, 1137 b 15.

Aristote, « cela n'en est pas moins une loi correcte »⁴². En ce sens donc, le correctif apporté à la loi pour un cas exceptionnel (que la loi n'avait pas prévu ou ne pouvait pas prévoir) suit l'intention du législateur, et répond de la façon dont ce dernier aurait répondu s'il avait été confronté à cette situation au moment de promulguer cette loi⁴³. Ainsi, comme le précise Richard Bodéüs, l'équité n'a, en fait, rien à voir avec le droit naturel non écrit⁴⁴, car la source de l'équité est en fait la loi elle-même (et par extension, son producteur), où l'équité intervient comme un complément inhérent de la loi qu'elle interprète⁴⁵. C'est donc une conception tout autre de l'idée première que l'on pourrait se faire de l'équité dans le droit contemporain, comme une source extérieure à la loi et au droit positif, agissant comme une porte d'entrée pour que s'imisce le droit naturel dans le droit positif. Une précision s'impose toutefois : comme le mentionne encore très justement Richard Bodéüs, tout type de loi, tant qu'elle en est une, peut connaître son correctif, l'équité. Mais ce à quoi Aristote fait principalement référence ici, ce sont non pas de lois dites « conventionnelles », car particulières, mais bien les lois qui se relient à ce qu'Aristote appelle le droit naturel⁴⁶. En effet, comme mentionné plus haut, la différence entre justice légale et naturelle est poreuse, et bien qu'une loi générale puisse être incorrecte (comme une loi criminelle peut être incorrecte par rapport à l'ordre constitutionnel dans lequel elle s'établit⁴⁷), la plupart des lois générales sont « naturellement justes dans leur principe, même si elles diffèrent d'une cité à l'autre »⁴⁸. Pour le comprendre, il nous faut passer par la compréhension des régimes politiques chez Aristote. Pour

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, 1137 b 20-25.

⁴⁴ D'autres auteurs persistent à voir le droit naturel comme la source directe de l'équité, ce qui apparaît erroné de prime abord. Voir par exemple Saint-Arnaud Jocelyne, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁵ Aristote, *EN*, p. 281, ndbp 1.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Voir *ibidem*, p. 230, ndbp 1.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 260, ndbp 3.

lui, à moins de se trouver dans un régime dévié comme la tyrannie⁴⁹, un régime qui est parfaitement adapté aux circonstances est toujours possible : il s'agira donc du « meilleur » régime, d'un régime « droit », et c'est celui-là qu'on considèrera comme conforme au droit naturel, car le juste y est « sans réserve »⁵⁰. Ainsi donc, le meilleur régime n'est pas figé dans le marbre, et dépendra des circonstances dans lesquelles il s'inscrit. De cela en découle donc qu'une loi générale, si elle est correcte (avec le régime qui est lui-même conforme au droit naturel), sera aussi conforme au droit naturel.

Ce n'est que par ce long détour que l'on peut tracer une relation indirecte entre l'équité et le droit naturel⁵¹ : la source de l'équité étant la loi générale elle-même, et non le droit naturel directement, et étant donné que ces lois sont généralement conformes, selon Bodéüs, au droit naturel tel que défini par Aristote⁵², il en ressort que l'équité, ne pouvant s'accrocher qu'à une loi générale et excluant ainsi de son champ d'application les lois dites particulières (comme la majorité des lois conventionnelles qui sont classées avec la justice partielle), agira principalement pour corriger des lois conformes au droit naturel. Cette lourde explication ne change pas l'évidence : la source de l'équité demeure, avant toute chose, la loi générale elle-même. Cette interprétation, issue de la traduction de Richard Bodéüs, semble aussi confirmée par Cyrille Michon, qui insiste sur l'erreur de voir dans le droit naturel la source de l'équité, vue comme opposée au droit écrit positif⁵³.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 263, ndbp 2.

⁵¹ Contrairement à une interprétation de l'équité dont la source serait directement le droit naturel. Voir Saint-Arnaud Jocelyne, *op. cit.*, p. 161.

⁵² Aristote, *EN*, p. 281, ndbp 1.

⁵³ Michon, Cyrille. "L'Epieikeia Comme Correctif De La Loi." *Annuaire De l'Institut Michel Villey* 1 (2011): p. 39. Il s'agit, pour être complet, d'ajouter que Michon distingue la loi naturelle du droit naturel, mais la justification de cette distinction me semble peu féconde dans la pensée d'Aristote. Quoi qu'il en soit, ce qui importe est bien que l'équité ait sa source dans la loi et appelle à remonter à l'intention du « législateur » pour juger d'un cas exceptionnel en équité.

Une chose reste cependant en question : Aristote précise bien que l'équité agit sur une loi qui est en soi correcte, quand bien même celle-ci n'a pu tout prévoir et doit être rectifiée face à des cas exceptionnels. Mais qu'en est-il des lois dites incorrectes, ou « improvisées »⁵⁴ pour reprendre les mots d'Aristote, dont les prescriptions sont mauvaises (voir *supra*) ? Aristote ne le précise pas vraiment, mais la définition donnée par Aristote laisse à penser que l'équité n'est utile que pour corriger une loi qui est en soi correcte (au regard de l'ordre « constitutionnel »), mais dont le « seul » défaut (et aussi la qualité) est d'être générale. Si le défaut d'une loi va au-delà de cela, comme lorsque ses prescriptions sont mauvaises, alors l'équité sera vraisemblablement inopérante : si la méthode de l'équité est de suivre ce que le législateur aurait voulu face à une situation qu'il n'avait pas ou ne pouvait pas prévoir, l'équité qui voudrait corriger une loi incorrecte ne ferait que nécessairement reproduire son caractère incorrect, et ne saurait rendre juste une loi incorrecte.

On le comprend aisément, chez Aristote, l'équité a une portée limitée par sa nature même. Cela n'empêche pas à Aristote de dire que l'équité est juste et même « vaut mieux qu'une certaine forme de juste »⁵⁵ et est tout de même « mieux que la faute entraînée par la formulation trop simple [de la loi, je complète] »⁵⁶. Mais l'équité, comme correctif, n'est pas « mieux toutefois que ce qui est juste tout simplement »⁵⁷. Autrement dit, une conduite plus équitable indique « qu'une conduite est 'meilleure' »⁵⁸, et donc que quelque chose est mieux que rien⁵⁹, mais quelque chose ne saurait

⁵⁴ Aristote, *EN*, 1129 b 25.

⁵⁵ Aristote, *EN*, 1137 b 24.

⁵⁶ *Ibidem*, 1137 b 25.

⁵⁷ *Ibidem*, 1137 b 25. Le « juste tout simplement » s'entend ici comme « ce que prescrit la loi correcte dans un régime droit ». Voir *ibidem*, p. 281, ndbp 3.

⁵⁸ *Ibidem*, 1137 b 1.

⁵⁹ Ici, « rien » est entendu comme le défaut de généralité de la loi face à un cas exceptionnel.

cependant correspondre au tout, l'équité est un prolongement du tout, mais ne se résume pas au tout qui, par définition, est indépassable.

Voilà donc la nature de l'équité, de l'*epieikeia*, chez Aristote : un élément implicite, complémentaire de la loi, que la loi prescrit sans même le dire⁶⁰. Terminons par une précision finale : l'équité ne peut donc pas tout, pas uniquement lorsqu'une loi est incorrecte, mais aussi lorsqu'il est *impossible* de légiférer, ce qui nécessitera ce qu'Aristote appelle des décrets⁶¹. Mais cela dépasse notre objet. L'équité, l'*Epieikeia*, que l'on peut donc aussi traduire par honnêteté, est une vertu qui repose d'abord sur les individus (par opposition aux décrets qui sont une prérogative du gouvernant)⁶² et qui consiste à ce qu'un individu « n'épluche pas la loi au mauvais sens du terme, mais incline à accepter moins que son droit, bien qu'il ait le secours de la loi »⁶³. Autrement dit, l'équité « refuserait une trop grande rigueur dans l'application stricte de la loi, parce que cette rigueur pénaliserait injustement autrui, non soi-même » et est « ce qui incline à ne jamais tirer avantage d'une loi qui laisserait place à l'injustice »⁶⁴. Cette vertu est donc commune, en ce sens qu'elle ne se limite pas uniquement à un rôle particulier, comme celui du magistrat : cette vertu s'impose aux citoyens là où la loi s'applique. Dans la *Rhétorique*, Aristote précise encore la portée de cette vertu qu'est l'équité, à savoir qu'il est équitable « de pardonner aux faiblesses humaines, de considérer non pas la loi, mais le législateur, non pas la lettre de la loi, mais la pensée du législateur, non pas l'acte, mais l'intention, non pas le détail, mais l'ensemble, non pas ce qu'est

⁶⁰ *Ibidem*, p. 281, ndbp 4.

⁶¹ *Ibidem*, 1137 b 25-30. Dans ce cas, l'équité ne saurait agir, et le politique devra se charger de régler un cas particulier en renonçant à la loi et le réglant au travers d'une règle particulière, le décret.

⁶² Voir *ibidem*, 281, ndbp 5 et 282, ndbp 3.

⁶³ *Ibidem*, 1138 a 1.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 282, ndbp 3.

aujourd'hui la personne, mais ce qu'elle a toujours été ou ce qu'elle est la plupart du temps »⁶⁵ (nous soulignons). Ici se trouve donc le cœur de l'*Epieikeia*, qui me rappelle l'enjeu du fameux débat (bien plus contemporain) entre Hart et Fuller sur la règle du « No vehicles in the park »⁶⁶, et qui questionne plus largement sur le projet téléologique du droit notamment porté par Fuller, dont on retrouve des traces également chez Aristote⁶⁷.

II. L'équité chez Kant

Voici donc la conception aristotélicienne de l'équité, sa relation à la loi et au droit naturel, et l'apport de celle-ci à la conception vertueuse de l'existence. Il s'agit désormais de mettre cette définition aristotélicienne de l'équité, particulièrement forte et convaincante, en perspective sur la reprise de la notion d'équité par les penseurs modernes. Celui qui l'a certainement mis en perspective de façon la plus pertinente pour notre étude est Emmanuel Kant, dans sa *Métaphysique des mœurs*. Avant de nous aventurer dans la conception déontologique de l'équité, il nous importe justement de rappeler une essentielle (et évidente) distinction méta-éthique quant au projet philosophique de Kant, surtout si celui-ci est mis en comparaison avec la théorie des vertus d'Aristote : la pensée d'Aristote sur les vertus porte d'abord sur le *bien* (et le *juste* n'est que dérivé du *bien*) ; à l'inverse, la pensée de Kant porte prioritairement sur ce qui est *juste*⁶⁸, au travers d'une

⁶⁵ Aristote. *Rhétorique*. Édité par Chiron Pierre. Paris : Flammarion, 2007, Tome I, livre I, Chapitre 13, 1374 b 10-15.

⁶⁶ Sur ce débat, voir Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71, no. 4 (February 1958): pp. 607 et suivantes, et Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law--A Reply to Professor Hart," *Harvard Law Review* 71, no. 4 (February 1958): pp. 662 et suivantes.

⁶⁷ En ce sens, Michon indique que « l'*epieikeia* aristotélicienne souligne la dimension pratique des lois humaines, qui sont des moyens d'atteindre une fin autre (le juste, le bien), et le caractère défaisable du jugement rendu selon le droit » (nous soulignons). Voir Michon. *op. cit.*, p. 50.

⁶⁸ Reidy, David A. « The Right and the Good », dans *PHILOSOPHY AND POLITICS: METHODS, TOOLS, TOPICS*, édité par Antonella Besussi, Ashgate Publishing, 2011, <https://ssrn.com/abstract=1794162>, p. 2.

conception déontologique du *juste*. Il s'agit d'un rappel important, marquant une différence ontologique à laquelle il faut avoir égard.

Avant d'explicitier la vision de Kant sur l'équité, il nous convient de rappeler les fondamentaux de sa philosophie du droit, que Kant décrit principalement dans son *Introduction à la Doctrine du Droit* dans son ouvrage majeur, *Métaphysique des mœurs*. Une première prémisse de la conception kantienne du droit est évidemment la place centrale que la Raison occupe non seulement comme aspect définitionnel du droit, mais surtout et de façon plus éloquente encore, comme marqueur différentiel avec ce qu'il exclut de la définition du droit (voir *infra*). Comme le souligne Simone Godard-Fabre, Kant soumet tout droit relevant de l'homme (nous verrons que cette précision à son importance plus tard) au « tribunal de la raison » pour y chercher et découvrir « les canons qui servent à déchiffrer et à comprendre le sens de tout ordonnancement juridique »⁶⁹. Ce « jugement du tribunal rationnel se développe comme le passage de l'ordre objectif du droit à ce qui fait sa juridicité, c'est-à-dire comme le passage des règles de droit qui gouvernent l'existence des hommes à la pensée du droit comme exigence normative *a priori* »⁷⁰ (nous soulignons). Autrement dit, la Raison justifie et garantit la légitimité des normes régissant le comportement humain. Faire cela consiste, pour Kant, surtout à rejeter des approches empiricistes ou dogmatiques du droit et à lui préférer l'évaluation de la Raison⁷¹.

Une seconde prémisse à la définition de l'approche kantienne du droit porte sur la distinction entre ce qu'il nomme législation externe et interne : « les devoirs de droit enveloppent une coercition réciproque entre les individus, s'appliquant ainsi à une législation externe qui met en jeu le rapport des arbitres, alors que les devoirs éthiques relèvent d'une coercition sur soi, celle de l'être nouménal

⁶⁹ Goyard-Fabre, Simone. *La philosophie du droit de Kant*. Paris : Vrin – Histoire des idées et des doctrines, 1996, p. 30.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

sur l'être phénoménal, signifiant ainsi l'autorité d'une législation interne »⁷² (nous soulignons). Cette distinction ne prend réellement tout son sens que si l'on rattache celle-ci à la première remarque que nous avons faite et à la distinction que pose très clairement Kant entre ce qui appartient au domaine juridique et ce qui appartient au domaine de l'éthique. En effet, son ouvrage *Métaphysique des mœurs* est en réalité structuré autour de cette distinction (entre Doctrine du Droit et Doctrine de la Vertu). Braz explicite cette distinction chez Kant, qui ne porte pas réellement sur la *nature* des obligations, mais plutôt sur les *motifs* de leur observation : « Le droit ne s'intéresse pas à l'accomplissement des actions par devoir, il se caractérise par l'exécution des obligations par contrainte extérieure, en examinant la façon dont les obligations se rapportent à cette contrainte et insistant sur les sanctions qui s'y rattachent. L'éthique, par opposition, considère toutes les obligations dans la mesure où leur motif est interne. Le trait essentiel de cette législation est qu'elle considère les obligations du point de vue du devoir et de sa propriété intrinsèque, et non du point de vue de la contrainte extérieure »⁷³ (nous soulignons). Il est difficile de ne pas y lire une séparation très nette et imperméable avec le subjectif (entendu comme l'éthique) au profit de ce qui est objectif et éclairé par la Raison.

Ces deux prémisses ont leur importance, surtout lorsque l'on s'intéresse plus en détail à ce que Kant définit comme le *droit*, la distinction supplémentaire qu'il pose à cet égard, entre le *droit strict* et le *droit large*. Cette subdivision du droit fait également référence à la notion de contrainte, puisque le droit au sens général est bien défini par une contrainte générale réciproque. Ainsi donc, le droit ne s'intéresse qu'à ce qui est extérieur, et donc, le droit *strict* est celui qui est absolument dénué de ce qui est intérieur, à savoir qui est absolument dénué de toute notion éthique⁷⁴. Kant

⁷² Braz, Adelino. « Chapitre V. La logique de la division », dans *Droit et éthique chez Kant : L'idée d'une destination communautaire de l'existence*. Paris : Éditions de la Sorbonne, 2005. doi:10.4000/books.porsorbonne.18603

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

nomme aussi ce droit *strict* le droit *pur*⁷⁵. Ce droit *strict* s'appuie donc sur « le principe de la possibilité d'une contrainte extérieure capable de coexister avec la liberté de chacun selon des lois universelles »⁷⁶. Cela semble aller relativement de soi avec la conception kantienne de la contrainte comme critère du droit. Ce qui apparaît plus incertain concerne ce qui se situe entre le droit *strict* ou *pur* et ce qui relève du domaine éthique ou de la vertu. Il s'agit en réalité de deux types de cas, qui relève de l'*intermundia* comme le précise Kant, et qu'il décide de préciser afin qu'il n'ait « nulle influence sur les principes certains » de la Doctrine du Droit⁷⁷. Ces deux types de cas peuvent être regroupés sous le nom de « droit équivoque » pour Kant, ce qui traduit la ligne de démarcation avec ce qu'il nomme du droit *strict*. Il s'agit donc de droit certes, mais de droit indéterminé. En ce sens, ce droit équivoque, tout en restant une forme de droit, se rapproche davantage de la nature de la Doctrine de la vertu en ce que cette dernière « laisse une certaine place à des exceptions »⁷⁸. Cependant, nous l'avons dit, cela reste dans le domaine du droit et non de l'éthique, car ces types de cas réclament eux aussi une décision juridique « mais pour lesquels nul ne peut être trouvé qui les tranche »⁷⁹. Il s'agit de l'*équité* et du *droit de nécessité*⁸⁰. Ces deux types de cas constituent ce que Kant nomme le droit *large*, ou *équivoque*⁸¹. Cette forme de droit se caractérise par le fait que la « faculté de contraindre ne peut être établie par aucune loi »⁸². Autrement dit, ces cas sont des cas où le droit est *incertain* et « qu'aucun juge ne peut être chargé de trancher »⁸³. Kant définit d'abord brièvement l'*équité* comme « un droit sans contrainte » et le

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Kant, Emmanuel. « Introduction à la Doctrine du Droit », dans *Métaphysique des mœurs (Tome 2) - Doctrine du droit – Doctrine de la vertu*, édité par Renaut Alain. Paris : Flammarion, 1994, p. 19, §E.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 20-21

⁷⁸ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Voir l'Appendice à l'Introduction à la Doctrine du Droit, *Ibidem*, p. 21.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

droit de nécessité comme « une contrainte sans droit »⁸⁴. Nous ne nous attarderons pas sur ce second type de droit *large* ou *équivoque* afin de nous focaliser sur l'équité. Il est important de préciser d'emblée que l'équité chez Kant ne semble pas non plus s'opposer frontalement au droit (strict) comme une source issue de l'éthique (de la vertu), car une personne qui se réclame de l'équité s'appuie d'abord sur son droit, mais d'une façon qui laisse la décision que devrait prendre un juge dans ce cas tout à fait indéterminée ou imprécise⁸⁵. En effet, cela rend le juge impuissant à agir, puisque le droit doit être précis et déterminé afin que l'on puisse lui rajouter son élément de contrainte. C'est ainsi que Kant caractérise l'équité de « divinité muette qui ne peut être entendue devant un tribunal » et dont la seule expression, bien que contradictoire, soit un tribunal chargé de décider en équité⁸⁶. La devise de l'équité pour Kant est donc *summum jus summa injuria* (le droit le plus strict est la plus grande injustice), mais dont les maux ne peuvent être réglés par le droit (strict) bien qu'il s'agisse d'abord et avant tout d'une question de droit (le fondement de la demande en équité demeure d'abord un droit), car cela relève uniquement « du tribunal de la conscience (*forum poli*), alors que toute question de droit doit être portée devant le tribunal civil (*forum soli*) »⁸⁷. C'est par ailleurs cette confusion entre principes « objectifs » et « subjectifs » qui poussent Kant à rejeter ces formes de droit équivoque⁸⁸, et à ne donner qu'au droit *strict* sa Doctrine du Droit. Voilà donc pour la définition de l'équité chez Kant.

Deux remarques s'imposent : d'abord, quant à la relation de l'équité avec le droit naturel ; ensuite, sur la relation de cette définition kantienne avec la définition aristotélicienne. Premièrement, la distinction entre droit strict et équité chez Kant (comme faisant partie du droit large et non du droit

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Voir *ibidem*, p. 21.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 22-23.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 24.

strict) ne se fonde pas sur une opposition entre droit positif et droit naturel. Il est important de le souligner, car cela va à rebours de la compréhension contemporaine de l'équité, comme une expression d'un droit naturel contre le droit positif. Il n'en est rien chez Kant, et cela est certainement dû au fait que la distinction entre droit et éthique plus largement ne se fonde pas sur ce critère : en effet, Kant exprime au dernier paragraphe de son *Introduction à la Doctrine du droit* que le droit naturel (ou droit de l'homme naturel) est en réalité ce qui régit la société encore à l'état de nature, et donc par opposition au droit civil, entendu comme le droit régissant la société émergée de l'état de nature (qui garantit donc « par des lois publiques le mien et le tien »)⁸⁹. C'est ainsi que Kant trouve la division entre droit privé (entendu comme droit dans l'état de nature) et droit public (entendu comme droit civil). Il est donc faux de voir Kant comme un précurseur du positivisme juridique, en ce que sa Doctrine du droit inclut aussi le droit naturel, qu'il définit comme « celui que la raison de tout homme peut concevoir *a priori* »⁹⁰, et qui ne se confond donc pas avec le droit positif, posé par le législateur⁹¹. Il s'agit, sans doute, également d'une conception particulière du droit naturel puisque celui-ci est fondé d'abord sur la Raison chez Kant. Ainsi, l'équité est chez Kant un droit sans contrainte, et n'a pas de relation *particulière* avec le droit naturel comme dans la compréhension contemporaine de l'équité, mais bien avec l'éthique comme une notion au croisement du droit et de l'éthique.

Deuxièmement, Kant et Aristote trouvent tous les deux la source de l'équité dans le droit d'abord, quand bien même il s'agit pour Kant d'un droit équivoque. Cela dit, là où Kant insiste sur la distinction entre droit et éthique, Aristote n'y verrait que peu de sens au sujet de l'équité, car

⁸⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁰ Vergara, Francisco. « UTILITÉ PRINCIPE D' », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 17 juillet 2023. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/principe-d-utilite/>.

⁹¹ Voir Kant, *MM*, p. 25. Voir aussi ndbp 11 et 30.

l'équité est aussi pleinement une vertu bien qu'elle trouve sa source dans la loi⁹². Cela étant dit, comme mentionné plus haut, l'équité fait partie du droit large, car « l'équité ne met en relation l'individu qu'avec lui-même, confrontant son être sensible avec son être moral, manifestant par là une législation intérieure que ne prend guère en compte le droit strict »⁹³. Ainsi, « l'équité est impuissante à assurer une législation rendant possible la coexistence des libertés extérieures », car « seule une faculté de contraindre intransigeante et extérieure force chaque individu à coexister

⁹² Un commentaire, plus secondaire, s'impose toutefois ici : peu après avoir défini l'équité comme fondée sur le droit, mais relevant nécessairement de considérations subjectives, Kant décrit les principes de la division générale des devoirs de droit, et cite la première formule mise en avant par Ulpian, à savoir le devoir d'être un honnête homme et donc de faire preuve d'honnêteté juridique. Cette « honnêteté juridique » s'exprime au travers de la maxime bien connue de Kant « ne fais pas de toi-même pour autrui un simple moyen, mais sois pour eux en même temps une fin ». Ajoutons que le second devoir de droit que Kant donne est celui de « ne faire du tort à personne ». Le premier devoir est un devoir interne (*lex justii* ou loi de l'homme juste), le second un devoir externe (*lex juridica*) (Voir Kant, *MM*, pp. 24-25). Rappelons que la vertu qu'est l'honnêteté est aussi présente chez Aristote, et est aussi une traduction valide d'*epieikeia*. Il est donc tentant de vouloir tisser un lien entre les deux philosophes, et d'y voir la volonté de Kant d'introduire, bien qu'ayant voulu écarter l'équité du droit (strict) au motif qu'elle ne serait pas judiciaire, un principe d'honnêteté et de bonté comme devoirs de droit. Cela étant dit, il faudrait d'une part une analyse plus approfondie de cette question, que nous n'avons pas la possibilité de faire ici. D'autre part, cette comparaison semble étrange si l'on considère que le premier devoir est un devoir interne (dès lors plus proche de l'éthique que du droit) et que le second principe, bien qu'externe, relève toujours de la logique du devoir, ce qui n'importe pas pour le droit (strict), puisque comme le dit Braz « Le droit ne s'intéresse pas à l'accomplissement des actions par devoir, il se caractérise par l'exécution des obligations par contrainte extérieure ». Braz nous éclaire partiellement sur ce sujet : les devoirs de droit ne font de sens que s'ils sont en rapport avec une coercition extérieure réciproque (législation externe), et donc que « les devoirs juridiques ne peuvent être que des devoirs extérieurs, car la législation juridique n'exige pas que l'Idée du devoir, qui est intérieure, soit en elle-même le principe déterminant de l'agent » (Voir Braz, *op. cit.*). Le devoir extérieur n'entre donc dans le domaine du droit uniquement par référence à la contrainte extérieure (qui transforme ce devoir en droit, tel un sceau marqué au fer rouge, et dont la notion de devoir devient automatiquement non-pertinente au regard du droit puisque seule la contrainte définit le droit), et il s'en suit que « les devoirs de bienveillance, bien qu'ils soient des devoirs extérieurs, doivent être compris comme des devoirs soumis à une législation intérieure [c'est-à-dire une législation éthique, NDLR] ». Cela ne fait sens si, comme Braz, nous adoptons la lecture de la distinction interne/externe comme équivoque, en ce qu'elle ne porte pas sur la même chose s'agissant de législation ou de devoir. Voir Braz, *op. cit.* Ainsi donc, il est permis de douter du bien-fondé de ces « devoirs de droit », surtout la première maxime qui, pour rappel, est un devoir interne. Pour ce qui nous intéresse, cela coule définitivement tout espoir de voir chez Kant une réintroduction de principes d'honnêteté et de « bienveillance » (entendus comme devoirs) comme véritables principes de droit (strict) puisque ces devoirs sont cantonnés à rester de la législation interne faute de contrainte extérieure. Ainsi, « le droit et l'éthique se distinguent moins par une différence de devoirs que par une différence de législation qui associe à la loi, soit le mobile d'une contrainte extérieure, soit l'idée du devoir ». Voir Braz, *op. cit.*

⁹³ Braz, *op. cit.*

avec l'ensemble »⁹⁴. L'équité ne relève ainsi pas pleinement du domaine du droit⁹⁵, bien que prenant appui sur celui-ci, car elle relève de la législation intérieure (dont on peut dire qu'il s'agit à la fois d'un devoir intérieur et extérieur), donc de l'éthique.

III. L'équité chez les juristes anglo-saxons modernes et la *Court of Chancery*

Cette approche kantienne de l'équité, bien que non directement liée au mouvement du positivisme juridique ayant pris de l'ampleur avec des philosophes comme Jeremy Bentham, annonce déjà une certaine relégation de l'équité hors du champ du droit (strict) vers le domaine de l'éthique, et ce, car l'équité n'a pas cette faculté de contrainte. Avant de nous tourner justement vers Jeremy Bentham, nous devons mentionner à tout le moins brièvement l'apport de Hobbes dans le champ l'équité. Cela étant dit, si nous nous restreignons à expliciter la pensée de Hobbes dans le détail, c'est car contrairement à Aristote et à Kant qui conservent une vision relativement simple et analytique de l'équité⁹⁶, la pensée de Hobbes est infiniment plus complexe où l'équité occupe une place plus centrale au sein de sa théorie de l'état. En effet, bien que Hobbes puisse de prime abord être rapproché d'Aristote ou Kant sur l'équité comme correctif, l'équité est avant tout pour Hobbes un nom donné au droit naturel⁹⁷. En ce sens donc, Hobbes observe que l'équité requiert que « justice be equally administered to all degrees of people »⁹⁸, ce qui correspond à la 11^e loi de la

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Entendu comme le droit strict, mais au vu de ce développement, il est possible d'argumenter que seul le droit strict soit réellement du droit tout court, et que le droit large ne soit en fait pas pertinent pour le droit, mais uniquement pour l'éthique. Cela étant dit, cela reviendrait à contester les catégories posées par Kant et à perdre ainsi en compréhension du texte.

⁹⁶ Cela étant dit cependant, des liens conceptuels entre les intuitions de Hobbes pour justifier les « courts of equity » et la conception d'Aristote peuvent être tissés, surtout quant à la définition de l'équité comme correction d'une loi trop générale. Voir Klimchuk, Dennis. « Hobbes on Equity ». Dans *Hobbes and the Law*. Sous la direction de David Dyzenhaus and Thomas Poole, Cambridge: Cambridge University Press, 2012. doi:10.1017/CBO9781139137034.009, p. 183.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 165.

⁹⁸ Cité par Klimchuk, *ibidem*, p. 170.

nature identifiée par Hobbes dans le *Léviathan*⁹⁹. De cette règle fondamentale du droit naturel, Hobbes en déduit une théorie du *Rule of Law*¹⁰⁰ assurant notamment le principe fondamental de légalité. Ainsi, le Souverain chez Hobbes est le seul producteur de droit (le juge ne produit pas de droit, il ne fait qu'interpréter et est soumis à la volonté du Souverain), et le principe de légalité est assuré par le juge puisque ce dernier interprète le droit (la *common law* tout comme le droit naturel) et assure ainsi la conformité de la *common law* avec le droit naturel (ou équité). Suivant la même logique, Hobbes nous dit que l'interprétation d'une loi ne peut être faite que suivant l'intention du législateur et non la lettre stricte de la loi (s'il devait en tout cas y avoir un conflit entre les deux), et que l'intention du législateur ne peut en soi être que conforme à l'équité (au sens hobbesien de droit naturel, et donc au sens de la 11^e loi naturelle mentionnée plus haut)¹⁰¹.

Terminons ainsi cette brève digression par un point de comparaison relevé par Klimchuk : « Hobbes does not use 'equity' to describe a method of or approach to statutory interpretation. He leaves the method or approach unnamed »¹⁰². Ainsi, l'équité chez Hobbes prend une tournure bien plus substantielle et proche du droit naturel¹⁰³, ce qui lui permet de faire monter en généralité ce concept et de l'associer plus largement avec sa théorie du *Rule of Law*.

La conception hobbesienne de l'équité est donc particulière, puisqu'il s'agit d'une règle de droit s'appuyant sur le droit naturel qui « coexiste » avec la *common law*. Ainsi, il n'est pas étonnant de trouver chez Hobbes une justification de ce qui fut sans doute l'expression institutionnelle la plus

⁹⁹ *Ibidem*, p. 169.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 171.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 176-178. Ainsi donc, un juge qui interprète une loi fera référence au droit naturel en interprétant « the written law in a way that renders that law in conformity with what the eleventh law of nature requires ». Voir *ibidem*, p. 178.

¹⁰² *Ibidem*, p. 180.

¹⁰³ *Ibidem*.

avancée d'une pratique de l'équité, à savoir « The Court of Chancery » en Angleterre. L'idée fondamentale derrière l'établissement de cette cour, qui traite des affaires « en équité »¹⁰⁴, provient de « the King's claim to the right to hear any subject's appeal for justice in cases in which she alleged to have been subject to unfair or hard treatment by the courts »¹⁰⁵. Cela étant dit, la controverse a toujours été vive sur la nécessité d'avoir une cour pratiquant « l'équité » de façon séparée des cours de *common law*, bien que ces dernières soient en principe elles aussi tenues d'agir au regard de l'équité (à tout le moins dans la conception hobbesienne)¹⁰⁶. La raison principale est justement que les juges des cours de *common law* peuvent commettre des erreurs dans leur jugement et ainsi ne pas respecter ce que l'équité requiert. C'est là que la Court of Chancery intervient comme une forme de juridiction « d'appel » chargée d'appliquer uniquement l'équité, puisque cette cour est directement instituée par le Roi, qui lui n'est contraint que par la règle de l'équité¹⁰⁷. Bien que Hobbes défende l'institution d'une cour séparée chargée de n'appliquer que l'équité, sa justification est faible et repose principalement sur le principe de « unity of sovereignty »¹⁰⁸. De ce principe en effet découle que tous les juges dépendent du souverain pour leur nomination, et ainsi l'institution d'une Cour « supérieure » chargée d'entendre les « appels » provenant des cours de *common law* permet d'assurer le respect final du droit avec l'équité, le droit naturel¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Le fait de mettre l'équité entre guillemets ici n'est pas anodin, en ce que l'on appelle « jugement en équité » tire en effet sa source en dehors de la *common law*, mais s'est progressivement transformé en un véritable corpus de règles établies au travers du temps, au point de devenir un véritable ordre juridique concurrent à la *common law*.

¹⁰⁵ Klimchuk, *op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 181.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 184-185.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 185. D'autres défenses de la séparation des cours de *common law* et des « Courts of Chancery » existent également, tel que celles de Lord Ellesmere qui perçoit une plus grande séparation des ordres juridiques entre eux (la *common law* séparée de l'équité) et ainsi qu'un jugement devant une cour de *common law* peut être correct d'un point de vue du droit, mais ne respectant pas l'équité, ce qui demande ainsi une révision devant la « Court of Chancery ». Autrement dit, les cours de *common law* ne posent pas la question du respect du droit avec l'équité, et cela n'est relevé

Quoi qu'il en soit, beaucoup d'agitations eurent lieu en Angleterre autour de l'équité et de son expression institutionnelle¹¹⁰. Des critiques virulentes furent par ailleurs adressées à l'encontre de ce qu'était devenu la « Court of Chancery », notamment par d'illustres juristes de l'époque, dont l'un des plus radicaux était certainement Jeremy Bentham. En effet, Bentham ne reniait pas dans son entièreté l'utilité d'une telle Cour¹¹¹, mais rejetait avec un certain dégoût ce qu'étaient devenues ces cours au fil du temps, marquées par la cupidité des juges dans les frais de justice encourus, des délais de traitement totalement déraisonnables, une superposition dans le type d'affaires traitées avec les cours de *common law*, etc¹¹². Pour Bentham, la réelle différence entre les cours de *common law* et la « Court of Chancery » ne portait en fait pas tant sur la substance des décisions rendues que sur les procédures en place au sein de chaque cours¹¹³. Par ailleurs, Bentham s'accordait avec la pensée d'Edward Coke quant à la « perfection of reason » que constituait la *common law*, et l'idée que l'*Equity* était chargée de corriger les travers de la *common law* ne faisait dès lors que peu de sens¹¹⁴. Il n'est donc pas étonnant que Bentham fût en faveur de la fusion des

que devant la « Court of Chancery ». Comme le relève Klimchuk, cette conception est inconcevable pour Hobbes, puisque même les cours de *common law* sont tenus de poser la question du respect du droit avec l'équité. Voir Klimchuk, *op. cit.*, pp. 183-184. La perspective de Lord Ellesmere n'est pas tout à fait sans rappeler la conception kantienne de l'équité, où le droit strict est séparé du domaine de l'éthique et des devoirs pour ne retenir que la question de la contrainte. Pour Ellesmere donc, les cours de *common law* ne s'intéressent pas à ce qui relève du domaine de la « conscience » et laisse cette tâche à la « Court of Chancery ». Voir *ibidem*, pp. 183-184.

¹¹⁰ Pour une vue plus complète sur cette question, voir Humphreys, Stephen. « Equity before 'Equity' ». *The Modern Law Review* 86, n° 1 (1 janvier 2023): 85-121. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12750>. Sur la tension existante à l'époque entre les cours de *common law* et la « Court of Chancery », ainsi que sur le développement subséquent d'un corpus de droit spécialisé issu de cette dernière, voir notamment Newman, Ralph A. « SOME SUGGESTIONS FOR A COURSE IN COMPARATIVE EQUITY », *Op. cit.*, pp. 343-45.

¹¹¹ Voir notamment Riley, Chris. « Jeremy Bentham and Equity: The Court of Chancery, Lord Eldon, and the Dispatch Court Plan ». *The Journal of Legal History* 39, n° 1 (2 janvier 2018), <https://doi.org/10.1080/01440365.2018.1434966>, pp. 33-34.

¹¹² Pour un aperçu plus complet de la critique Bentham, voir *ibidem*, pp. 35-38.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 36-37.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

deux systèmes de cours, et ainsi de supprimer les procédures de l'*Equity* (et donc l'*Equity* tout court)¹¹⁵ et de codifier les aspects matériels de l'*Equity*¹¹⁶. Ce dernier point fait sans doute également sens avec l'approche théorique de Bentham sur le droit, puisqu'il est encore aujourd'hui perçu comme un des pères conceptuels de la branche dominante de la théorie du droit contemporaine, à savoir le positivisme juridique¹¹⁷ (nous y reviendrons).

Un autre juriste favorable à cette fusion des corpus était le grand juriste William Blackstone, dont les vues se rapprochaient fortement de celles exprimées par Lord Mansfield (qui fut notamment Chief Justice en 1756)¹¹⁸. La pensée de Blackstone sur l'équité est intrinsèquement marquée par une double conception de ce que représente l'équité : à la fois perçue au sens proche de celui exprimé notamment chez Aristote (équité comme correctif)¹¹⁹ et « impossible in its very essence to be reduced to stated rules »¹²⁰ ; mais aussi entendue comme ce fameux corpus de règles établies par la Court of Chancery qui consiste en un « laboured connected system, governed by established rules, and bound down by precedents, from which they do not depart, although the reason of some of them may be liable to objection »¹²¹. Comme le signale Holdsworth¹²², Blackstone n'insiste pas réellement sur cette distinction et vient parfois à mêler les deux, de sorte à ajouter de la confusion, notamment lorsqu'il indique qu'en réalité il n'existe pas de distinction entre le système de *common law* et d'*Equity* (les deux sont en effet devenus des « artificial systems »¹²³), mais tout en indiquant

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Postema, Gerald J. « Legal Positivism: Early Foundations ». In *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Routledge, 2012, p. 36.

¹¹⁸ Voir Holdsworth, W. S. « Blackstone's Treatment of Equity ». *Harvard Law Review* 43, no. 1 (1929): pp. 6-7.

¹¹⁹ Voir Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England : In Four Books. by William Blackstone* (The 6th ed.), Vol. 1, Eighteenth Century Collections Online. London: Printed for W. Strahan, 1774, pp. 60-61.

¹²⁰ Holdsworth, *op. cit.*, p. 4.

¹²¹ *Ibidem*, p. 3.

¹²² *Ibidem*, p. 5.

¹²³ *Ibidem*, p. 12.

que l'équité entendue dans sa première acception infuse en réalité tout le système juridique anglais, dans les deux corpus¹²⁴. Comme Holdsworth, on peut trouver du sens dans tout cela en ce que pour Blackstone, si l'*Equity* correspondait bien à la première définition de l'équité par le passé, celle-ci est devenue un autre système de règles parallèles à la *common law*, dont la seule distinction ne portait désormais plus sur des règles substantielles des deux corpus, mais comme Bentham l'indiquait, sur la façon d'administrer la justice¹²⁵. L'équité (en son sens premier) n'a pas entièrement disparu chez Blackstone, mais infuse désormais les deux systèmes de droit, devenus donc tous deux des « artificial systems » (cette notion fait référence à la conception de la *common law* par Edward Coke de « artificial reason of law »¹²⁶). La fusion, pour Blackstone et Mansfield, était donc évidente au vu de la proximité des corpus de règles et de l'organisation judiciaire de ces cours. Seulement, la résistance à la proposition de fusion des corpus défendue par Blackstone et Mansfield fut grande, et elle provenait même de Bentham qui, pourtant en faveur d'une fusion des juridictions, refusait qu'un quelconque rapprochement entre les corpus de règles puisse se faire par l'action des juges. Bentham le justifie par le fait que « amendment from the Judgment seat is confusion »¹²⁷, et doit donc se faire par codification (voir *supra*).

Quoi qu'il en soit, la « Court of Chancery » finira par disparaître entièrement lors d'une importante réforme de l'ordre judiciaire en 1875¹²⁸, et ce comme la quasi-totalité des « courts of equity » dans le monde anglo-saxon¹²⁹. Le corpus de droit formé par cette Cour au travers de ses décisions

¹²⁴ *Ibidem*, p. 5.

¹²⁵ *Ibidem*, 13.

¹²⁶ Voir Smith, David Chan. « Reason and Reform ». Dans *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*, Cambridge Studies in English Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. doi:10.1017/CBO9781107706798.006, p. 153 et suivantes.

¹²⁷ Bentham, cité par Holdsworth, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁸ Voir Riley, Chris. *op. cit.*, p. 32. Comme Riley le montre, l'influence de la critique de Bentham sur cette dissolution semble marginale, et cette décision semble motivée par d'autres facteurs que la seule parole (et influence relative) de Bentham. Voir *ibidem*, pp. 54-55. Voir aussi, sur les raisons de cette réforme limitée, Holdsworth, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁹ Newman, Ralph A. "SOME SUGGESTIONS FOR A COURSE IN COMPARATIVE EQUITY.", *op. cit.*, p. 345.

(nommé donc « *Equity* » et réglant certains points précis du droit comme des « specific reliefs »¹³⁰) existe encore aujourd'hui comme un corpus de règles de droit, malgré la quasi totale disparition de cours dédiées uniquement à son application¹³¹. Ainsi donc, il fut décidé en 1875 de ne fusionner que les cours, et d'offrir une procédure uniforme, mais de conserver toutefois ces deux corpus de droit séparés, tout en indiquant qu'en cas de conflit entre les deux, les règles d'*Equity* doivent l'emporter sur la *common law*¹³².

Ce qui ressort de tout ceci est qu'en dehors de la première conception de l'équité chez Blackstone (comme infusant les deux corpus) et de la conception particulière de Hobbes sur l'équité (où l'équité, requérant le respect du droit naturel, occupe une place centrale dans la conception du droit et la division des cours), une fusion ou non de ces corpus issus de l'« artificial reason » avait peu d'importance d'un point de vue théorique. L'importance de l'équité (ici non pas entendue comme le corpus artificiel d'*Equity*, mais bien au sens originel comme mentionné chez Blackstone) dans le discours de la théorie du droit semble s'amenuiser et l'équité y devient secondaire. Cette dévalorisation de l'équité correspond en tout cas à l'ascension progressive du positivisme juridique au 19^e siècle, notamment sous l'impulsion de Jeremy Bentham puis de John Austin.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 344.

¹³¹ *Ibidem*, p. 345. Voir aussi Holdsworth, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹³² Holdsworth, *op. cit.*, p. 27. Voir aussi DeVine, Stephen W. « The Concept of *Epieikeia* in the Chancellor of England's Enforcement of the Feoffment to Uses before 1535 », *University of British Columbia Law Review* 21, no. 2 (1987): 323. À ce sujet, DeVine semble dire que cette prééminence de l'*Equity* sur la *common law* formellement consacrée dans les Judicature Acts de 1875 ne se comprend pas seulement comme la supériorité d'un corpus artificiel sur un autre, puisqu'il fait aussi référence à l'équité comme méthode, qui infuse le droit, au sens d'*epieikeia* (donc au sens originel). Et DeVine indique que c'est suivant ce dernier sens que « the Judicature Acts, essentially relating to procedure, provided that in case of conflict between rules of equity and law, equity should prevail ». Voir *ibidem*. Il apparaît donc, suivant DeVine (qui ne détaille pas réellement davantage ce point), que malgré le processus d'artificialisation de l'*Equity* ayant culminé dans la réforme de 1875, son sens originel d'*epieikeia* n'avait pas entièrement disparu pour autant, même si je doute qu'il ait conservé une forme normative constante au fil des siècles. Cela m'apparaît en tout cas cohérent avec les propos de Blackstone et Bentham sur ce qui demeurerait la seule différence entre le droit de *common law* et d'*Equity*, à savoir des aspects procéduraux. L'équité ainsi réduite uniquement à des aspects procéduraux me semble tout de même un affaiblissement de la richesse de son acception originelle d'*epieikeia*.

Cette « rationalisation » continue du droit prend donc toute son ampleur avec le mouvement positiviste, mais les fondations d'un tel mouvement étaient bien sûr présentes avant que Bentham et surtout Austin n'en fassent la doctrine que l'on connaît aujourd'hui. En effet, comme nous l'avons mentionné, on retrouvait déjà chez Edward Coke les prémices du positivisme avec cette idée de « artificial reason » du droit dont on a parlé, de la « reason » de la *common law*, qu'il définit : « which is to be understood of an artificiall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every man's naturall reason ... This legall reason *est summa ratio* ... no man out of his private reason ought to be wiser than the law, which is the perfection of reason »¹³³. Cette conception de la raison artificielle du droit visait d'abord pour Coke à répondre « to the frailty of memory and human reason, and the hermeneutic challenge the lawyer faced »¹³⁴. Ainsi, ce qui distingue cette raison artificielle du droit de la « natural reason »¹³⁵, c'est que la « artificial reason, the process of training and reasoning, guided the judges to the oracular moment, to a judgment that spoke the law, 'which is the perfection of reason' »¹³⁶. Étant donné cette image quelque peu idéalisée de ce que représente la *common law* pour Coke, il n'est pas étonnant de trouver chez lui une défense de ce système de droit, notamment face à la concurrence que représentaient la « Court of Chancery » et les pouvoirs royaux du Souverain plus largement. Coke était en effet préoccupé, car il craignait que cette concurrence (principalement sur la question des injonctions de *Chancery* après un jugement d'une cour de *common law*) puisse introduire de l'incertitude dans le droit et ainsi éroder la confiance des citoyens dans la *common law*. Il appela

¹³³ Smith, David Chan. « Reason and Reform », *op. cit.*, p. 153.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 154.

¹³⁵ Cela étant dit, la relation entre raison artificielle du droit et raison naturelle a provoqué des débats dans ce que Coke voulait exprimer. Pour Charles Gray par exemple, « Coke meant that the law is the 'artifice' as well as 'the natural faculty improved by cultivation' ». Cité dans *ibidem* p. 153. Voir aussi *ibidem*, p. 156.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 155.

donc de ses vœux la prééminence de la *common law*¹³⁷. Cette crainte n'était en effet pas dénuée d'un sentiment négatif à l'égard de la « Court of Chancery », car il craignait le « chancellor's absolute power and the possibility that it might one day devolve 'upon men of less judgment and integrity' »¹³⁸. La préoccupation marquée pour la certitude du droit et cette crainte d'un pouvoir absolu utilisé à mauvais escient sont des motifs pour préférer la raison artificielle de la *common law* chez Coke, qui a pour fonction encore plus importante de limiter la prérogative royale, en ce que pour Coke, « the king hath no prerogative, but that which the law of the land allows him »¹³⁹. C'est en effet une évidence dans nos systèmes constitutionnels contemporains, mais cette perspective demeurerait alors assez radicale (malgré la loyauté de Coke pour la royauté¹⁴⁰). Cela étant dit, dès 1620, ce « constitutionnalisme » de Coke commença à s'émanciper du rôle central donné par Coke à la monarchie (donc du royalisme) dans sa théorie du droit¹⁴¹.

Cette volonté d'émanciper le droit de la « natural reason » et, par extension, de ce qui ressort davantage de l'éthique peut certainement être également trouvée au sein du constitutionnalisme positiviste de Jeremy Bentham. Ce dernier fut particulièrement critique du régime de droit de son

¹³⁷ Smith, David Chan. « Chancery, Reform and the Limits of Cooperation ». Dans *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*. Cambridge Studies in English Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. doi:10.1017/CBO9781107706798.008, p. 234 et 248.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 247.

¹³⁹ Coke, cité dans Smith, David Chan. « Delegation and Moral Kingship ». Dans *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*. Cambridge Studies in English Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. doi:10.1017/CBO9781107706798.009, p. 255.

¹⁴⁰ Smith, David Chan. « Conclusion ». Dans *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*. Cambridge Studies in English Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. doi:10.1017/CBO9781107706798.010, p. 284. Cela étant dit, Coke fut finalement renvoyé en 1616. Voir *ibidem*, p. 278.

¹⁴¹ Smith, David Chan. « Introduction ». Dans *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*. Cambridge Studies in English Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. doi:10.1017/CBO9781107706798.001, p. 18. Comme le dit Smith, « this was one path from royalism into opposition ». Voir *ibidem*.

temps, car il considérait que ce dernier ne respectait pas les « fundamental tasks of law » qui sont « to secure expectations and coordinate the complex interactions characteristic of modern social life »¹⁴² (nous soulignons). En effet, Bentham considérait la *common law* (à son époque) comme trop inclinée aux « private conjectures » et exigeait que le droit repose sur des « common *public* standards » remplissant le critère de la publicité du droit¹⁴³. À cette fin, pour Bentham, le « command model » inspiré de Hobbes fut celui qui remplissait le mieux ce critère de publicité, car les règles obligatoires que ce modèle induit indiquent aux sujets comment se comporter, même si les raisons d'obéissance à une règle ne sont pas toujours indiquées dans la règle elle-même¹⁴⁴. Autrement dit, « Law requires submission of conduct, he insisted, but not submission of judgment »¹⁴⁵.

Cela dit, Bentham refusait l'asymétrie de pouvoir inhérente au « command model », et reconnaissait donc l'importance de principes constitutionnels qui limitait le pouvoir du Souverain comme faisant partie du droit lui-même¹⁴⁶. Il fut aussi particulièrement préoccupé par le caractère systématique du droit, notamment au travers de sa « universal jurisprudence »¹⁴⁷, et de l'importance de concevoir le droit dans son entièreté et non uniquement chaque loi individuellement : pour lui, « law properly understood includes not only conditions of validity (marks of authenticity) but also conditions of completeness »¹⁴⁸. Dès lors, en dehors du critère de publicité du droit qui démontre l'authenticité de celui-ci, il faut que les règles établies soient « clearly articulated »¹⁴⁹. Ainsi, le

¹⁴² Postema, Gerald J. *op. cit.*, p. 36.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 37-38.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 38.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

droit forme un tout, entier et interconnecté, qui doit être régi par une certaine cohérence et, de fait, une certaine prévisibilité.

Cela étant dit, puisqu'il s'agit tout de même de Jeremy Bentham, également connu pour avoir élaboré une théorie politique utilitariste complexe, le droit devait aussi être guidé par le principe d'utilité¹⁵⁰. Et c'est sans doute sur ce point que les Romains s'empoignèrent : comment Bentham, perçu comme un fervent du défenseur du positivisme moderne et donc de la distinction entre « law as it is from law as it ought to be »¹⁵¹, peut-il en même temps indiquer que le droit, dans son ensemble, devait être guidé par le principe d'utilité ? N'y a-t-il pas là une contradiction des plus fortes entre le refus positiviste de donner au droit un but, une direction morale quelconque pour ne garder, comme dirait Kant, que le droit strict ne répondant qu'à la contrainte, et un projet téléologique de l'utilitarisme de guider le droit au regard du principe d'utilité ? Pour répondre à cette question, il nous faut plonger davantage dans la théorie du droit de Bentham, et de sa réception (partiellement incorrecte) par les positivistes modernes tels que Hart. En effet, Hart perçoit Bentham et Austin comme les précurseurs de la séparation entre « law as it is from law as it ought to be », autrement dit entre le droit tel qu'il existe et la « morale ». Cette idée, Hart la puise notamment dans un passage d'Austin critiquant la pensée juridique de Blackstone, où Austin indique qu'il est en désaccord avec Blackstone au sujet de la relation entre droit positif et droit naturel, car Blackstone semblait indiquer qu'une loi humaine ne pouvait être légalement valide si elle contredisait une loi naturelle (une loi divine)¹⁵². On se rappelle également que Blackstone considérait que l'équité « infusait » dans tout le droit positif, qu'il soit de la *common law* ou de la « Court of Chancery ». Bentham insistait également sur la distinction entre droit positif et moralité

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹⁵¹ C'est en tout cas comme cela que Hart présente Bentham. Voir Hart, H. L. A. « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, p. 594.

¹⁵² *Ibidem*, p. 597.

(au sens de la morale utilitariste et non divine)¹⁵³. La préoccupation de Bentham au sujet de cette distinction portait, relève Hart, sur « the danger that law and its authority may be dissolved in man's conceptions of what law ought to be and the danger that the existing law may supplant morality as a final test of conduct and so escape criticism »¹⁵⁴. Ainsi Bentham et Austin réfutaient la conception de Blackstone quant à l'invalidité du droit en cas de conflit avec la morale (*sic*), et ils réfutaient aussi qu'une règle moralement désirable soit considérée comme une règle de droit sur ce simple fait¹⁵⁵. Il n'est donc pas étonnant que ces idées, qui me semblent particulièrement familières, se retrouvent comme prémices de la théorie du droit moderne chez Holmes et bien sûr chez Hart¹⁵⁶. Cela étant dit, considérer Bentham comme un père du positivisme juridique moderne et comme le précurseur de la mise de côté de toute discussion « éthique » (au sens le plus large) pour ne garder que la lettre de la loi semble, au mieux, anachronique : c'est en tout cas l'avis de Philip Schofield qui s'applique à exposer le véritable sens de la « séparation du droit et de la morale » de Bentham que Hart reprend¹⁵⁷. En effet, Schofield explicite que Bentham distingue ce qu'il appelle « expository and censorial jurisprudence »¹⁵⁸ où le rôle de l'*Expositor* « in explaining what the law

¹⁵³ *Ibidem*. Ce qui au passage n'est pas exactement la même chose. Rappelons-nous de la différence posée par Kant entre droit positif et droit naturel, et entre droit (strict) et éthique. Bien que l'éthique et le droit naturel puissent se rejoindre dans la pratique, ils sont conceptuellement distincts et ne relèvent, en fait, pas de la même nature. Il s'agit d'une erreur de confondre droit naturel, créateur d'obligations et donc de contrainte sur base de principes *a priori*, et ce qui relève de l'éthique, où pour reprendre la typologie de Kant, de la législation intérieure. Par exemple, l'interdiction de torturer en droit public international relève d'une norme de *jus cogens*, qui contient bel et bien une obligation et donc une contrainte, mais relève d'abord du droit coutumier. Ainsi, bien que l'interdiction de torture appartienne aussi au domaine de l'éthique, elle ne s'y résume pas et demeure dans le domaine du droit (strict). Dès lors, éthique (ou morale) et droit naturel ne se confondent pas, et ne doivent pas être confondus.

¹⁵⁴ Hart H. L. A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, p. 598.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 599. Encore une fois, il est étonnant de voir la proximité de la lecture de Hart de Bentham et Austin, et de la conception kantienne de la théorie du droit.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 600.

¹⁵⁷ Voir Schofield, Philip. « Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism ». Dans *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Sous la direction de Torben Spaak and Patricia Mindus, 203–24. Cambridge Companions to Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. doi:10.1017/9781108636377.009. Nous reviendrons à Hart plus loin, mais nous nous limitons ici à révéler ce que Schofield éclaire au sujet de la théorie du droit de Bentham.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 204-205.

is, was to discover facts » alors que celui du *Censor* « in observing what the law ought to be, was to discuss reasons »¹⁵⁹. Ces deux rôles sont complémentaires pour Bentham, et c'est en cela que l'on peut faire sens de sa fameuse citation « To obey punctually; to censure freely »¹⁶⁰. Sa critique de Blackstone mentionnée plus haut porte justement sur le mélange de ces rôles, ce qui mène à trop d'incertitude dans le droit en ce qu'une loi peut ainsi être remise en cause par la perspective individuelle d'une personne qui considère qu'elle s'oppose au droit naturel (le droit divin)¹⁶¹. Cela, pour Bentham, ne veut dire qu'ultraconservatisme ou anarchie¹⁶². Le problème principal, pour Bentham, n'est donc pas de lier le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être, mais plutôt d'invalider le premier s'il ne correspond pas au second : en effet, pour Bentham, « the whole purpose of the utilitarian legislator was to align law as it is with law as it ought to be »¹⁶³. Cela est cohérent avec le fait que la distinction entre droit tel qu'il est et droit tel qu'il devrait être ne correspond pas, chez lui, à la distinction entre fait et valeur¹⁶⁴. Ainsi donc, la théorie du droit de Bentham ne correspond pas à celle de Hart¹⁶⁵, car pour Bentham,

« the distinction between law as it is and law as it ought to be did not represent the distinction between fact and value that characterised substantive legal positivism, but rather

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 205.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 206-207.

¹⁶² *Ibidem*, p. 207.

¹⁶³ Sur ce point, voir *ibidem*, pp. 207-208.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 219-220. Ainsi, pour Bentham, la “expository jurisprudence” qui implique une terminologie juridique neutre n'implique pas une neutralité morale : « While he advocated a vocabulary that did not carry ‘censorial’ associations, he did so not because such a vocabulary would be morally neutral but because it would promote utility – in other words, it would be valuable ». Voir *ibidem*, pp. 221-222.

¹⁶⁵ En effet, Schofield indique “Expository jurisprudence – identification of what the law is – and censorial jurisprudence – recommendation of what the law ought to be – were both aspects of the principle of utility. The gloss put upon Bentham’s distinction between what the law is and what the law ought to be by Hart was a product of his commitment to the separation of fact and value, but such a separation had no place in Bentham’s thought because a statement of value was also a statement of fact, and there was no statement of fact that did not have value, whether positive or negative” (nous soulignons). *Ibidem*, p. 222.

a distinction between an actually existing state of affairs (whether past or present) and a proposed state of affairs, with the latter being deemed more valuable in terms of its utility than the former. For Bentham, universal expository jurisprudence was not the attempt to conduct legal theory in the morally neutral terms that characterised methodological legal positivism; it was an attempt to find stable, sensible and hence useful expositions of abstract legal terms in order to advance legal science and thereby facilitate the construction of a utilitarian code of laws. For Bentham, both enterprises were value-laden »¹⁶⁶.

On ne saurait être plus clair sur les intentions de Bentham, dont l'interprétation de son œuvre a certainement inspiré les positivistes modernes dans leur construction théorique, mais dont le travail en lui-même paraît plus nuancé et ne reniant pas entièrement l'importance de l'éthique sur le droit. Quoiqu'il en soit, l'expansion du positivisme continua dans la théorie du droit au travers de la distinction « law as it is and as it ought to be », et comme nous l'avons mentionné plus haut, cela fut le cas par Austin notamment. Austin reprit, comme Bentham, le « command model » malgré certaines nuances par rapport à la pensée de son « père intellectuel »¹⁶⁷. Hart percevait également Austin comme un défenseur de la doctrine de la séparation, en limitant au plus strict la définition du droit, bien qu'encore une fois, cette lecture demande d'être nuancée, notamment en ce que droit et moralité interagissent quant à l'obligation d'obéissance à une règle exprimée par le Souverain¹⁶⁸. Mais il n'empêche qu'Austin s'inscrit dans la même tradition que Bentham au regard du droit, qui

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 222-223. Sur cette distinction entre « substantive positivism » et « methodological positivism », Schofield définit le premier comme consistant « in the claim that there is no necessary connection between morality and the content of law » et le second comme « in the claim that there is no necessary connection between morality and legal theory ». Voir *Ibidem*, p. 203.

¹⁶⁷ Voir Postema, *op. cit.*, p. 40 et Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, p. 599. La différence entre Bentham et Austin porte principalement sur la capacité de restreindre légalement le pouvoir du Souverain : Bentham pensait que cela était possible au travers de la Constitution, Austin considérait impensable que le Souverain puisse être restreint légalement par la loi, sa contrainte résidait plutôt dans le domaine moral ou politique. Voir Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, p. 599.

¹⁶⁸ Postema, *op. cit.*, pp. 40-41.

ne dépend que du Souverain et de sa volonté, et non d'une moralité, car « the existence of law is one thing; its merit or demerit is another »¹⁶⁹. Ce qui est novateur chez Austin, indique Postema, est qu'il porte cette séparation comme un « principle of jurisprudential method »¹⁷⁰. Ainsi, Austin a été à l'avant-garde du positivisme à la fois substantiel, mais aussi méthodologique, puisque « He sought with his thetic definition of law not so much to define the limits of the domain of law for those seeking to identify valid and legally binding rules in their social interactions or advice to clients, but rather to determine boundaries of jurisprudence for those undertaking the study of law »¹⁷¹ (nous soulignons). Ainsi donc, ce qui est nouveau chez Austin est cette méthodologie appliquée à l'étude du droit et de la *jurisprudence*, distinguant ainsi la science du droit de l'histoire ou de l'éthique¹⁷². Comme l'indique Postema, cela le distingue clairement de Bentham¹⁷³, qui même au travers de sa *expository jurisprudence* faisait appel à la fois aux faits et aux valeurs, dans une perspective utilitariste. C'est donc de cette conception innovante d'un positivisme non seulement substantiel, mais aussi méthodologique qu'est issu le mouvement connu aujourd'hui sous le nom de *analytical jurisprudence*, dont Hart est le représentant exemplaire¹⁷⁴.

IV. L'équité et le positivisme juridique moderne

Ainsi lancé, le positivisme (substantiel et méthodologique) allait prendre tout son essor avec des théoriciens du droit comme Holmes, Kelsen, Hart, et consorts pour devenir la conception dominante de la théorie de l'État, mais aussi de l'étude du droit. Avec la doctrine de la séparation du droit tel qu'il est contre ce que le droit devrait être, il n'est pas étonnant que l'équité et plus

¹⁶⁹ Austin, cité par Postema, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁰ Postema, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 41-42.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 42.

largement toute potentielle discussion sur la place de l'éthique dans le droit ait été progressivement écartée, voire méprisée sous cette approche (quand bien même une séparation aussi stricte n'était pas ce que les précurseurs du positivisme, surtout Bentham, avaient exactement en tête).

Il importe par ailleurs de préciser que le positivisme a pris ses racines non seulement en droit anglo-saxon, mais également en droit civil. En effet, outre la disparition de la « Court of Chancery » à la fin du 19^e siècle et de l'artificialisation finale de l'*Equity* en droit anglo-saxon, l'équité fut aussi écartée du droit civil positif, sauf lorsque celle-ci fut directement intégrée au sein du droit écrit (de manière marginale). Nous le verrons, en dehors de cette volonté d'écarter l'équité sauf incorporation explicite, l'équité a bel et bien continué à exister, mais d'une manière beaucoup plus discrète. Elle a pris de nouveaux habits et est réapparue notamment au travers de concepts juridiques comme la proportionnalité, la raisonnable¹⁷⁵, la bonne foi¹⁷⁶, l'interprétation des lois¹⁷⁷, l'appel aux droits humains¹⁷⁸, etc.

Il n'en reste pas moins que rares sont les occasions où l'équité fut intégrée directement dans le droit civil écrit, et encore plus rares sont les occasions où l'équité comme concept de droit est explicitement mentionnée dans le droit écrit¹⁷⁹. On peut penser à quelques exemples d'incorporation explicites : le plus célèbre à ce sujet reste certainement l'article 1^{er}, §2 du Code civil suisse qui indique que « À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (nous soulignons). On trouve d'autres exemples marquants dans le droit civil,

¹⁷⁵ Newman, Ralph A. « La nature de l'équité en 'droit civil' ». *op. cit.*, pp. 291.

¹⁷⁶ Doyon, *op. cit.*, pp. 333-334, et Newman, Ralph A. « La nature de l'équité en 'droit civil' ». *op. cit.*, p. 291.

¹⁷⁷ Doyon, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷⁸ En effet, Stephen Humphreys indique « When the 'rights of man' burst forth in their mature(ish) form, they took over the role of extra-legal measure of fairness, reason and equality with which to critique and reform the law that had historically been the domain of equity ». Voir Humphreys, *op. cit.*, p. 121. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12750>.

¹⁷⁹ Cela est confirmé par Newman, Ralph A. « La nature de l'équité en 'droit civil' ». *op. cit.*, p. 293.

notamment en droit civil québécois¹⁸⁰. On retrouve également à tout le moins cette volonté de conserver l'équité comme correctif du droit (au sens aristotélien) chez Portalis, rédacteur du Code Napoléon¹⁸¹ ou encore chez Sieyès au travers de sa proposition (inaboutie) de jury constitutionnel ayant une juridiction en équité¹⁸². Mais en dehors de ces quelques exemples d'incorporations explicites donc (il y en a bien sûr plus que cela, mais nous ne pouvons en faire une étude complète ici), l'équité n'avait plus réellement droit de cité dans le positivisme moderne, et son application a donc dû se réinventer au travers d'autres concepts juridiques. C'est en ce sens que Newman indique, au sujet des systèmes de droit civil, que « l'absorption presque complète des principes de l'équité a provoqué la disparition de l'équité elle-même. Dans ces systèmes, le problème essentiel est de reconnaître la présence de l'équité »¹⁸³.

Par ailleurs, l'incorporation de l'équité dans le droit ne se limite pas au droit national, en ce qu'on retrouve aussi l'équité explicitement intégrée en droit public international, comme avec la « *Ex aequo et bono* adjudication on the basis of Article 38(2) of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) » (qui n'a jamais été mobilisée en pratique)¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Voir Doyon, *op. cit.*, p. 330.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 331. Voir aussi Morandière, Léon Julliot de la. "The Draft of a New French Civil Code: The Role of the Judge." *Harvard Law Review* 69, no. 7 (1956): 1264–78. Pour une analyse comparative de l'équité en droit civil et droit anglo-saxon, voir Ralph A. Newman, « Equity in Comparative Law », *op. cit.*, pp. 807-848. En droit autrichien, voir Meissel, F. S., *op. cit.*, p. 9 et suivantes.

¹⁸² Voir Goldoni, Marco. « At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power » *Oxford Journal of Legal Studies* 32, no. 2 (2012): 223.

¹⁸³ Newman Ralph A. « La nature de l'équité en 'droit civil' », *op. cit.*, p. 291.

¹⁸⁴ Sur ce point, et pour une vision plus complète de la place de l'équité en droit international, voir Titi, Catharine. « Introduction ». Dans *The Function of Equity in International Law*, édité par Catharine Titi. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 2. Par exemple, Titi ajoute que « outside conventional law, equity is a general principle of international law of a customary law nature ». Voir Titi, Catharine. « Power to Resort to Equity ». Dans *The Function of Equity in International Law*, édité par Catharine Titi, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 105.

Cela étant dit, la disparition progressive de l'équité ne s'arrête pas là. On peut en effet arguer que le positivisme moderne va encore plus loin lorsque s'est développé le *positivisme formaliste* qui, comme l'indique Doyon, a fait que « la norme, la règle, est devenue omniprésente. Cette théorie juridique, dans son souci d'objectiver le droit, ne pouvait que rejeter la notion d'équité puisque celle-ci véhiculait une interprétation dynamique du droit en donnant au juge un pouvoir de rendre le droit par le biais d'une approche subjective. Le subjectivisme du juge, on le comprend, devenait donc inacceptable à ces générations de juristes formés à cette École prônant la primauté de la loi »¹⁸⁵. Une des expressions les plus paradigmatiques de ce sentiment reste pour moi ce court passage de Pierre-Emmanuel Moysse au sujet de l'abus de droit perçu sous l'angle formaliste :

« Sous des atours de rationalité, [l'abus de droit] fait appel, tout comme l'équité, aux sentiments : dans le particularisme du cas traité, le droit ne vaut plus droit, il est rétrogradé. Il y a là un jugement de valeur. Même si elle se manifeste dans de rares décisions, sa place en droit est considérable notamment parce qu'il montre un droit qui ne se suffit plus. Son apparition effraie toujours, car le juriste voit en lui le péril d'une idée qu'il prend pour finalité : la sécurité juridique. Le droit ne saurait faire place à des principes moralisateurs, et faire entrer par l'abus, des éléments qui lui sont exogènes. Le droit doit pouvoir se tenir droit, sur l'armature de ses sources, tendu vers une norme fondamentale indiscutable. Il doit pouvoir s'expliquer. C'est toute l'entreprise Kelsenienne »¹⁸⁶ (nous soulignons).

¹⁸⁵ Doyon, *op. cit.*, p. 334. Je ne suis pas absolument certain si Doyon embrasse ou non cette définition et surtout cette caractérisation négative de l'équité avec les formalistes. Il y a fort à parier que non, ou à tout le moins partiellement non, en ce qu'il indique que l'équité comprise comme correctif (au sens d'Aristote) « n'a pas ce caractère d'arbitraire que trop de juristes, malheureusement, lui accordent. La notion d'équité, comprise dans son sens d'*epieikeia* n'est pas l'*aequitas* ». Voir *ibidem*. Encore une fois ici, je ne perçois pas réellement la distinction posée, d'autant plus que le terme grec est, nous l'avons vu plus haut, plus riche que sa traduction latine plus tardive.

¹⁸⁶ Moysse, Pierre-Emmanuel. « L'Abus de droit : l'anténorme — Partie II ». *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill* 58, n° 1 (2012): p. 4. Par ailleurs, Moysse est particulièrement juste lorsqu'il résume en quelques mots l'éthos du droit positif moderne : « C'est un trait marquant de la loi moderne d'être moins le produit de la volonté que celui d'une certaine économie de la politique, économie placée principalement sur l'échiquier des intérêts commerciaux sur

Cette radicalisation de la doctrine de la distinction, illustrée ici à son paroxysme, ne se range pas avec les précurseurs du positivisme juridique, car un tel formalisme *renie* presque toute discussion sur la place des valeurs ou de l'éthique au regard du droit (tant sur le plan substantiel que méthodologique) et se trouve également *méfiant* des concepts juridiques traduisant une pratique de l'équité (comme ici au travers du concept de l'abus de droit).

Cette idéologie formaliste représente, en réalité, une reformulation du projet téléologique du droit. Autrement dit, le formalisme juridique n'est qu'un moyen au regard d'un autre fin *politique*, dont on peut décrire les contours comme étant une visée gestionnaire des intérêts formulés au travers du droit (pour reprendre les mots de Moïse¹⁸⁷) et qui peut se diviser en sous-objectifs plus précis au regard de cette fin générale, comme l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité du droit. En disant cela, je ne porte pas de jugement de valeur sur la pertinence – ou non – de consacrer la sécurité et la prévisibilité du droit comme principe fondateur de toute théorie politique du droit¹⁸⁸. Mais je suggère simplement que cette consécration dogmatique de la sécurité juridique comme une fin précise indétrônable de la théorie du droit positiviste sert un objectif plus général qui, pour reprendre les mots de Moïse, relève d'une « certaine économie de la politique »¹⁸⁹.

lequel se joue malgré tout le dessein d'une société entière. Intérêt, voilà le mot du droit moderne. Par la force des choses, l'office du législateur comme du juge devient alors davantage de délibérer et de mitiger les droits et moins d'établir des devoirs. À l'origine, la loi était commandement; elle est devenue gestionnaire. Ceci est particulièrement vrai en droit privé où l'heure est à la recherche de l'équilibre juste des intérêts. Nous sommes convaincus, comme Jossierand et d'autres l'étaient, que la science juridique en droit privé n'est qu'une vaine et creuse prétention si elle refuse d'être au service d'un projet politique. La puissance de l'abus est justement de nous rappeler cette vérité » (nous soulignons). Voir *Ibidem*, p. 3.

¹⁸⁷ Voir *Ibidem*.

¹⁸⁸ En réalité, je suis moi-même convaincu qu'une certaine prévisibilité du droit est nécessaire. Mais tout dépend de ce qui est entendu par sécurité et prévisibilité du droit. S'il s'agit d'une définition qui rejette absolument l'équité de façon quasi dogmatique, je ne trouve pas cela extrêmement intéressant d'un point de vue de la théorie politique. Toutefois, il n'est pas du tout impossible de consacrer l'équité ainsi que la sécurité juridique et la prévisibilité juridique, tant en théorie du droit qu'en théorie politique, comme cela est expliqué au deuxième chapitre.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

V. Le droit formaliste rationnel chez Weber

Il est ici difficile de ne pas faire un parallèle avec le processus de mécanisation et de formalisation du droit démontré par Max Weber dans sa *Sociologie du droit*. Pour Weber, des « circonstances économiques » (capitalistes) ont contribué à formaliser le droit moderne, ce qui s'explique par le fait que « pour les intéressés au marché la rationalisation et la systématisation du droit signifient en général, et sous réserve des restrictions que l'on examinera plus loin, prévisibilité croissante du fonctionnement de la juridiction, une des conditions les plus importantes à l'existence d'entreprises économiques devant fonctionner de façon permanente, plus spécialement des entreprises capitalistes qui ont besoin de la 'sécurité juridique du commerce' »¹⁹⁰. Cela corrobore le fondement de la finalité du positivisme moderne.

Mais Weber, d'une façon absolument éclairante, ajoute que « d'un autre côté, le développement du droit moderne [...] a tendance à favoriser le relâchement du formalisme juridique »¹⁹¹. Ainsi donc, Weber remarque que plusieurs phénomènes de transformation du droit vont de pair avec ce processus de formalisation, comme la spécialisation croissante du droit (p. ex., le droit commercial) créant ainsi des « droits d'exception » qui se distinguent notamment du droit général par leur faible formalisme et sont ainsi gouvernés principalement par des « intérêts matériels »¹⁹². Ce processus de déformalisation du droit (qui n'est que partiel donc) fait reposer des règles de droit sur des éléments non formels comme la « conviction intime » des parties¹⁹³ et a pour mission de faire correspondre le droit (formel) aux attentes (économiques) des acteurs¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Weber, Max. « Les qualités formelles du droit moderne ». In *Sociologie du droit*, édité par Jacques Grosclaude. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, pp. 287-288.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 284-286.

¹⁹³ Cela est dû, dit Weber, car le commerce est une entreprise où la confiance et la loyauté entre les contractants sont fondamentales. Voir *ibidem*, p. 289.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 290. Cela est en cohérence avec le fait que, pour Weber, « il n'existe donc dans le capitalisme aucun facteur décisif favorisant la forme de rationalisation du droit qui [...] est spécifique de l'Occident sur le continent »

Ce formalisme à géométrie variable a bien sûr suscité des résistances comme l'indique Weber, notamment de la part des juristes modernes « réduits à l'interprétation des paragraphes et des contrats, travaillant comme un automate dans lequel on jetterait les faits et frais de justice et qui cracherait le jugement et les motifs [...] »¹⁹⁵. La critique du formalisme prit aussi la forme, comme on peut l'imaginer, d'une critique sociale luttant contre « l'autorité exclusive de la morale commerciale » et réclamant du droit de s'ouvrir à d'autres considérations éthiques, notamment relatives au milieu ouvrier¹⁹⁶. Weber décrit ainsi un processus de rabaissement de la loi comme une simple « normes de décision » au même stade que les « règles en vigueur dans la vie quotidienne indépendamment de tout procès », ce qui correspondrait au postulat du fondement « sociologique » de la jurisprudence¹⁹⁷. Quoiqu'il en soit, cette dévalorisation de la « volonté du législateur », où la loi est réduite à n'être qu'un « simple symptôme »¹⁹⁸ comme le décrit Weber, semble s'accorder à l'interprétation du formalisme de Moïse mentionnée ci-dessus, à savoir le passage de la loi comme commandement à la loi comme gestionnaire (voir *supra*). En opposition à cet « irrationalisme », Weber décrit aussi le retour à la « notion nostalgique » de droit supra-positif (autre que le droit naturel, évacué par le formalisme) visant notamment à déduire de « 'l'être' du droit des critères objectifs », que cela soit au travers de théories néokantiennes ou encore de théories empiriques fondées sur les attentes des personnes intéressées au regard de la « conception moyenne des obligations d'autrui » et agissantes comme normes décisives supralégales devant remplacer des

(par opposition donc au droit anglo-saxon compris par Weber, où la rationalité formelle est plus limitée et assouplie). Voir *ibidem*, pp. 299-300.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 292.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 291. À ce sujet, Weber indique notamment l'exemple de l'article 1^{er} du Code civil suisse, mentionné plus haut, comme un symbole de cette volonté d'ouverture du droit à des principes éthiques. Voir *Ibidem*, p. 292. Cela dit, Weber dira plus loin que « il n'est nullement certain que les classes non privilégiées actuellement, en particulier la classe ouvrière, puissent attendre d'une justice non formelle les résultats que réclame pour elle l'idéologie des juristes ». Voir *Ibidem*, p. 301.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 293.

¹⁹⁸ *Ibidem* p. 294.

concepts « trop vagues » comme l'équité¹⁹⁹. Mais ici encore, sur ce dernier point, l'on retrouve une « rationalisation » fondée sur l'empirie et non sur la loi comme proposition générale s'appliquant à des cas concrets.

Bref, Weber le dit lui-même, tout ceci aboutit à des conceptions « hautement contradictoires »²⁰⁰, et il apparaît assez clairement que malgré toutes ces discussions, ce formalisme rationnel (bien qu'à géométrie variable) demeure « inévitable » et omniprésent aujourd'hui, comme semblait l'avoir prédit Weber²⁰¹.

VI. Remarques conclusives

Ainsi donc se conclut notre histoire (forcément incomplète) de l'équité dans le droit, suivant son évolution diachronique. Partant d'une conception riche de l'*epieikeia* chez Aristote, nous nous sommes arrêtés au positivisme formaliste, marqué par une distinction rigide entre droit tel qu'il est et droit tel qu'il devrait être, et rejetant ainsi *a priori* les considérations éthiques sur le droit (tant substantiellement que méthodologiquement). Cela n'a toutefois pas empêché, comme Weber l'indique, un certain relâchement du formalisme juridique lorsque le droit cherche à s'accorder avec les attentes commerciales des intéressés.

Il apparaît cependant plus généralement que ce tournant positiviste soit partiellement dirigé par un objectif politique, et n'est donc précisément pas la négation de tout *telos* politique du droit. Cela est d'autant plus évident au travers du relâchement partiel du formalisme juridique mentionné par Weber. Ou plutôt, ce refus d'un projet téléologique (politique) du droit a permis, en soi, de

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 294-295.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 295. En effet, Weber ajoute sur ce point que ces mouvements, bien qu'internationaux, étaient surtout présents en France et en Allemagne, et surtout que les nuances les plus « irrationnelles » du droit rejetant la systématisation sont « les produits d'une rationalisation scientifique se retournant contre elle-même ainsi que d'une autocritique implacable ». Voir *ibidem*, pp. 295-296.

²⁰¹ Voir *ibidem*, p. 303.

réorienter le droit vers d'autres fins politiques et morales. Le formalisme est ainsi lui-même un projet politique du droit. Il ne serait pas exagéré que d'indiquer que ce formalisme, manifestement sensible aux intérêts commerciaux, ne se manifeste pourtant pas comme tel justement grâce à ce qui constitue ses concepts centraux : une neutralité morale, une logique déductive, et une certaine application mécanique des règles aux cas concrets. Mais comme nous l'avons dit plus haut, l'équité n'a pas entièrement disparu pour autant. Et c'est justement sur ce point que nous nous étendrons au second chapitre : nous verrons que la réaction du réalisme juridique au positivisme formaliste a permis de mettre en évidence les failles du positivisme et sa promesse intenable d'une supposée neutralité morale, en analysant le rôle du juge et l'irréductibilité de la décision judiciaire. Cet irréductible, que pointent du doigt les réalistes, est précisément selon moi ce que le formalisme n'a pu faire totalement disparaître : l'équité.

Chapitre 2 – Réalisme, droit libre et équité : Retour au projet téléologique du droit

La rationalisation et la « mécanisation » du droit, telle que décrite par Max Weber et résumée au premier chapitre, fut l'objet d'une série de controverses doctrinales sur la nature de la science du droit, mais aussi sur le rôle des juristes plus largement. Une des figures les plus éclatantes de cette opposition à cette formalisation du droit fut certainement Hermann Kantorowicz, meneur parmi d'autres du mouvement franco-allemand du « droit libre ». D'aucuns voient dans ce mouvement les prémices normatives de ce que deviendra le réalisme juridique aux États-Unis. Mais avant que nous analysions cette évolution historique d'un mouvement qui fut plus largement nommé « scepticisme juridique », il nous faut faire le point sur les conditions d'émergence d'un tel mouvement, qui nous mène au début du 20^e siècle en Allemagne.

I. Positivism, science du droit et crise de la modernité

Pour bien saisir l'apparition de mouvements d'opposition à la formalisation et la rationalisation du droit, il nous faut comprendre contre quoi, au juste, il manifestait leur désaccord. Le début du 20^e siècle en Allemagne fut marqué par la coexistence de différentes tendances théoriques, dont l'approche dominante fut le Pandectisme, forme de positivisme²⁰², qui se distinguait comme le pensait Weber par une « ultimate sublimation of a process of rationalization on the foundation of Roman law, and of law itself »²⁰³. Weber concevait en soi que le Pandectisme allait trop loin sur

²⁰² Kirste, Stephan. « The German Tradition of Legal Positivism ». Dans *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, édité par Torben Spaak et Patricia Mindus, 1^{re} éd., Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 109-110.

²⁰³ Dilcher, Gerhard. « The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization ». *Rechtsgeschichte - Legal History* 2016, n° 24 (2016): p. 45.

certain aspects, comme « its classification of law, the highly abstract nature of its concepts, the fiction of a system of law without gaps and the application of deductive logic, based on the formalization of law »²⁰⁴, le tout formant une « exaggerated rationalization »²⁰⁵. Pour Weber toujours, dont la sociologie du droit est une « excroissance » de l'École historique du droit (une école ayant pris la tangente du Pandectisme), « the advantage of the utmost calculability of law is counterbalanced by the danger that a highly rationalized law is no longer pertinent to the irrationality of society, and, concomitantly, to the interests and expectations of those who participate in legal interactions »²⁰⁶. Cela représentait tout particulièrement un problème pour Weber notamment pour ceux qui souhaitaient intégrer des préoccupations « de classe » au droit (voir le premier chapitre). Weber se rapprochait théoriquement davantage de cette École historique du droit, dont la figure de proue n'est autre que Carl Von Savigny, et qui comme son nom l'indique adopte une approche historiciste du droit, non seulement fondée sur le texte de la loi, mais aussi du contexte dans laquelle elle s'insère : ainsi pour Savigny, le droit est unique à chaque peuple, il s'inscrit dans le langage et dans les mœurs et s'intègre pleinement dans la « *Volksleben* »²⁰⁷. Mais ceux dont la pratique du droit est leur occupation quotidienne, les juristes, se chargent de continuer le développement scientifique du droit tout en ayant égard au « *Volksgeist* »²⁰⁸. Le droit est évolutif, tout comme le langage²⁰⁹, et c'est sur ce point que l'école historique ne se rattache pas à l'approche naturaliste du droit, puisque comme le disent Herget et Wallace, « Unlike natural law theory, the historical school did not recognize any fundamental and universal precepts. Law could not be

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 53.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 25.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Herget, James E., and Stephen Wallace. "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism." *Virginia Law Review* 73, no. 2 (1987): p. 405.

deduced in syllogistic form from some immutable first principles »²¹⁰. L'entreprise scientifique de l'école historique n'est donc pas de déterminer l'unique solution logique que le Code dicte pour un cas donné, mais bien de réaliser un effort historique et surtout un effort de systématisation²¹¹. Et c'est en soi « l'une des tâches les plus difficiles » de l'entreprise savignienne que de dégager les « principes dirigeants » du droit et « de saisir à partir de là la cohérence interne et le genre de rapport existant entre tous les concepts et principes juridiques »²¹². Et c'est cela, pour Savigny, « qui confère à notre travail son caractère proprement scientifique »²¹³. « Maîtriser » ces principes dirigeants au travers d'un effort de systématisation, voilà tout l'effort savignien. Il est donc évident que cette École historique du droit fut un changement relativement majeur dans l'approche d'étudier mais aussi plus largement d'approcher le droit, en prenant racine dans le *ius commune* romain mais également dans le droit particulier germano-allemand, et en réfutant la légitimité du droit du législateur considéré comme inorganique et arbitraire²¹⁴.

Ce terreau théorique alla progressivement aboutir à des oppositions plus frontales à la rationalisation et la systématisation du droit, comme ce fut le cas avec la doctrine du droit libre²¹⁵. Des juristes comme Hermann Kantorowicz semblaient ne plus se sentir confortables théoriquement avec les approches dominantes évoquées ci-dessus, provoquant chez eux une certaine frustration et un souhait de repenser la place de la rationalité dans le droit, voire de reconsidérer sa place tout court. Cet élan se place aussi dans un contexte plus large que celui de la théorie du droit, où les

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Jouanjan, Olivier. « Science juridique et codification en Allemagne, 1850-1900 », *Droits* 27 (1998): p. 71.

²¹² von Savigny, Friedrich Carl. *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*. Édité par Alfred Dufour, Presses universitaires de France, 2015, p. 60.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Dilcher, *op. cit.*, p. 26. Pour un aperçu plus complet de l'École historique du droit telle qu'initée par Savigny et consorts, voir *ibidem*, pp. 20 et suivantes. De plus, Kirste classe l'école historique comme une autre forme de positivisme notamment car elle souscrivait également à la doctrine de la séparation. Voir Kirste, *op. cit.*, p. 110.

²¹⁵ Dilcher, *op. cit.*, p. 53.

« juristes libres » semblaient réagir en soi à la crise de la modernité du tournant du siècle²¹⁶. Cette perception d'une crise de la modernité fut engendrée, selon Schmidt, par différents phénomènes sociaux, politiques et économiques s'étant intensifiés au début du 20^e siècle comme : « industrialization, advances in technology, transportation, and communication, population growth, and urbanization as well as the ethnic, cultural, and religious diversification of society »²¹⁷. Ces phénomènes « all demanded the dynamic intervention of an increasingly proactive legislator »²¹⁸. Schmidt rattache aussi cette crise de la modernité comme un produit de l'incertitude philosophique existante à cette époque issue du nihilisme nietzschéen²¹⁹. Mais quelle est donc cette réponse à cette crise de la modernité par les défenseurs de la théorie du « droit libre » ? En quoi se distinguent-ils des pandectistes ou de l'École historique du droit, voire du positivisme plus largement ? Voici ce qui nous occupera pour la prochaine section.

II. Droit libre et anti-formalisme : l'impulsion d'Hermann Kantorowicz

Pour comprendre le mouvement du « droit libre » comme un certain mouvement contestataire, il faut aller voir le Manifeste écrit sous pseudonyme par Hermann Kantorowicz en 1906, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*²²⁰. Kantorowicz ouvre son manifeste de la façon la plus éclatante possible au travers d'une projection de l'image idéale du juriste de son temps, teintée de sarcasme : « a higher civil servant with academic training, he sits in his cell, armed only with a thinking machine, certainly one of the finest kinds. The cell's only furnishing is a green table on which the

²¹⁶ Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to "Life," 1903–1933 ». *German Studies Review* 39, n° 1 (2016): p. 130.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Flavius, Gnavius (Hermann Kantorowicz). « The Battle for Legal Science ». *German Law Journal* 12, n° 11 (1 novembre 2011): 2005–30.

State Code lies before him. Present him with any kind of situation, real or imaginary, and with the help of pure logical operations and a secret technique understood only by him, he is, as is demanded by his duty, able to deduce the decision in the legal code predetermined by the legislature with absolute precision »²²¹ (nous soulignons). Contre cette image idéalisée du juriste, Kantorowicz oppose une nouvelle conception du juriste, du juge, et donc du droit, fondée sur un prétendu retour au droit naturel²²². Comme nous le verrons, et contrairement à l'appellation donnée par Kantorowicz, le mouvement du droit libre n'est pas réellement un retour à une doctrine du droit naturel comme on pouvait le retrouver, par exemple, chez Hobbes (voir le premier chapitre). Il s'agit d'une reformulation profonde du positivisme, appliquant des approches empiriques, mais qui ne se séparent pas frontalement de son fondement positiviste²²³. Et en ce sens, Kantorowicz invoque le droit naturel comme un type particulier de « droit libre », comme une partie de sa théorie, et non comme le fondement de celle-ci, qui reste donc cette idée de « droit libre »²²⁴. En fait, ce contre quoi se battait féroce­ment Kantorowicz était l'idée qu'il ne pouvait pas exister de droit en dehors des lois, ou plus précisément, en dehors de ce que l'état reconnaît comme étant du *droit*²²⁵. Ainsi donc, « propositions that [...] cannot be statutory law must be law, and therefore must be free law »²²⁶. Il est parfois peu clair de déterminer exactement ce qu'est le droit libre, et je pense qu'il s'agit sans doute de l'intention de Kantorowicz, en ce qu'il se définit d'abord par la négative. Ce qui semble toutefois très clair, c'est que le droit libre de Kantorowicz demeure séparé de la « morale », ce qui confirme que ce mouvement demeure dans une lignée positiviste fondée

²²¹ *Ibidem*, p. 2006.

²²² *Ibidem*, p. 2007.

²²³ Kirste parle plutôt d'un positivisme sociologique, où la doctrine de la séparation droit-éthique demeure en soi établie. Voir Kirste, *op. cit.*, pp. 111-112.

²²⁴ Flavius, Gnavius, *op. cit.*, p. 2008.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Ibidem*, p. 2009.

sur la doctrine de la distinction, comme mentionné ci-dessus²²⁷. Kantorowicz tente de préciser légèrement cette idée du droit en dehors de la loi, et indique qu'il existe sous deux formes, à savoir « individual law and community law, according to which an individual accepts a legal proposition on the basis of either his own convictions or those of a community »²²⁸. On retrouve donc ici l'idée de retrouver une certaine connexion entre le droit et la culture, d'où l'idée d'une approche sociologique du droit²²⁹, et d'une certaine familiarité entre le peuple et son droit²³⁰ qui *ipso facto* le connaît. Il ajoute que tout droit libre ne devient pas forcément une loi, mais que toute loi émane d'une façon ou d'une autre du droit libre²³¹ : autrement dit, le droit libre englobe – ou précède – tout droit positif formel.

De cela en découle que le droit positif formel – tel que moulé dans le Code civil – ne saurait fondamentalement être complet²³², en ce qu'il ne contient pas en un livre toute la complexité et la richesse du droit libre. Pour cela, le code doit être complété par le droit libre, et ses lacunes doivent

²²⁷ *Ibidem*. Cela étant dit, la pensée de Kantorowicz propose une conception très large du droit, qui dépasse clairement la loi, et qui tend à également se tourner vers les « societal norms or interests », là où la séparation chez Kelsen semble plus « stricte ». Dès lors, quand bien même les deux maintiennent la doctrine de la distinction, la frontière ne semble pas placée exactement au même endroit. Voir Giltaij, Jacob. « Hermann Kantorowicz and Hans Kelsen: From Debating Legal Sociology to Constructing an International Legal Order ». *History of European Ideas* 48, n° 1 (2 janvier 2022): p. 121.

²²⁸ Flavius, Gnavius (Hermann Kantorowicz), *op. cit.*, p. 2009.

²²⁹ Voir Dilcher, *op. cit.*, p. 54.

²³⁰ Flavius, Gnavius, *op. cit.*, p. 2010. Il semble que parfois chez Kantorowicz, ses exemples les plus romancés sont les plus clairs : « Who could imagine a traveler in a strange land making himself familiar with the language, history, art, folk traditions, simply by opening his civil statutory code? No one! They all live according to free law, according to what strikes the bylaws of their particular domain or their individual judgment not as arbitrary, not as convenient, but as law ». Voir *Ibidem*.

²³¹ *Ibidem*.

²³² L'enjeu de la reconnaissance du caractère lacunaire du droit positif est en soi la première véritable lutte des juristes du mouvement du droit positif, en ce qu'ils voient dans la négation des lacunes dans le droit par les positivistes formels une doctrine qui « enabled judges to covertly infuse their decisions with subjective value judgments, which—given the conservative, bureaucratic, and regime-loyal nature of the Imperial German judiciary—was at odds with free lawyers' political and ideological commitments ». Pour les juristes libres, les juges doivent reconnaître l'usage de leur discrétion dans leur jugement plutôt que de le cacher derrière un droit formel offrant une réponse claire à chaque cas, ce qui à terme ébranle la certitude et la prévisibilité juridique. Voir Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933. », *op. cit.*, p. 127.

être comblées²³³. Mais comme le dit Kantorowicz, combler ses lacunes n'est pas qu'un simple exercice d'interprétation du code²³⁴ car, encore une fois, le droit libre dépasse le code. Ainsi, « Free legal determination is where it discovers community law and brings it to application; it rises to free legal creation where it produces individual law and gives it worth »²³⁵. Pour arriver à mettre en application un tel droit libre, Kantorowicz indique assez logiquement que le droit doit être associé à d'autres disciplines, comme la psychologie ou les sciences sociales²³⁶. Ce tournant empirique s'inscrit en effet plus largement dans cette crise de la modernité, où les « conventional sources of normative guidance » ont disparu et sont remplacés par « a turn to "authenticity," "contemporaneity," and, ultimately, "life" itself »²³⁷.

Sans doute, la partie qui nous intéresse le plus est bien sûr la figure centrale du juge dans la théorie du « droit libre », qui est celui chargé de combler les lacunes inhérentes du code, et de faire acte de création à cet égard²³⁸. Kantorowicz termine enfin son exposé en indiquant très clairement que son

²³³ Flavius, Gnavius, *op. cit.*, p. 2010. À ce sujet, Herget et Wallace rappellent de façon très éclairante les positions de chaque école au sujet des lacunes du droit : pour l'école naturaliste, les lacunes dans le droit existent et doivent être comblées au moyen du droit naturel ; pour les « positivistes », il n'y a pas de lacunes et le droit positif (entendu la loi comme unique source de droit) trouve toujours une solution à un problème de droit, notamment au moyen de l'interprétation des règles et de déduction logique ; pour l'école historique du droit, des lacunes existent et doivent être réglées au travers d'une analyse plus approfondie du système du droit et de ses concepts généraux, voire en se référant au sens « organique » du droit et au « volksgeist » ; enfin, pour le mouvement du droit libre, le droit a ses lacunes et elles doivent être comblées en cherchant « librement » une solution créative à la situation (Gény), même si parfois, aucune solution ne pourra être trouvée à un problème juridique (Kantorowicz), signifiant donc que le droit libre, tout comme le droit positif formel, ne peut pas tout et demeure lui aussi indéterminé. Voir Herget et Wallace, *op. cit.*, pp. 403-413. Cette affirmation semble en effet se retrouver chez Kantorowicz, qui indique que le droit libre, tout comme le droit positif formel d'ailleurs, ne peut être complet en soi, et que certains cas n'auront pas de solutions juridiques, même suivant le droit libre, car le contraire serait de la « mégalomanie judiciaire ». Voir Flavius, Gnavius, *op. cit.*, pp. 2011-2012.

²³⁴ Flavius, Gnavius, *op. cit.*, p. 2011.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 2013-2014.

²³⁶ *Ibidem*, p. 2021. Voir aussi Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933. », *op. cit.*, p. 127.

²³⁷ Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933. », *op. cit.*, p. 131.

²³⁸ Kantorowicz indique : « So too will come the time when a jurist need not bear down upon the code with fictions and interpretations and constructions in order to extract a ruling that his own will, now awakened to individual life, could find ». Voir Flavius, Gnavius, *op. cit.*, p. 2029.

projet anti-formaliste est avant tout un projet téléologique du droit, un droit visant la « justice »²³⁹.

C'est donc un rejet assez fondamental de la connexion entre droit et état, pour aller chercher dans le droit libre autre chose, qui est du droit, mais pas la loi²⁴⁰.

Ce « projet » de droit libre, qui avait vocation à devenir un mouvement à la fois théorique mais aussi et avant tout pratique, pourrait faire frissonner un juriste formé au croisement du positivisme formaliste et d'une approche systématique savignienne. Mais outre les réponses données par Kantorowicz en avance aux critiques somme toute classiques contre cette approche radicale (comme sur la sécurité du droit, l'impartialité)²⁴¹, il fait une remarque que je pense de la plus haute importance dans la conclusion de son manifeste, à savoir qu'il laisse entendre que cette reconnaissance ontologique et cette pratique du droit libre ne doit pas se faire au prix d'abus, et

²³⁹ Toujours suivant un certain lyrisme particulièrement chatoyant, Kantorowicz indique : « Only where the narrow canon of a few paragraphs is burst open and free law's abundance imparts the opportunity to provide every case with its appropriate ruling, is there justice. Only where there is freedom is there justice. Only where, instead of a barren thistle, a creative will gives rise to new thought, only where there is personality, is there justice. Only where a forward-directed glance from the book to life measures an action's distant consequences and requirements, only where there is wisdom, is there justice ». Voir *ibidem*, p. 2028.

²⁴⁰ Sur ce point justement, Kantorowicz s'est attiré de nombreuses critiques, comme de la part (évidemment) de Hans Kelsen qui d'une part indiquait que « even the most hard-core Pandektist would not dispute that the wording of a law (Gesetz) should be interpreted according to the societal purpose of that law by a judge », mais surtout s'insurgeait contre le fait que le droit libre semblait couper le lien entre « legal order and judicial decision, because it may lead to arbitrariness beyond the scope of the law ». Voir Giltaij, *op. cit.*, p. 115. Je rejoins Jacob Giltaij lorsqu'il indique que Kelsen ne semblait saisir entièrement l'ampleur de la césure ontologique que proposait Kantorowicz, qui proposait « not only unintentionally severing the logical bond, but actually aiming to do so, placing the judge's authority on the same footing of – if not higher than – that of the legislator ». Voir *ibidem*. Au vu de cela, la première critique de Kelsen est inopérante face au projet de Kantorowicz, car il s'agit d'autre chose que d'une référence à la loi, et la seconde critique est en effet précisément ce que Kantorowicz cherchait à faire, à savoir couper le lien entre droit et état (pour ne plus se référer uniquement à la loi, mais aussi au droit libre) et de laisser une plus grande liberté de décision aux juges en dehors de ce que la loi prévoit uniquement. Par ailleurs sur la critique du risque de partialité des juges qu'offre la théorie du droit libre, voir la réponse apportée par Kantorowicz qui indique que l'impartialité est un objectif qui n'est jamais atteint même dans la conception positiviste classique du droit en ce que la personnalité des juges influence déjà les décisions judiciaires, voire que le droit libre répond à la partialité des juges qui provient de leur ignorance des faits sociaux et de leurs préjugés de classe. Voir Flavius, Gnavius, *op. cit.*, pp. 2026-2028.

²⁴¹ Voir Flavius, Gnavius, *op. cit.*, pp. 2025-2026. Schmidt indique « Contrary to their reputation the free lawyers cared deeply about certainty and predictability ». Voir Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933. », *op. cit.*, p. 127.

donc doit se faire dans un système juridique qui est « mature »²⁴². Si l'on extrapole cette remarque de Kantorowicz, cela n'est pas sans rejoindre une conception de l'équité comme s'inscrivant dans un système de droit qui ne peut être tyrannique²⁴³ (nous y reviendrons ci-dessous).

Peut-on, au vu de cela, qualifier l'impulsion radicale de Kantorowicz (si louable soit-elle) comme une simple volonté de redécouvrir l'équité et sa pratique qui fut oblitérée par le débat positiviste et la doctrine de la séparation entre droit et éthique ? Nous le pensons. En effet, les remarques formulées par Kantorowicz, surtout au sujet des lacunes du Code exposées ci-dessus et des liens (abscons) avec le droit naturel, nous ramènent quoiqu'indirectement à la conception de l'équité chez Aristote ou même chez Kant. Leurs postulats ontologiques du droit diffèrent tous avec amplitude, mais l'intuition demeure finalement la même : le législateur ne peut pas tout, il n'est pas absolu, et il est parfois nécessaire de regarder au-delà de la lettre de la loi pour régler un problème de droit. Cela m'apparaît de façon encore plus évidente au regard du projet ouvertement téléologique et pragmatique du droit de Kantorowicz au regard du « juste »²⁴⁴, et de la conception aristotélicienne de l'équité et de la justice plus largement. Il n'est pas étonnant en ce sens que les juristes libres faisaient largement référence à l'article 1^{er}, §2 du Code civil suisse²⁴⁵ qui rappelle la

²⁴² Kantorowicz indique : « And yet we are the last that want to recognize nothing but abuse in centuries' worth of practice. Rather, if one looks to the two great nation-states, the Romans and the British, one recognizes the relative preference given to juristic dogmatism and its attendant ills, unknown to both nations. For it is a means, albeit crude, of imposing a stumbling block upon so-called reckless innovation in the deliberations of judicature. Only when the political culture of the judiciary was of high enough status to never allow the conservative factor in those deliberations to be cheated, did it not require that means. Yet our judiciary is plenty mature enough now to do without those old apron springs, and far more mature than the majority of those political hacks masquerading as legislators ». Voir Flavius, Gnavius, *op. cit.*, p. 2028.

²⁴³ Sur ce point, voir notre description de l'équité chez Aristote au premier chapitre.

²⁴⁴ En effet, comme Schmidt l'indique « As an alternative to conventional approaches they proposed a turn to overt judicial law creation in cases where the law was incomplete or ambiguous as well as in cases where its application would have led to results that were incompatible with social reality or equitable judicial sentiment » (nous soulignons). Voir Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933. », *op. cit.*, p. 127.

²⁴⁵ *Ibidem*.

conception aristotélicienne de l'équité (voir *supra*, premier chapitre). Et il n'est pas non plus surprenant que Roscoe Pound, que nous analysons plus loin, nommât le mouvement du droit libre « equitable school » par opposition aux écoles analytiques et historiques vues plus haut²⁴⁶.

Avant de nous tourner vers les réalistes, il est nécessaire de rappeler que le mouvement du droit libre ne fut pas uniquement un projet germano-allemand, mais que des mouvements anti-formalistes existaient également en France, notamment sous l'impulsion de son représentant François Géný²⁴⁷. Les préoccupations des mouvements anti-formalistes en France sont proches de celles du droit libre en Allemagne. En effet, ce rejet du formalisme s'accompagnait de l'idée que « non seulement le droit ne pouvait être isolé de la vie sociale, mais était même un facteur puissant de progrès économique » et que cette « redécouverte du social » devait se faire au moyen de la jurisprudence²⁴⁸. On y trouve aussi une mise en avant du rôle du juge dont la jurisprudence est un « droit vivant », ainsi qu'un certain relativisme juridique où la règle de droit est « variable et changeante » et où c'est aux juristes de déterminer « quelle règle s'adapte à la structure d'une société donnée »²⁴⁹. C'est à la conjonction de ces deux éléments, nous dit Herrera, que certains principes se sont développés comme « l'abus de droit » qui, selon Josserand, « s'inscrit dans le processus d'humanisation du droit, cette tendance "sociale et moralisatrice" où souffle

²⁴⁶ Herget et Wallace, *op. cit.*, p. 423. L'école analytique correspond à l'école positiviste chez Pound, selon Herget et Wallace, qui utilisent les deux adjectifs indistinctement. Voir *ibidem*, p. 419.

²⁴⁷ Herrera, Carlos Miguel. « Anti-formalisme et politique dans la doctrine juridique sous la IIIe République ». *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle* 29, n° 1 (2011): p. 148. Herrera indique que pour Géný, « le droit est un mécanisme qui tournerait à vide s'il n'était pas approvisionné de manière constante par la substance économique ». Par ailleurs, Kantorowicz lui-même mentionne Géný comme un des développeurs du mouvement du droit libre en France. Voir Kantorowicz, Hermann. « Some Rationalism about Realism ». *The Yale Law Journal* 43, no. 8 (1934): p. 1241.

²⁴⁸ Kantorowicz, « Some Rationalism about Realism », *op. cit.*, p. 145.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 152.

l'équité »²⁵⁰. Cette observation nous renforce dans nos propos du premier chapitre, où nous disions qu'un concept comme « l'abus de droit » pouvait être interprété comme une traduction d'une pratique de l'équité oblitérée par le positivisme juridique moderne. Et il semble qu'ici aussi, la méthodologie du droit change dramatiquement, comme sous le mouvement du « droit libre », pour se tourner davantage vers des méthodes empiriques issues de la sociologie, qui s'imposeraient au droit selon Glasson « du moment où les vieilles notions d'équité et de loi naturelle ne peuvent plus répondre ‘à tous les besoins qu'éprouve, à tous les problèmes que soulève notre état social compliqué’ »²⁵¹ (nous soulignons).

Précisons enfin que le mouvement anti-formaliste en France semble avoir été au moins partiellement influencé par des considérations idéologiques, qui dépassent amplement le domaine de la théorie du droit et qui tendent vers des projets socialistes²⁵², même si ces relations entre méthodologie et idéologie ne faisaient pas l'unanimité parmi les tenants du courant anti-formaliste (comme la critique de Gény de la doctrine « socialiste » de Lévy²⁵³), et furent parfois combattues en vue d'une distinction entre « sociologie et socialisme »²⁵⁴.

Le mouvement anti-formaliste français, si hétérogène soit-il²⁵⁵ notamment au regard de sa relation avec l'idéologie socialiste, a eu le don lui aussi de vouloir reconnecter le droit aux « faits sociaux » d'abord pour régler la critique de l'économicisme du droit évoquée chez Gény, ainsi que pour le rendre plus proche des préoccupations sociales de son temps. Le projet politique de certains juristes anti-formalistes semblait aller plus loin qu'un simple mouvement scientifique, et une partie de ce

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ Glasson, cité par Herrera, *op. cit.*, p. 154. Selon Herrera, Glasson faisait déjà cette remarque avant la « rénovation » des universités en France. Voir *ibidem*.

²⁵² Cela apparaît clairement de l'article d'Herrera, dont les considérations susmentionnées se rattachent à des considérations liées au droit de propriété, au capital, etc. Voir *ibidem*, pp. 148-154.

²⁵³ *Ibidem*, p. 157.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 155.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 147.

mouvement allait donc plus loin qu'une simple volonté de lutter contre le positivisme et sa rigidité. La partie la plus radicale de ce mouvement ne s'attarde pas à simplement faire revivre une certaine pratique de l'équité. Mais force est de constater qu'encore une fois, l'intuition est la même que celle décrite plus haut pour le « droit libre ». Ce mouvement consiste donc en une lutte contre le positivisme, trop strict et déconnecté de son contexte d'application et, surtout, vidé de tout projet téléologique.

Toutefois, dans le droit libre et l'anti-formalisme français, l'équité (dans son acception prépositive et donc d'avant la rationalisation et l'artificialisation complète du droit) est largement dépassée, en ce que l'équité se rattache inévitablement à la loi (comme chez Aristote). Si l'on devait y faire un parallèle, il serait raisonnable de dire que là où l'équité chez Aristote demande au juge de décider comme s'il était le législateur dans un cas que ce dernier n'avait pas prévu, les juristes du droit libre et de l'anti-formalisme français demandent au juge de *prendre la place* du législateur tout court²⁵⁶. Mais l'on peut considérer cette idée comme une reformulation de l'équité, plus politique et plus radicale certes, mais dont l'essence d'une correction de la loi fondée sur une certaine conception de la justice demeure.

D'aucuns ont vu dans ces mouvements (tout particulièrement le mouvement du « droit libre ») les prémices des mouvements réalistes qui se sont développés peu après aux États-Unis. Il nous faut donc analyser la pertinence d'une telle filiation, et surtout étudier la place que tiendrait encore l'équité au sein du réalisme.

²⁵⁶ En ce sens pour les rénovateurs français, voir Herrera, *op. cit.*, p. 151.

III. « Legal Realism » et équité : Origines et conséquences contemporaines

La filiation entre le mouvement du droit libre et le réalisme issue des facultés de droit américaines semble avoir fait l'objet de nombreux débats, surtout quant à savoir si le premier a en effet donné naissance au second, ou si les deux mouvements partageaient simplement des préoccupations communes²⁵⁷. Ce qui est certain, c'est que le réalisme américain se développa en réaction à une crise perçue de la modernité, tout comme le mouvement du « droit libre » (voir *supra*), ce qui força « legal and political theory to engage with questions as to the proper role of the judge in modern democratic society » et qui fut donc le point de départ tant des juristes libres que des réalistes²⁵⁸. Toutefois, si les deux mouvements partagent un même contexte d'apparition et initialement un parcours similaire, il est exagéré d'indiquer que les deux mouvements ont suivi des chemins parfaitement parallèles tout au long de leur évolution²⁵⁹. En fait, et pour ne mentionner que cet exemple, Kantorowicz lui-même fut d'abord relativement enthousiaste à propos du développement du réalisme américain²⁶⁰ pour ensuite changer radicalement d'opinion quelques années plus tard lorsqu'il publia son article *Some Rationalism about Realism*²⁶¹ qui sonna le glas de la sympathie

²⁵⁷ Sur ce point, voir Herget et Wallace, *op. cit.*, p. 432 et suivantes. Voir aussi Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933. », *op. cit.*, p. 129.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 130. Selon Schmidt, les deux mouvements étaient des exemples de la « jurisprudence of life. Voir *ibidem*, p. 138.

²⁵⁹ Voir Herget et Wallace, *op. cit.*, pp. 437 et suivantes. Herget et Wallace notent par exemple que les deux mouvements s'inscrivaient dans des ordres juridiques de nature différente, ou sur la liberté de décision du juge que « for the most part the free law scholars praised and encouraged this freedom, whereas the realists feared it as a nondemocratic exercise of political power ». Voir *ibidem*, p. 438.

²⁶⁰ Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 ». *Law and History Review* 41, n° 1 (février 2023): pp. 98-101.

²⁶¹ Kantorowicz. « Some Rationalism about Realism ». *The Yale Law Journal* 43, no. 8 (1934): 1240–53. <https://doi.org/10.2307/791529>.

de Kantorowicz pour le réalisme juridique américain et critiqua lourdement les évolutions récentes de celui-ci²⁶².

Dès lors, il nous faut voir par quelle approche le réalisme juridique américain se distingue dans le domaine de la théorie du droit, et *a fortiori* par rapport au mouvement du droit libre, et surtout (pour ce qui nous intéresse) quelle place il réserve à l'équité dans sa théorie judiciaire.

Pour y répondre, il nous fait repartir de O.W. Holmes Jr. dont on peut considérer qu'il fut le précurseur du mouvement réaliste avec d'autres, comme Roscoe Pound (voir *infra*). Holmes offre une approche pragmatique de l'étude du droit, en ce que la place de la loi dans sa théorie n'est pas aussi centrale que chez les positivistes formels. Holmes indique que « the primary rights and duties with which jurisprudence busies itself again are nothing but prophecies »²⁶³, et donc que « legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court ; - and so of a legal right »²⁶⁴. Autrement dit, une obligation de droit est pertinente au regard des conséquences prévisibles que sa transgression engendre devant un juge. En ce sens, Holmes indique que le droit ne doit pas se confondre avec la moralité, en ce que le premier ne s'intéresse pas à cette dernière puisque seul le droit conduit à des conséquences matérielles susceptibles de régler le comportement humain ; la moralité ne conduit

²⁶² Comme l'indique Schmidt, « Kantorowicz attributed to the realists the view that law "is not a body of rules but of facts," furthermore that legal science is "empirical" rather than "rational." Kantorowicz summarily dismissed both positions as "exaggerations of the truth," calling on the realists to abandon their "radical views" and to confine themselves to their more "moderate doctrines" ». Voir Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933. », *op. cit.*, p. 129. Pour une analyse plus approfondie de la critique de Kantorowicz sur le réalisme, voir Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 », *op. cit.*, pp. 101 et suivantes. Schmidt y défend notamment que Kantorowicz « not only misrepresented the realists, he may also have misunderstood them ». Voir *ibidem*, p. 112.

²⁶³ Holmes, Oliver Wendell Jr. « The path of the law ». *Harvard Law Review* 110, n° 5 (1997): p. 458.

²⁶⁴ *Ibidem*.

qu'à des « sanctions of conscience » qui n'ont pas d'influence sur la pratique du droit²⁶⁵. Outre un projet du droit radicalement différent, on retrouve ici l'élément de contrainte et de législation extérieure/intérieure qui nous avons perçu chez Kant : la ligne de séparation entre droit et éthique semble placée à un endroit similaire. Holmes ajoute que ne pas reconnaître cette distinction ne fait qu'ajouter de la confusion dans le droit²⁶⁶. Pourtant, il semble y avoir une inflexion de la part de Holmes sur la relation du droit avec la moralité, en ce qu'il dit que « the law, if not a part of morality, is limited by it »²⁶⁷, c'est-à-dire que si le droit ne s'occupe pas de l'éthique dans son système, il doit y être attentif au risque de ne pas être *capable* de mettre en application une loi qui est perçue par les justiciables comme profondément injuste. Il est utile de préciser que Holmes, juriste américain, se prononce sur la *common law* et ne s'intéresse que peu à la pratique de l'*Equity* (au sens du corpus artificiel de droit vu au premier chapitre), principalement en ce que cela ne correspond pas à sa définition du droit comme prophétie ou prédiction²⁶⁸. Holmes proposait aussi singulièrement de bannir du droit tout mot ayant une connotation morale afin d'éviter cette confusion entre droit et morale²⁶⁹.

Un autre élément important dans la théorie du droit de Holmes est le danger qu'il perçoit à voir le droit comme un système qui « can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct »²⁷⁰. Ainsi donc, le droit ne peut faire l'objet d'une simple opération de déduction, et de

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 459. Holmes dit clairement « You can see very plainly that a bad man has as much reason as a good one for wishing to avoid an encounter with the public force, and therefore you can see the practical importance of the distinction between morality and law. A man who cares nothing for an ethical rule which is believed and practised by his neighbors is likely nevertheless to care a good deal to avoid being made to pay money, and will want to keep out of jail if he can ».

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 460.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Voir *ibidem*, pp. 462-463.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 464.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 465.

ce fait, « certainty generally is illusion »²⁷¹. La décision judiciaire n'est ainsi pas un pur produit de la logique, que l'on déduirait soit de la loi, de principes dirigeants ou encore du droit naturel, mais le jugement est une pratique à la fois inarticulée et inconsciente²⁷². Un juge se « cache » donc derrière une prétendue logique, alors qu'en *réalité* il n'en est rien, et ce qu'il cache derrière cette logique est justement des croyances, des préférences ou des opinions²⁷³. Mais cette réalité n'est justement pas reconnue par les juges selon Holmes, ce qui laisse les jugements toujours aussi inarticulés, et demande donc que les juges prennent conscience du fonctionnement de leur propre pratique et ainsi se questionnent sur les préférences ou croyances qu'ils expriment au travers d'une prétendue logique judiciaire²⁷⁴. Cela est particulièrement le cas lorsque des juges appliquent la Constitution, dont ils en déduisent des principes de droit, mais dont la justification provient davantage de doctrines issues de la sphère non juridique (comme l'économie) exprimées au travers des décisions des juges²⁷⁵. D'où l'importance chez Holmes d'étudier le droit aussi sous une conception historiciste, afin de comprendre ce qui a pu influencer la construction et la compréhension d'une règle généralement admise dans le droit²⁷⁶.

On le comprend, l'analyse que nous propose Holmes a le mérite de « révéler » la véritable pratique judiciaire, et de remettre en cause *a fortiori* ce qui mène un juge à décider d'une façon ou d'une autre, en ce que clairement cela ne saurait se résumer à un acte de déduction logique, et que cela « cache » souvent des raisons autres que juridiques (opinions, préférences, etc.). Mais révéler les

²⁷¹ *Ibidem*, p. 466.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 467.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 467-468.

²⁷⁶ Donc étudier la tradition pour Holmes. *Ibidem*, p. 469. Pour ce faire, Holmes indique une méthode : « The means of doing that are, in the first place, to follow the existing body of dogma into its highest generalizations by the help of jurisprudence; next, to discover from history how it has come to be what it is; and, finally, so far as you can, to consider the ends which the several rules seek to accomplish, the reasons why those ends are desired, what is given up to gain them, and whether they are worth the price ». Voir *ibidem*, p. 476.

raisons sous-jacentes d'un jugement (extrajuridiques donc) ne doit pas conduire le juge à les exprimer expressément dans sa décision puisqu'à nouveau, les préférences et les opinions ne doivent pas être mobilisées dans le jugement. Il faut au contraire, selon Holmes, se référer à une approche historiciste du droit (à la « tradition »)²⁷⁷. Holmes rend cela parfaitement clair dans son opinion dissidente de l'arrêt *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) de la Cour Suprême des États-Unis lorsqu'il indique « General propositions do not decide concrete cases »²⁷⁸.

La place de l'équité chez Holmes est pour le moins réduite si ce n'est inexistante puisqu'il s'oppose à ce que le droit puisse directement se fonder sur des préférences ou des conceptions éthiques. De plus, il semble que cela soit une notion qui ne fut pas réellement étudiée par Holmes (ce qui fait bien sûr sens au regard de son approche du droit) puisque même dans son article *Early English Equity*, il ne se focalise pas sur la dimension de l'équité entendue comme *epieikeia* ou *aequitas* mais plutôt sur le droit issu des décisions de la « Court of Chancery »²⁷⁹. Au regard du rôle de l'équité dans le processus de décision judiciaire donc, il semble que l'approche de Holmes soit ambivalente : tout en reconnaissant l'importance de revoir en profondeur la théorie de la décision judiciaire pour sortir du mythe logique vers une conception plus prédictiviste du droit où le juge a une influence importante sur la décision judiciaire suivant ses croyances, préférences et opinions, Holmes ne produit pas réellement de contre-narratif et se limite à son exposition de la pratique judiciaire. Mais ce faisant, Holmes indique très clairement les limites d'une mécanisation du droit et pointe justement vers ce qui fait le cœur d'une décision judiciaire : une œuvre personnelle du juge, que la mécanisation du droit combat, mais dont il demeure tout de même cet irréductible de la décision judiciaire, que l'on peut nommer équité.

²⁷⁷ Voir Holmes, « The path of the law », *op. cit.*, p. 469. Voir aussi U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

²⁷⁸ Voir U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

²⁷⁹ Voir Holmes, O. W. Jr. « Early English Equity », *Law Quarterly Review* 1, no. 2 (1885): p. 162.

Les réalistes américains vont par la suite s'inspirer des propos de Holmes, mais tout en portant son analyse plus en profondeur. Jerome Frank se rapproche fondamentalement des intuitions holmesiennes, et met d'abord l'accent sur le décalage entre le langage utilisé dans le droit et le langage « commun », en ce que le premier paraît aux non-juristes comme artificiel et malhonnête²⁸⁰. Il insiste également sur le fait que toute personne a une rationalité limitée et est donc soumise à des biais et préjugés dans son mode de fonctionnement²⁸¹. Les juges ne font pas exception à cette observation, même si toute personne souhaite renier cette réalité et paraître au monde comme rationnelle, au travers d'un processus de rationalisation²⁸². Toutefois, malgré cette réalité, Frank nous dit que le droit est bien sûr fondé sur des principes de sécurité et de certitude juridiques, ce qui est contradictoire avec cet état de fait de rationalité limitée et faisant ainsi de la certitude juridique un idéal inatteignable, un mythe²⁸³. Frank lutte donc contre le narratif déductif du droit, où la loi préexiste la décision judiciaire, et propose de plutôt considérer le « judge-made law » comme un véritable phénomène, ce que la majorité des juristes reniait selon lui²⁸⁴. Dès lors, tout comme Holmes avant lui, il perçoit la pratique juridique comme centrée autour de prophéties, ou des prédictions, de ce que la décision du juge pourrait être, et où le droit est donc indéterminé²⁸⁵ : le juge ne décide pas de façon mécanique, en déduisant une conclusion des règles en vigueur et des faits du jugement, mais il décide dans le sens inverse en commençant par la conclusion à laquelle

²⁸⁰ Frank, Jerome. *The Law and the Modern Mind*, London: Stevens & Sons Limited, 1949, p. 26.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 29.

²⁸² *Ibidem*, p. 30.

²⁸³ *Ibidem*, p. 31 et p. 34. Jerome Frank considère même que la certitude juridique est un idéal peu pertinent, en ce que la plupart des personnes agissent sans vraiment s'intéresser aux conséquences légales de leur comportement, mais que ce mythe est conservé vivant par une croyance dans le monde juridique qu'il faut maintenir ce mythe auprès des non-juristes et ainsi, en quelque sorte, omettre la vérité. Voir *ibidem*, pp. 35-36.

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 32-33.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 46-47.

il souhaite parvenir²⁸⁶ et en remontant ensuite en arrière afin de donner à cette conclusion un semblant de déduction logique. Et cette conclusion à laquelle le juge souhaite parvenir lui est dictée par un « hunch », une intuition de ce qui est *juste* à décider dans le cas devant lui²⁸⁷. Ici donc, tout comme chez Holmes, on retrouve l'importance des croyances et des opinions du juge dans sa détermination d'un cas précis. Ces « hunch » ou intuitions parviennent aux juges suivant diverses causes : cela peut être tout simplement les lois et les principes de droit auxquels les juges sont en principe tenus, mais de façon plus empirique ou sociologique, il peut aussi s'agir des préjugés politiques, économiques et moraux d'un juge issus de plusieurs facteurs comme son éducation, son habitus, ses traits individuels, etc.²⁸⁸. Mais Frank va encore plus loin : ces préjugés limitant forcément la rationalité du juge n'ont pas que des effets au moment de prendre une décision et d'arriver à une conclusion qu'un juge penserait juste suivant son intuition ; ces préjugés agissent aussi à l'étape la plus factuelle du jugement, à savoir la transmission des faits de l'affaire au juge et sa réception/interprétation au regard de ces mêmes préjugés²⁸⁹. Ainsi, l'appel à l'étude du comportement judiciaire au moyen de méthodes empiriques des sciences sociales est une nouvelle fois lancé chez Frank²⁹⁰. Mais Frank, tout comme d'autres réalistes s'arrêtent à cette reconnaissance et à l'étude observable d'un tel phénomène, sans tirer de conclusions plus générales sur la théorie de la décision judiciaire ni sur ce qui est normativement souhaitable au regard de la découverte d'un tel phénomène. Frank est conscient de cette limite dans son analyse et l'exprime

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 101.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 103-104.

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 104-105 et p. 114.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 106 et p. 110.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 111-112. Ce tournant vers l'observation empirique à la fois chez les réalistes ainsi que chez les juristes du droit libre traduirait, selon Schmidt, « their time-symptomatic desire to get at a "life-world" they paradoxically viewed as both precondition and result of the law ». Voir Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 », *op. cit.*, p. 134. Sur le « turn to life » des mouvements du droit libre et du réalisme juridique, voir *ibidem*, p. 137.

clairement²⁹¹. Ce qu'il suggère cependant, tout comme Holmes d'ailleurs, c'est que les juges reconnaissent cet état de fait et s'engagent dans une introspection de leur propre pratique²⁹², et que les avocats puissent saisir cette réalité dans leur manière de concevoir leur pratique et ainsi avoir un « intelligent dealing with the law »²⁹³.

Sur le constat affirmé par Frank, John Dewey s'y rattache également dans les grands traits de la « critique » réaliste. Dewey perçoit aussi la systématisation logique du droit, mais les systématisations logiques du droit sont pour Dewey soumises à un « processus économique et effectif de prise de décisions dans des cas particuliers », faisant de la logique une discipline « empirique et concrète »²⁹⁴. Tout comme Frank, il partage l'idée que toute personne, incluant les juges, commence par trouver une conclusion avant de chercher ensuite les prémisses à donner à leur conclusion²⁹⁵. Mais cette perception d'une déduction logique de règles anciennes, qui « recouvrent tous les cas et peuvent être appliqués au moyen de syllogismes formels, revient à prétendre à une certitude et à une régularité qui ne peuvent réellement exister », ce qui a pour conséquence d'accroître « l'incertitude pratique et l'instabilité sociale »²⁹⁶. Mais face à ce constat, Dewey semble tirer de plus grandes conclusions que celles formulées par Frank. En effet, Dewey

²⁹¹ Voir Frank, *The Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 113.

²⁹² *Ibidem*, p. 114.

²⁹³ *Ibidem*, p. 117. De façon plus anecdotique et donc moins systématique que chez d'autres réalistes comme Roscoe Pound (voir *infra*), Jerome Frank a tout de même eu ces quelques mots au sujet de l'équité : « I heartily endorse the fusion, procedurally, of "law" and "equity." But "substantive equity," I think, should never be forgotten. And the retention of the word "equity" I deem important. It instills in the judge a different mood, one of elasticity and fairness ». Voir Frank, Jerome, « Civil Law Influences on the Common Law--Some Reflections on Comparative and Contrastive Law ». *University of Pennsylvania Law Review* 104, no. 7 (1955-1956): p. 895.

²⁹⁴ Dewey, John. *Écrits politiques*. Paris : Gallimard, 2018, p. 175.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 180-184.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 184. Frank prédisait également une conséquence similaire, en ce que le mythe de la déduction judiciaire crée finalement une méfiance envers les juges et une perte de respect dans leurs opinions. Voir Frank, *The Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, pp. 36-37.

considère que cette réalité de la décision judiciaire pousse les décisions de justice à soit abandonner la logique, soit à adopter une logique « relative aux conséquences plus qu'aux antécédents », c'est-à-dire une logique de « prédictions des probabilités plus que de la déduction des certitudes »²⁹⁷. En pratique, Dewey considère que les règles et principes généraux sont des moyens, des *outils* qui permettent de justifier une conclusion, et ces outils doivent être modifiés « lorsqu'ils sont appliquées à des conditions nouvelles et que de nouveaux résultats doivent être poursuivis »²⁹⁸. L'impossibilité de modifier ces outils fait qu'ils deviennent des « remparts de la réaction », des « obstacles sociaux »²⁹⁹. Dès lors, Dewey refuse l'approche de voir les lois comme des « vérités absolues exigeant de demeurer intactes à n'importe quel prix » et voit les lois comme des outils qui nécessitent parfois un changement si les « faits de la vie sociale » le requièrent, ce qui s'accorde avec une vision des décisions judiciaires comme orientées vers la « justice sociale »³⁰⁰. Ce faisant, Dewey soutient donc que « l'infiltration dans la loi d'une logique plus expérimentale et plus souple répond à un besoin social autant qu'intellectuel »³⁰¹ (nous soulignons). Les conclusions que tirent Dewey de ce constat sont on ne peut plus claires, et certainement plus profondes que chez Frank, dont le projet semble se limiter à une étude de processus de décision judiciaire sans pour autant en tirer des conclusions plus substantielles³⁰², comme le laisse entrevoir Dewey. La conception instrumentale du droit chez Dewey est donc ouverte à des considérations de justice sociale, parmi d'autres, en ce que le droit devient cette chose malléable donc les objectifs guident perpétuellement

²⁹⁷ Voir Dewey, *Écrits politiques, op. cit.*, p. 184.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 184-185. Dewey parle aussi des règles et principes généraux comme des « hypothèses de travail qui demandent à être constamment testées par la manière dont elles opèrent lorsqu'elles s'appliquent à des situations concrètes ». Voir *ibidem*, p. 185.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 185.

³⁰⁰ *Ibidem*. 186.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Cette lecture de Jerome Frank semble confirmée par Bruce A. Ackerman. Voir Ackerman, Bruce A. « 'Law and the Modern Mind' by Jerome Frank ». *Daedalus* 103, no. 1 (1974): p. 125.

sa modification. C'est, pour le moins, un retour clair à un projet téléologique du droit, effacé sous le positivisme formaliste, où peut à nouveau s'infuser l'idée de justice dans le droit, et permet donc le retour à une véritable pratique de l'équité entendue comme un correctif de la loi selon une certaine conception de la justice³⁰³. Pour cela, je considère que le projet réaliste a pu aider à revitaliser une conception de l'équité à tout le moins sur le plan théorique et offre un contre-narratif particulièrement pertinent pour la théorie du droit afin de balancer les excès formalistes du positivisme dont les effets se font toujours ressentir aujourd'hui.

Il importe d'ajouter que cette connexion entre le réalisme et l'équité dans le droit n'est pas uniquement un pont que je jette entre ces juristes et une notion mise de côté au sein de la théorie du droit : certains réalistes ont eux-mêmes fait cette connexion, et celui qui le fut de la manière la plus explicite reste certainement Roscoe Pound³⁰⁴. Dans son article publié en 1905 (donc précurseur du mouvement réaliste) *The Decadence of Equity*, Pound tente de reconnecter le droit de l'*Equity* au sens d'un corpus artificiel de droit (qu'il appelle « developed equity »³⁰⁵) avec sa conception originelle d'un correctif de la loi. Il définit donc cette conception originelle de l'équité comme un élément « anti-légal », indiquant que « while laws tend to preserve and produce what is

³⁰³ Certains parallèles peuvent être tissés entre la pensée de Dewey et d'Aristote. Cette intuition d'une certaine proximité entre les deux penseurs sur cette question fut élaborée par Jerome Frank dans son article paru en 1950 dans lequel il compare les approches pragmatiques de Dewey et d'Aristote, en concluant qu'Aristote était un meilleur « pragmatiste » que Dewey. Voir Frank, Jerome. « Modern and Ancient Legal Pragmatism--John Dewey & Co. vs. Aristotle: II ». *Notre Dame Law Review* 25, n° 3 (1 mai 1950): p. 470. Pour Frank, « Dewey by-passes this sort of "equitable justice" with its sensitiveness to the unique in individual litigants », voir *ibidem*, p. 498. Voir aussi Dewey, John. « Nature and Reason in Law. » *International Journal of Ethics* 25, no. 1 (1914): p. 25.

³⁰⁴ Il y eut de nombreux débats entre les différents auteurs que nous venons de citer, et il existe un débat de savoir si Roscoe Pound est un « vrai réaliste » ou non. Étant donné que ce sujet dépasse largement notre propos, nous renvoyons simplement aux débats qui a pu avoir lieu entre Pound, Frank et Llewellyn. Pour un exposé, voir Herget et Wallace, *op. cit.*, p. 433. Herget et Wallace considèrent ces débats comme « a tempest in a teapot » dont l'influence fut donc limitée.

³⁰⁵ Pound, Roscoe. « The Decadence of Equity ». *Columbia Law Review* 5, no 1 (janvier 1905): p. 22.

just and right in common estimation, 'cases occur in which, owing to its necessary mechanical operation, the moral law is violated and broken by the positive law' »³⁰⁶ (nous soulignons). Ainsi, il est particulièrement intéressant de constater que des précurseurs du réalisme comme Pound ont pu vouloir se réintéresser à cette conception originelle de l'équité, dont le trajet fut bien évidemment transformateur jusqu'à devenir ce corpus artificiel de règles que l'on connaît aujourd'hui (voir *supra*). Cette idée est particulièrement claire lorsque Pound indique : « The conflict between the two ideas, justice according to law and justice without law, will not down. To the extent that equity represents the latter idea, Dean Ames is perfectly right in calling it "fundamental" and "eternal" »³⁰⁷ (nous soulignons). C'est une position que nous partageons, et qui est fondamentalement le cœur de cette démonstration, à savoir qu'au travers de l'évolution de la théorie du droit, la notion d'équité n'a jamais disparu : elle fut modifiée, réprimée, exprimée sous d'autres formes, voire parfois redécouverte dans son sens le plus pur, sans jamais disparaître complètement. En un sens, l'équité dans le droit est en effet éternelle, parce qu'elle s'attache à la vertu première du droit, celle de justice. La conclusion de Roscoe Pound est, à elle seule, suffisamment éclairante quant aux opinions du juriste sur l'importance de l'équité :

« Ihering has told us that we must fight for our law. No less must we fight for equity. Law must be tempered with equity, even as justice with mercy. And if, as some assert, mercy is

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 21.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 24. Cela étant dit, Roscoe Pound perçoit aussi pourquoi l'équité, dans son sens originel, fut écartée de la théorie du droit : « Although we may believe, on whatever grounds, in a resurrection of equity in the remote future, the present is a period of law. Commercial and industrial development, as Montesquieu saw in his day, make for certainty. The commercial world demands rules. No man makes large investments trusting to uniform exercise of discretion. It may be that the judge's decision "will be governed by 'the social standard of justice,' but the essential point is that no human being can tell how the social standard of justice will work on that judge's mind before the judgment is rendered ». C'est la raison pour laquelle Pound considère que « the days of a living equity are passed » et que l'on assiste à une « decadence of equity » selon les causes qu'il identifie reliées à la conception développée de l'équité, car « The very thing that made equity a system must in the end prove fatal to it ». Voir *ibidem*, pp. 24-25. Bien sûr, il est possible de répondre à Pound par toute la critique réaliste de la certitude juridique et du peu de considération réelle des individus pour le droit qui les gouverne (voir *supra*).

part of justice, we may say equally that equity is part of law, in the sense that it is necessary to the working of any legal system. We who have the shaping of the law in our hands in this era of the decadence of equity have no less responsibilities than those who pleaded and judged in its founding, its development, and its crystallization »³⁰⁸.

Cela me paraît, plus d'un siècle après que Roscoe Pound a publié cet article³⁰⁹, toujours pertinent aujourd'hui, qu'il s'agisse d'un système de common law comme celui que Pound analysait ou non.

IV. Remarques conclusives

Il y a beaucoup d'autres angles que nous pourrions considérer dans notre étude du scepticisme juridique, mouvement dans lequel s'inscrit le mouvement du droit libre initié par Hermann Kantorowicz et consorts ainsi que dans le vaste mouvement du réalisme américain. Notre étude s'est ici limitée aux traits saillants de ces mouvements, bien qu'il existe bien plus de complexité à analyser dans la pensée individuelle de chaque penseur associé à ses mouvements, et de ce fait dans les infinies nuances qui existent dans la pensée de chacun d'entre eux. Mais cela dépasse largement le cadre de cette étude, qui se consacre à l'équité dans le droit, et qui tend donc à faire la lumière sur le trajet d'une idée fondamentale dans la théorie moderne du droit.

Comme nous l'avons dit, l'équité fut d'abord écartée sous l'impulsion du positivisme juridique au sens large, avant d'être indirectement (voire directement chez Pound) remise en avant dans la théorie du droit. Ce que ce retour à une plus grande connexion du droit avec la « vie » (comme le

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 35.

³⁰⁹ Roscoe Pound a écrit plusieurs autres articles en lien avec l'équité. Voir notamment Pound, Roscoe. « Consideration in Equity ». *Illinois Law Review* 13 (1918-1919): 667-692 et Pound, Roscoe. « Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the Individual Special Case ». *New York University Law Review* 35, no. 4 (April 1960): 925-938. Voir aussi Herget et Wallace, *op. cit.*, pp. 422-426.

diraient les juristes libres) et cette emphase sur les méthodes empiriques comme nouvelles méthodes scientifiques du droit ont permis, c'est de relancer avec force et pertinence le *telos* du droit. Autrement dit, le mouvement du droit libre et le réalisme nous poussent à réfléchir aux fins du droit, comme cela fut fait chez ses penseurs, que cela soit en ayant égard à des concepts larges comme la « justice » chez Kantorowicz ou la « justice sociale » chez Dewey, mais aussi avec des idéologies plus précises comme les anti-formalistes français les plus radicaux (p. ex. le socialisme). Tout ceci nous pousse donc à regarder la finalité du droit, son caractère instrumental, et à tirer des conséquences normatives plus substantielles, ce que la plupart des juristes libres et des réalistes n'ont pas fait (comme chez Frank, par exemple). Cela requiert donc de reprendre cette tâche laissée de côté, et de reconcevoir le rôle politique du droit au regard de la théorie politique.

Avant d'entrer dans plus de détails sur ce sujet au prochain chapitre, il n'en demeure pas moins que certains *caveats* s'imposent. D'une part, cette connexion que nous percevons entre l'analyse des réalistes et des juristes libres, dont nous avons tenté de donner une signification en équité, et la théorie politique n'est pas sans risque. La raison est la suivante : sortir la théorie du droit de son mythe formaliste logique afin d'en discuter plus ouvertement les contours politiques ouvre des discussions sur tous les champs de la théorie politique, y compris les théories les plus totalitaires et fascisantes. Et cela n'est pas qu'une simple crainte, la manipulation et l'utilisation des constats du réalisme juridique à des fins détournées des plus néfastes ont eu lieu par le passé, notamment de façon tristement célèbre par certains juristes et politiques du troisième Reich national-socialiste. On pense bien évidemment à l'intérêt pour l'équité dans le droit chez Carl Schmitt et son alignement partiel avec la théorie du droit libre dans sa jeunesse,³¹⁰ à l'endossement de l'œuvre de

³¹⁰ Pasquier, Emmanuel. « Le «Kelsen» de Schmitt - Construction par Carl Schmitt de l'opposition entre décisionnisme et normativisme », Dans *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*,

certaines théoriciens réalistes par l'Allemagne hitlérienne³¹¹ et même au rapprochement plus que douteux de Roscoe Pound avec le régime national-socialiste³¹². Une étude minutieuse de la pensée Kantorowicz montre clairement que son approche du droit libre ne fut pas motivée par quelconque projet totalitaire³¹³, mais au contraire était portée par une profonde vision démocratique³¹⁴. Mais il n'empêche que lui et les réalistes ont en quelque sorte « ouvert la boîte de Pandore », dont les résultats peuvent être soit bénéfiques s'ils sont pratiqués dans une culture démocratique comme Kantorowicz l'imaginait, soit des résultats absolument désastreux si ces théories sont manipulées à des fins totalitaires³¹⁵. Et il est certain que cette ambivalence a contribué à la chute de ces théories

Classiques Garnier, 2012, pp. 57-58. Voir aussi Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 », *op. cit.*, p. 135 ; et Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 », *op. cit.*, p. 108.

³¹¹ C'est par exemple le cas de Llewellyn. Voir Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 », *op. cit.*, p. 111. Cela fut apparemment aussi le cas du droit libre avec lequel les nazis « encouraged the courts to engage in such free interpretation of amorphous terms in order to foster Nazi "morality" ». Herget et Wallace, *op. cit.*, pp. 418-419.

³¹² Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 », *op. cit.*, p. 136. Voir aussi Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 », *op. cit.*, p. 111.

³¹³ Il n'est pas nécessaire de refaire cette démonstration, en ce qu'elle fut brillamment démontrée par Schmidt, notamment au regard des intentions de Kantorowicz derrière sa critique du réalisme juridique dans son article « Some Rationalism about Realism », dans les textes suivants : Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 », *op. cit.*, p. 95, 105-108 ; Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 », *op. cit.*, p. 135.

³¹⁴ Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 », *op. cit.*, p. 135.

³¹⁵ Kantorowicz indiquait très clairement cette préoccupation dans sa critique du réalisme quand il dit « sound methods without a sound methodology are dangerous, not so much in the hands of the master as in the hands of his pupils » signifiant par là que « his issue was not that both New Deal and Nazi realists had turned to life, but rather that they had done so without reflecting on life's relationship with science » (nous soulignons). Voir Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 », *op. cit.*, p. 115. Les juristes libres ont ainsi réalisé que les juges « whose calling was to breathe new life into the law, were not so different from more conventional deities after all: they could do either good or evil » (nous soulignons). Voir Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 », *op. cit.*, p. 135.

après la Seconde Guerre mondiale³¹⁶. Il faut donc être particulièrement attentif à de telles considérations dans toute tentative de lier la pratique de l'équité dans le droit avec la théorie politique.

Malgré la chute du réalisme, les conséquences de ces ouvertures réalistes sur l'étude du droit se font encore sentir de nos jours, notamment par l'ampleur évidente de l'utilisation de méthodes empiriques pour l'étude du droit³¹⁷ ou par de nouvelles formulations de projets téléologiques du droit, comme celui de la moralité interne du droit chez Lon Fuller³¹⁸. Comme cela fut mentionné plus haut, notre projet théorique s'inscrit manifestement dans cette seconde catégorie.

D'autre part, un second *caveat* porte sur les conflits apparents entre la pratique de l'équité dans le droit et sécurité/prévisibilité juridique. Nous n'élaborerons pas en profondeur sur ce sujet, mais cela mérite tout de même quelques remarques. Tout d'abord, une première chose lorsqu'il s'agit de considérer cette question est de changer le champ de la discussion, en n'opposant pas simplement la sécurité/prévisibilité juridique à l'équité dans le domaine de la théorie du droit, mais plutôt de débattre des implications de l'un et l'autre dans le champ de la théorie politique. Cela fait bien sûr abstraction des découvertes empiriques des réalistes vues plus haut au sujet de la prévisibilité juridique, qui ne serait qu'une chimère en pratique. Mais si nous restons dans le champ théorique, et admettons que cela constitue une caractéristique du droit à ne pas négliger, nous pouvons entrer dans une discussion de théorie politique. Dès lors, il est possible d'argumenter que l'équité entre

³¹⁶ Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 », *op. cit.*, p. 136. Par ailleurs, je ne peux m'empêcher de rajouter que des critiques à l'encontre du positivisme durant la période nazie furent également élaborées, notamment à l'encontre de son incapacité à empêcher des décisions judiciaires des plus injustes. Voir par exemple Radbruch, Gustav. « Injustice légale et droit supralégal ». *Archives de philosophie du droit* 39 (1995): p. 309 et suivantes.

³¹⁷ Herget et Wallace, *op. cit.*, p. 435.

³¹⁸ *Ibidem*.

en conflit avec d'autres objectifs ou valeurs d'une théorie politique, comme la sécurité juridique, voire l'état de droit. Afin de ne pas tomber dans un débat stérile à ce sujet, il faut analyser en profondeur ce qui, dans la pratique de l'équité, contrevient à la sécurité juridique et à l'état de droit, et *a fortiori* étudier à quels principes moraux/politiques cette pratique porte atteinte. Ainsi, en référant l'atteinte à la sécurité juridique à une atteinte à une théorie politique, nous serons plus à même de répondre intelligemment en quoi l'équité s'oppose - ou non - avec certains principes de théorie politique. Et si une opposition il y a, la tâche consistera à tenter de démontrer théoriquement pourquoi une pratique de l'équité se justifie malgré l'entorse à d'autres principes de théorie politique. Bref, le but est donc de réencadrer ce débat dans le champ de la théorie politique, que cela soit pour montrer que les deux notions sont compatibles, ou si une incompatibilité il y a, démontrer pourquoi l'équité garde sa pertinence en théorie politique.

À titre d'exemple de ce type d'approches beaucoup plus riches, je pense tout particulièrement à l'excellent article publié par Lawrence Solum « *Equity and the Rule of Law* » qui ancre une pratique de l'équité dans une conception aristotélicienne de la fonction du juge, et démontre que l'équité peut renforcer plutôt que diminuer la prévisibilité juridique et l'état de droit, notamment en ce qui l'équité permet de corriger la loi et la rendre plus conforme aux attentes des justiciables que ne le ferait une loi générale³¹⁹. Je pense aussi tout particulièrement à une démonstration de Gustav Radbruch dans son article « *Injustice légale et droit supralégal* » au sujet des *valeurs* du droit, et qu'il classe par ordre d'importance entre la justice, la sécurité du droit et l'utilité³²⁰. Uniquement

³¹⁹ Solum, Lawrence B. « *Equity and the Rule of Law* », *Nomos* 36 (1994): p. 139 et suivantes.

³²⁰ Gustav Radbruch, *op. cit.*, p. 315 et suivantes. Radbruch indique à ce sujet : « Dans l'ordre hiérarchique de ces valeurs, il faut placer l'utilité du droit au bien commun au dernier rang. [...] La sécurité du droit, que toute loi assure déjà par sa positivité, occupe une position intermédiaire curieuse entre l'utilité et la justice ; d'un côté, elle est exigée par le bien commun, de l'autre, par la justice. Que le droit soit sûr et certain, qu'il ne soit pas interprété et appliqué ici et aujourd'hui de telle façon, là et demain d'une autre, c'est une exigence de la justice. Là où s'élève un conflit entre la sécurité du droit et la justice, entre une loi contestable en son contenu, mais positive, et un droit juste, mais non moulé dans la forme d'une loi, il y a en vérité un conflit de la justice avec elle-même, un conflit entre la justice

dans ce cadre de la théorie politique, l'équité peut être débattue et raffinée, en ayant égard aux finalités du droit, ce qu'un rejet pur et simple (pour ne pas dire dogmatique) de l'équité dans le droit ne permet certainement pas.

Voilà les quelques remarques que nous souhaitons faire au regard de la conception théorique de l'équité. Si nous tentons de conclure, rappelons que le réalisme et le droit libre ont permis une certaine déconstruction du rôle immanent et pur du droit, et de l'autorité consacrée aux juges comme des oracles. C'est en cela qu'il s'agit d'une révolution ontologique, en remplaçant la toute-puissance du droit et de son maître, le juge, par un pouvoir guidé par ses intérêts et ses croyances. Ce faisant, le réalisme a permis de briser le mythe du positivisme, et de renforcer indirectement le rôle de l'équité : l'équité n'est pas « sale » car n'étant pas du droit « pur », mais au contraire ni le droit ni le juge ne sont « purs », et l'équité retrouve donc forcément sa pertinence et sa force naturelle dans la pratique judiciaire. Mon argument se fonde sur le constat réaliste tout en le poussant à en tirer des conclusions normatives, et à reconnecter le droit, et donc l'équité, à la théorie politique. Non pas au droit naturel, non pas à la « vie » comme le faisaient les juristes libres ou même les réalistes, mais à la théorie politique. Autrement dit, il s'agit d'opposer un contre-narratif en théorie politique à celui imposé par le positivisme formaliste.

Toutefois, en gardant notre premier *caveat* en tête, l'équité doit éviter d'être manipulée à des fins néfastes, voire totalitaires, donc être mise au service de l'injustice. Ainsi, tous les systèmes

spécieuse et la justice véritable. [...] Le conflit entre la justice et la sécurité du droit devrait se résoudre de manière à ce que le droit positif, assuré par le pouvoir et par le fait d'être posé (*durch Satzung*), ait la primauté, quand bien même son contenu est injuste et inapproprié, à moins que la contradiction de la loi positive avec la justice n'atteigne un degré tellement insupportable que la loi, en tant que « droit non juste » (« *unrichtiges Recht* »), doit céder à la justice ». Voir *ibidem*, p. 315. L'ampleur de l'argument de Radbruch dépasse bien largement notre modeste étude de l'équité. Mais ce qui nous souhaitons montrer ici est qu'un argument balançant la sécurité juridique et la « justice » est possible et peut être fait en relation avec la théorie politique.

politiques ne peuvent prétendre vouloir mobiliser l'équité dans leur ordre juridique. La raison est que l'équité est une méthode, au service d'un ordre juridique beaucoup plus grand qu'elle dont la justification normative peut varier infiniment du plus totalitaire au plus démocratique³²¹. Ainsi l'équité, liée à la théorie politique, ne peut exister qu'à la condition de s'inscrire dans une théorie politique non totalitaire et profondément démocratique, et donc juste, au risque de se contredire dans ses fondements les plus fondamentaux. C'est la raison pour laquelle nous considérons que l'équité ne peut être pratiquée que dans un système judiciaire vertueux, et est pratiquée à son meilleur en l'ancrant dans une théorie politique néo-républicaine ou de liberté comme non-domination, comme nous allons le voir au prochain chapitre.

³²¹ Il serait bien sûr possible d'arguer que l'équité ne saurait exister dans un système de droit fondamentalement injuste, soit car ce système ne serait tout simplement pas du droit (au sens de Radbruch), soit parce l'équité ne saurait pas être injuste (au sens d'Aristote, voir Ch. 1. Par analogie avec l'homme juste chez Aristote, un système juste ne pourrait pas volontairement poser un acte injuste. Voir Aristote, *EN, op. cit.*, 1137 a 15-25).

Chapitre 3 – L'équité judiciaire au service d'une théorie politique non-idéale : la liberté comme non-domination

Au terme de notre présentation sur la nature et le rôle de l'équité en droit, nous sommes donc confrontés à cet état de fait : le droit, dans son processus de mécanisation et de systématisation continu des règles juridiques, tend à réduire l'équité à quelques dispositions législatives éparpillées dont la portée demeure limitée par la loi elle-même. Cela est tout particulièrement vrai en droit civil où, autrement dit, son absorption par le droit positif est quasi totale et ne demeure plus comme source indépendante de droit³²².

Cela étant dit, nous ne serions pas complets si nous ne considérions pas en même temps l'équité comme elle est pratiquée dans le cadre du processus de décision judiciaire. Mais de ce qu'il reste aujourd'hui de l'équité, de cet « irréductible » de la décision judiciaire comme nous l'avons décrit plus haut, garde-t-il une signification que le droit positif ne lui reconnaît pas ? Autrement dit, malgré toutes les stratégies d'incorporation de l'équité par le droit positif, l'équité demeure un objet de droit fuyant : elle est incompressible et consubstantielle à la fonction de juger, donc de dire le droit, et quelque part de dire ce qui est juste.

Face à cet irréductible, nous devons désormais nous intéresser à sa signification pour notre discipline, à savoir la théorie politique. Notre argument se divisera ici en trois temps. D'abord, il nous faut démontrer pourquoi cette notion irréductible qu'est l'équité et sa fonction politico-

³²² « En général, la doctrine actuelle du droit civil autrichien n'accorde qu'un rôle limité à l'équité. Selon l'opinion dominante, elle n'est évoquée que dans les cas prévus par la loi, mais ne doit pas être considérée comme une source de droit indépendante » Voir Meissel, *op. cit.*, p. 69.

juridique (à savoir la justification morale d'une latitude donnée au juge de s'écarter du mythe positiviste) nous importent en tant que théoriciens politiques.

Une fois que nous aurons explicité cette importance et la nécessité pour les théoriciens de s'intéresser à cette notion, je montrerai comment il est possible de traiter l'équité en théorie politique, ou plutôt de consacrer la signification fondamentalement politique d'une telle notion et de relier celle-ci à la théorie politique. Dans le cadre de ce mémoire, nous avons choisi de nous consacrer sur un volet de l'équité judiciaire, à savoir l'équité procédurale, car il s'agit comme nous le verrons ci-dessous d'un volet de l'équité qui s'est particulièrement formalisé dans le raisonnement judiciaire. Étant donné le caractère principalement procédural de ce volet de l'équité, il nous paraît adéquat de rapprocher cette notion de théories politiques connexes à la justice procédurale. Nous ferons donc le lien avec les théories néo-républicaines, comme celle de Philip Pettit et d'égalité relationnelle. Le but étant de démontrer comment la pratique de l'équité procédurale en droit répond en fait aux objectifs normatifs posés par ces théories, et constitue donc un concept articulé et fonctionnel d'application de ces objectifs défendus par Pettit et les théoriciens relationnels.

Enfin, pour mettre notre argumentation en pratique, nous nous intéresserons à la consécration des principes de l'équité procédurale par la Cour Suprême du Canada dans sa jurisprudence (relativement) récente et aux conséquences politiques que nous pouvons en tirer au regard des théories de liberté comme non-domination et d'égalité relationnelle.

I. La pertinence de l'équité judiciaire pour la théorie politique

Il y a plusieurs façons d'aborder la pertinence de l'équité judiciaire pour la théorie politique. La plus évidente au regard de notre exposé précédent apparaît bien sûr de considérer l'équité judiciaire

comme provenant, émanant du droit naturel. Cela signifie que dans ce cas, le droit positif s'ouvre (malgré lui) à des considérations morales dans le processus de raisonnement judiciaire. C'est par cette porte que le théoricien politique s'introduit, comme perpétuel intéressé des questions morales et politiques de la société. Une façon parallèle d'approcher cette question porte sur la fonction du juge, et de sa perception et théorisation par le théoricien politique. En effet, dans cette perspective, le juge est loin de n'être qu'un simple agent instrumental de la théorie politique, il en est un agent organique, voire un cocréateur au point d'éventuellement devenir lui-même théoricien politique, notamment dans le cadre du contentieux constitutionnel³²³. Enfin, une dernière approche considère les conséquences directes et indirectes de la pratique de l'équité judiciaire, à savoir une perspective conséquentialiste s'intéressant aux résultats politiques que la pratique de l'équité judiciaire produit, et leur signification pour la théorie politique.

I.1. L'équité judiciaire comme droit naturel

La première approche est probablement celle qui relie le plus la théorie politique à la théorie du droit. Il s'agit de considérer l'équité judiciaire comme une porte d'entrée de la moralité dans le droit positif. Nous n'entrerons pas ici dans le détail du fameux débat Hart-Fuller, mais c'est ce dont il s'agit ici³²⁴. Pour rappel et dans les (très) grandes lignes, ce débat de théorie du droit porte sur la question de la séparation entre la morale et le droit. H.L.A. Hart, défendant une certaine vision du positivisme, pense qu'il existe une séparation nette bien que certaines interactions soient possibles (notamment dans le cas des « hard cases » qui se décident dans la pénombre de la loi)³²⁵. Lon L.

³²³ Voir par exemple : Robertson, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton University Press, 2010.

³²⁴ Voir. Hart, H. L. A, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, p. 607 et suivantes. ; Lon L. Fuller, « Positivism and Fidelity to Law--A Reply to Professor Hart », *op. cit.*, p. 662-663.

³²⁵Hart, H. L. A, *op. cit.*, p. 607 et suivantes.

Fuller défend quant à lui une position proche de la tradition naturaliste, où moralité et droit s'entrecroisent. Sa position peut ainsi se résumer brièvement comme une défense de la moralité de la loi, de la moralité de l'ordre juridique en lui-même (« the inner morality of law »)³²⁶. Autrement dit, il distingue un ordre juridique d'un *bon* ordre juridique : « Law may be said to represent order *simpliciter*. Good order is law that corresponds to the demands of justice, or morality, or men's notions of what ought to be »³²⁷. Le débat portait principalement sur la fonction d'interprétation du droit, ce qui n'est pas ce qui nous intéresse en priorité ici. Toutefois, la citation prise de l'article de réponse de Fuller semble assez clairement indiquer pourquoi l'équité judiciaire correspond à la pratique d'un *bon* ordre. Le fait d'argumenter qu'il existe une moralité interne au droit nous permet de justifier que les principes moraux fondateurs du droit doivent parfois être rappelés à quelques agents du droit, et que trop s'en écarter est une entreprise périlleuse où existe le risque d'un rappel à l'ordre par les oracles et gardiens de l'ordre, du *bon* ordre, le magistrat.

Pour le dire autrement, permettons-nous une métaphore qui serait celle du mythe de Sisyphe : l'idée est que Sisyphe vivait prudemment dans le monde des mortels jusqu'à ce que, pour une raison ou pour une autre et certainement après de longues péripéties³²⁸, il en vienne à suffisamment irriter les dieux pour être châtié dans la forme que l'on connaît. L'idée est ici la même : l'ordre juridique permet un certain nombre de comportements pour autant que ceux-ci ne contredisent pas la moralité interne du droit.

Revenons à notre propos : il n'en demeure pas moins qu'il existe un écart important entre la moralité interne du droit et son application concrète dans une décision judiciaire. En effet, le fait

³²⁶ Fuller, *op. cit.*, p. 644 et 659.

³²⁷ *Ibidem*, p. 644.

³²⁸ Il existe différentes interprétations du mythe. Voir Camus, Albert. *Le Mythe de Sisyphe*, 1942, p. 109, http://classiques.uqac.ca/classiques/camus_albert/mythe_de_sisyphe/mythe_de_sisyphe.pdf.

que des règles positives doivent s'inscrire dans un ordre juridique répondant à une moralité interne ne correspond pas forcément à l'argument de la mobilisation d'un argument de droit naturel dans la décision judiciaire. Cela étant dit, il est difficile d'argumenter à l'encontre d'un tel saut, si grand soit-il. En effet, pourquoi serait-il inconcevable pour un ordre juridique guidé par une moralité interne de permettre que ces fondements moraux d'un *bon* ordre juridique interagissent directement dans le raisonnement judiciaire ? Ces principes moraux fondamentaux ne doivent pas servir qu'à l'analyse générale du caractère normativement « bon » d'un ordre juridique : ceux-ci doivent jouer leur plein rôle de droit naturel et être mobilisés comme source de droit à part entière (c'est par ailleurs cette perspective, bien que non explicitée, qu'adoptera la Cour suprême du Canada dans sa jurisprudence sur l'équité procédurale (voyez *infra*).

Après avoir exposé cette première approche, il apparaît assez évident pourquoi l'équité judiciaire et plus largement la moralité du droit intéresse le théoricien politique. Si le droit n'existe pas strictement indépendamment de la morale (comme Fuller le suggère) et que tout ordre juridique souhaitable car *bon* est fondé des principes moraux fondamentaux, la question que posera alors presque automatiquement le théoricien politique est de savoir : Mais quels principes moraux fondamentaux ? Et voici la porte tout ouverte pour le théoricien qui s'intéressera alors à définir, le plus adéquatement possible, ces principes. Lon Fuller a par ailleurs tenté de proposer une définition bien connue de ces principes, au travers de la fameuse allégorie de roi Rex qui faillit à remplir les conditions de moralité du droit. Il y a donc pour Fuller huit routes menant au désastre, que tout ordre juridique doit donc absolument éviter pour ne pas glisser dans l'immoralité de l'ordre :

« The first and most obvious lies in a failure to achieve rules at all, so that every issue must be decided on an ad hoc basis. The other routes are: (2) a failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe; (3) the abuse of

retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the integrity of rules prospective in effect, since it puts them under the threat of retrospective change; (4) a failure to make rules understandable; (5) the enactment of contradictory rules or (6) rules that require conduct beyond the powers of the affected party; (7) introducing such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them; and, finally, (8) a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration »³²⁹.

Ces principes sont principalement de nature formelle³³⁰. Nous n'irons pas ici dans le détail des principes de Fuller, mais il est bien sûr possible de juger que cela ne suffit pas, et que d'autres principes de droit naturel doivent être également englobés dans la définition d'un *bon* ordre juridique, comme davantage de principes formels, ou bien des principes de justice procédurale (ici au sens judiciaire) comme ceux défendus par l'équité procédurale (voir *infra*) voire des principes de moralité substantielle (ex. un ordre juridique qui rend légale la torture ne peut jamais être perçu comme un ordre juridique moral). Bref, nous l'avons compris, il y a une pléiade de façons pour le théoricien politique de s'intéresser à la question de la moralité du droit, et donc de s'intéresser aux considérations morales soulevées par la pratique de l'équité judiciaire.

³²⁹ Fuller, Lon L. « THE MORALITY THAT MAKES LAW POSSIBLE ». Dans *The Morality of Law: Revised Edition*, Yale University Press, 1969, p. 39.

³³⁰ Waldron, Jeremy. « Principles of Legislation ». Dans *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Édité par Richard W. Bauman et Tsvi Kahana, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 17-18.

I.2. Le magistrat comme théoricien politique

Une seconde approche à la pertinence de l'équité judiciaire pour la théorie politique porte bien sûr sur la fonction du juge et, surtout, sur la fonction de juger. Cet intérêt pour la fonction de juger ne se limite bien sûr pas au champ de la théorie politique, mais il s'étend plus largement aux philosophes et politologues, et cette fonction continue d'être un objet d'étude dans ces disciplines. Pour ce qui nous intéresse ici, la fonction de juger a également intéressé ces disciplines dans sa signification proprement politique. Autrement dit, le champ d'intérêt pour la fonction de juger et donc du juge ne se limite pas à la théorie politique, mais est bien plus large que cela. Prenons ne serait-ce que l'exemple de la conception de l'acte de juger chez Paul Ricœur³³¹. Loin de ne voir que l'importance du jugement comme une fonction publique et politique du système institutionnel étatique, Paul Ricœur entrevoit la connexion existante entre l'acte strictement philosophique, définitionnel, de juger dans le cadre judiciaire et sa signification politique pour la structure et le fonctionnement de la société³³². C'est ainsi qu'il exprime que :

« l'acte de juger a pour horizon un équilibre fragile entre les deux composantes du partage : ce qui départage ma part de la vôtre et ce qui, d'autre part, fait que chacun de nous prend part à la société. [...] d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties ; de l'autre, faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société »³³³.

³³¹ Ricœur, Paul. « L'acte de Juger » *Esprit* (1940-), no. 183 (7) (1992): 20–25.

³³² *Ibidem*.

³³³ *Ibidem*, p. 25.

Cette définition de l'acte de juger, forcément multilatérale donc, de Paul Ricœur nous est suffisamment éclairante pour saisir toute l'importance du rôle du juge pour le théoricien politique. Nombreux sont les aspects sur lesquels ce dernier peut alors se pencher : sur sa signification politique, son rôle redistributeur, mais également son rôle pacificateur et rassurant, où dire le droit permet de réduire l'aléa. Juger en droit permet donc la « paix sociale »³³⁴ et garantit ainsi plusieurs finalités fondationnelles d'une communauté politique.

De cela, nous pouvons mieux appréhender l'intérêt des théoriciens politiques pour la fonction de juger et donc le rôle du juge. Une manifestation de cet intérêt particulièrement pertinente dans le cadre de cette étude demeure celle fournie par David Dyzenhaus dans son article « The Very Idea of a Judge »³³⁵. L'analyse fournie par Dyzenhaus offre un panorama quant à la compréhension de la fonction politique des juges. L'originalité du travail de Dyzenhaus tient dans sa volonté de s'écarter de la vision dominante, instrumentale de la fonction du juge, qu'il rapproche de la perspective de Montesquieu : « Judges are officials through whose mouths the law speaks its will. This conception of a judge is purely instrumental. Judges are no more than an instrument through which the (factual) content of the law manifests itself in the world. »³³⁶.

³³⁴ *Ibidem*, p. 24.

³³⁵ Dyzenhaus, David. « The Very Idea of a Judge ». *University of Toronto Law Journal* 60, n° 1 (janvier 2010): 61-80.

³³⁶ *Ibidem*, p. 65. Il est particulièrement intéressant de relire la perspective de Dyzenhaus aujourd'hui, ne serait-ce que pour y trouver son argument que cette perspective instrumentale du juge, dominante donc encore aujourd'hui, se manifeste même (selon lui) chez les auteurs *a priori* les moins positivistes de la période contemporaine de la philosophie du droit, notamment Ronald Dworkin. En effet, Dyzenhaus indique que Dworkin a lui aussi une certaine conception instrumentale du juge, car bien que ce dernier doive composer avec la moralité sous-jacente du droit, « Judges are no more than an instrument through which the (moral) content of the law manifests itself in the world ». Dès lors, pour Dyzenhaus, « his rights conception of the rule of law seems to leave little, perhaps more accurately no, independent role for the rule of law or legality ». Voir *ibidem* pp. 65-66.

La perspective sur ce qu'est un juge pour Dyzenhaus trouve donc sa source chez un autre théoricien politique, qui n'est ni plus ni moins que Thomas Hobbes. Partant du principe qu'il est impossible d'avoir un ordre juridique sans avoir de juges, le rôle de ceux-ci renvoie principalement au principe de légalité³³⁷. Pour Hobbes donc, ce qui constitue véritablement l'essence du rôle du juge n'est pas la loi connue après le passage de l'état de nature à l'état de droit, mais bien le principe de légalité qui peut déjà se déployer dans l'état de nature³³⁸. Cette idée transparait dans la lecture de Hobbes par Dyzenhaus :

« The figure of the judge or arbitrator is central to the solution of the problem of the state of nature. Given the danger of conflict that lurks in every dispute over right and wrong in a state of nature, where there is no public authority to decide such disputes, the parties to any dispute are under an obligation to set up such an authority and then to submit to his judgment »³³⁹.

À cette autorité que l'on peut donc déjà retrouver dans l'état de nature, certaines lois du droit naturel s'appliquent à ces arbitres, notamment les lois 11 et 17 à 19, que Hobbes identifie dans son ouvrage le *Léviathan*³⁴⁰. Ces « lois », à la fois procédurales et substantielles³⁴¹, « affect, without determining, the content of any decision by an arbitrator who is faithful to the moral discipline of his role »³⁴² (nous soulignons) que cela soit dans la société civile ou dans l'état nature. Et cela constitue, à nouveau, l'essence même du rôle du juge. Ce qui distingue le juge d'une simple « bouche de la loi », d'une perspective instrumentale du rôle du juge, est le concept de *conversion*

³³⁷ *Ibidem*, p. 67.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 69.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Ibidem*.

repris par Dyzenhaus à Fuller. La *conversion* est donc « the moment when a judge makes the law fully authoritative by ensuring that it is an interpretation not only of all the relevant legal materials but also of the requirements of legality »³⁴³.

De cela en découle qu'à moins d'adopter une théorie politique proche d'une théorie à la Jeremy Waldron qui, comme l'indique Dyzenhaus, est fondamentalement portée sur l'importance et la légitimité structurante du pouvoir législatif (a contrario du pouvoir judiciaire) et donc ne donnant qu'une importance toute secondaire au rôle du juge³⁴⁴ (car découlant de la décision législative), le rôle du juge demeure une affaire d'une importance toute particulière pour le théoricien politique. Comme nous l'avons exprimé ici au travers de la perspective de Dyzenhaus fondée sur la théorie hobbesienne du juge, ce dernier a donc pour rôle essentiel de maintenir « the authority of law by maintaining that order's fidelity to legality »³⁴⁵.

Il va donc sans dire qu'à moins d'adopter une théorie politique légicentrée, le rôle du juge est bien un rôle organique à la théorie politique dont la fonction précède même l'ordre juridique et qui demeure donc un pivot, digne d'intérêt pour le théoricien politique.

Mais ce n'est pas tout. Le juge peut, dans certains cas, franchir la ligne de l'objet d'étude pour devenir lui-même façonneur, voire cocréateur, d'une théorie politique. Il est donc entendu que cela n'est pas une fonction propre au juge (bien qu'il serait possible d'arguer en ce sens), mais plutôt une fonction conjoncturelle. Nous pensons tout particulièrement au contentieux constitutionnel, dans lequel il apparaît assez évident que des enjeux touchant à la théorie politique se manifestent. Peu importe le modèle de contrôle de constitutionnalité, les thèmes abordés par le contentieux

³⁴³ *Ibidem*, p. 77.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 78.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 80.

constitutionnel qui touchent à des dimensions de théorie politique sont variés et nombreux : égalité et non-discrimination, liberté de religion, séparation des pouvoirs, etc.³⁴⁶ Cela étant dit, comme l'indique Robertson :

« [...] the idea of political theory lying behind constitutional jurisprudence applies not only to litigation that is of the bills-of-rights type. The intellectual problems are probably greater in this latter context because there is less consensus on what is meant by a richer conception of democracy, and because proportionality or essential core claims appear less obviously. »³⁴⁷

En ce sens donc, les enjeux de théorie politique considérés par le juge constitutionnel sont larges, et de ce fait l'amplitude du pouvoir créateur ou affirmatif du juge dans le domaine de la théorie politique. C'est par ailleurs sous cet angle que nous analysons, ci-dessous, la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada au sujet de l'équité procédurale. Comme nous le verrons, il est possible de défendre que la Cour, dans sa jurisprudence sur le sujet, ait pleinement joué son rôle de juge et ait de plus agi en tant que véritable acteur organique du système constitutionnel auquel elle appartient, afin de façonner ses principes politiques fondamentaux.

I.3. L'équité judiciaire et ses conséquences politiques

Enfin, une dernière façon d'approcher la pertinence de l'équité judiciaire pour la théorie politique est bien sûr de considérer les conséquences politiques de la pratique de l'équité judiciaire, et donc leurs significations pour la théorie politique. Cela sera clarifié ci-dessous au travers de notre étude de la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada sur l'équité procédurale, mais il est évident que

³⁴⁶ Pour un aperçu de cette question, voir Robertson, David, *op. cit.*, pp. 361-362.

³⁴⁷ *Ibidem.*

les théoriciens politiques s'intéressant à la distribution des ressources et des charges auront un œil attentif quant au travail des magistrats. Et cela, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'équité puisque celle-ci constitue, comme nous l'avons définie, la part irréductible du processus de décision judiciaire, et donc permet au juge de tenir un véritable rôle de redistribution (notamment au sens de Paul Ricœur vu ci-dessus) entre les parties au procès.

C'est donc en toutes ces façons que le théoricien politique s'intéresse à la fonction de juger et au rôle du juge, et inversement également dans certains cas comme le contentieux constitutionnel (voir *supra*). Maintenant que nous avons connecté le rôle du juge ainsi que son fonctionnement propre (dont fait partie intégrante l'équité judiciaire) à la théorie politique et à l'intérêt des théoriciens, il nous importe désormais de préciser comment il est possible de relier l'équité judiciaire, particulièrement ici l'équité procédurale, avec des théories politiques connexes à la justice procédurale. Nous pensons principalement à la théorie de la liberté comme non-domination de Philip Pettit et aux théories de l'égalité relationnelle. L'équité procédurale en droit permet, nous allons le voir, d'atteindre certains objectifs normatifs de ces approches.

II. L'équité procédurale comme outil pour la théorie de la liberté comme non-domination et l'égalité relationnelle

Avant de nous attarder sur la pratique de l'équité procédurale et ses implications pratiques, il nous est nécessaire donc de faire ce détour par la théorie politique, afin de démontrer comment l'équité judiciaire répond aux objectifs normatifs posés par les théories de la justice procédurales telles que la théorie néo-républicaine de Pettit et les théories de l'égalité relationnelle.

Avant de faire ce lien, il nous est évidemment nécessaire de rappeler le cœur normatif fondamental de ces théories politiques. La théorie néo-républicaine de Philip Pettit conçoit la liberté comme non-domination. Elle se distingue des théories libérales traditionnelles ainsi que des penseurs égalitaristes libéraux axés sur la redistribution juste des ressources à la John Rawls. La théorie de Pettit est fondamentalement une théorie relationnelle, dont l'axe est donc mis sur la nature des relations entre individus. D'abord, la théorie de Pettit se distingue donc des théories dites de liberté négative (liberté comme non-interférence) ainsi que celles dites de liberté positive (axée sur l'autonomie des individus)³⁴⁸ pour venir se positionner dans une troisième forme de liberté, toute propre à sa théorie néo-républicaine, à savoir la liberté comme non-domination³⁴⁹. Comme Pettit l'explique, cela se justifie par le fait que, bien qu'il puisse y avoir des similitudes entre l'interférence et la domination, ce sont deux problèmes bien distincts, d'autant que l'un n'implique pas forcément l'autre (l'on peut avoir domination sans interférence et inversement)³⁵⁰. La relation de domination, donnée par Pettit, trouve son exemple paradigmatique dans la relation de maître à esclave³⁵¹. L'idée n'est donc pas juste de regarder si interférence il y a ou non, et d'en évaluer le résultat comme positif ou négatif, mais bien de regarder le type de relations existantes entre les individus, pas uniquement sur la question de l'interférence, mais bien sûr la possibilité, ou plus précisément le pouvoir, d'une interférence³⁵². La domination est donc bien reliée à l'idée d'un pouvoir, exercé ou non, et ce d'une façon qui est arbitraire. C'est ainsi que Pettit exprime qu'il y a domination quand « 1. they have the capacity to interfere 2. on an arbitrary basis 3. in certain

³⁴⁸ Pettit, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, Incorporated, 1997, p. 17. Cette distinction entre liberté négative et liberté positive n'est évidemment pas de Philip Pettit lui-même, mais bien d'Isaiah Berlin qui a donné naissance à cette distinction.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

³⁵⁰ *Ibidem*, pp. 22-23.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 22.

³⁵² *Ibidem*, p. 25.

choices that the other is in a position to make »³⁵³ (nous soulignons). Il y a bien sûr une série de nuances à apporter à ces postulats d'une situation de domination, ce que Pettit nous offre de façon extensive, notamment quant à la question de l'intentionnalité de l'interférence, le degré d'interférence, la définition de l'arbitraire, l'intensité de l'arbitraire, l'étendue du pouvoir arbitraire dans les différentes sphères de vie d'une personne, etc.³⁵⁴. Cela étant dit, il est toutefois nécessaire de rappeler ce que Pettit définit comme un pouvoir d'interférence arbitraire. Pour Pettit, l'arbitraire constitue un choix qui est réalisé sans avoir égard aux intérêts ou avis de ceux affectés par la décision³⁵⁵. Autrement dit, dans les mots de Pettit, « the choice is not forced to track what the interests of those others require according to their own judgements »³⁵⁶. Voilà donc le cœur de l'arbitraire, qui s'intéresse donc à la manière dont a été prise la décision, et non aux conséquences concrètes de la décision³⁵⁷. Cela signifie au fond qu'un acte demeure arbitraire si la procédure d'adoption de cet acte fut arbitraire au sens défini plus haut, à savoir le défaut de prise en compte des intérêts des *autres*, quand bien même les conséquences de l'acte peuvent de fait aller – ou non – dans le sens des intérêts des parties concernées³⁵⁸.

Voilà ce que Pettit suggère comme idéal politique : une société libre de domination telle qu'il le définit. Ce qui nous intéresse tout particulièrement également dans le travail de Philip Pettit est sans doute ce qu'il préconise comme stratégies pour atteindre la non-domination. Pettit nous informe qu'il existe principalement deux approches principales pour enrayer des situations de

³⁵³ *Ibidem*, p. 52.

³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 52-58. Nous renvoyons plus largement le lecteur vers le second chapitre du livre *Republicanism* pour saisir avec plus de détails et de finesse l'approche proposée par Pettit.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 55.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ *Ibidem*.

domination : la première est l'approche du pouvoir réciproque, la seconde concerne les garanties de protections constitutionnelles contre la domination³⁵⁹. La première stratégie est, comme l'indique Pettit, une stratégie d'atténuation de la domination : « The strategy of reciprocal power is to make the resources of dominator and dominated more equal so that, ideally, a previously dominated person can come to defend themselves against any interference on the part of the dominator »³⁶⁰ (nous soulignons). Il s'agit donc ici d'une approche pragmatique, fondée sur les ressources des individus, à faire face à l'adversité que constitue la domination. Bien que cette première stratégie soit pertinente pour notre étude de l'équité procédurale en droit, la seconde stratégie répond encore davantage au contexte institutionnel du système judiciaire.

En effet, la seconde stratégie conçoit d'introduire une supra-entité chargée d'éliminer la domination entre dominés et dominants³⁶¹. Plus précisément, il s'agit d'introduire « a constitutional authority – say a corporate, elective agent – to the situation. The authority will deprive other parties of the power of arbitrary interference and of the power of punishing that sort of interference »³⁶² (nous soulignons).

La question qui peut se poser immédiatement, et que Pettit anticipe, est de savoir si cela ne correspond pas simplement à remplacer une domination par une autre ? Pettit répond clairement que cela n'est pas le cas : « The reason that the constitutional authority will not itself dominate the parties involved, if it does not dominate them, is that the interference it practises has to track their interests according to their ideas; it is suitably responsive to the common good »³⁶³ (nous soulignons).

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 67-68.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 67.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 68.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ *Ibidem*.

De ce fait, l'interférence pratiquée par l'autorité constitutionnelle n'est pas elle-même arbitraire au sens de la définition vue plus haut, et ne remplit donc pas le second critère de la définition de la domination. Tout ceci fait évidemment fortement écho à notre objet d'étude, à savoir la pratique de l'équité procédurale par le magistrat. Si l'on applique la pensée de Pettit à notre étude, l'on peut faire l'hypothèse que le magistrat, en tant qu'autorité constitutionnellement instituée dans le contexte institutionnel d'une communauté politique, aurait pour mission de supprimer des relations de domination au moyen des garanties légales qui lui sont permises de mobiliser (voire plus largement si l'on devait considérer d'autres sources de droit – notamment l'équité au sens large), et de le faire d'une façon qui ne reproduit pas en elle-même une relation de domination avec les justiciables – à savoir en ayant particulièrement égard aux intérêts et avis des parties concernées, d'autant plus s'il s'agit de parties déjà dominées avant l'intervention du magistrat. Enfin donc, cela demande que le magistrat soit particulièrement attentif au contexte politique et social dans lequel il s'insère, et soit particulièrement vertueux en matière de règles procédurales, notamment, mais pas uniquement, les règles entendues comme faisant partie intégrante du concept d'équité procédurale (comme nous le verrons ci-dessous).

Pour terminer sur les considérations théoriques de la liberté comme non-domination, cette dernière constitue un véritable idéal politique pour Pettit, qui mérite comme nous l'avons dit des mesures d'application en ce sens. C'est une théorie qui repose sur une perspective conséquentialiste de l'éthique sociale³⁶⁴. Dès lors, il n'y a pas de situation absolue selon Pettit dans laquelle la non-domination serait atteinte, et autrement elle ne le serait pas : il s'agit plutôt d'analyser toutes les

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 102.

situations d'une façon quasi chirurgicale et de tirer les conclusions d'une évaluation normative.

Cette idée ressort clairement du passage suivant de Pettit :

« It may be that the cause of maximizing non-domination requires giving parliament special unfettered powers in some area, for example, or giving judges a lot of sentencing discretion for a certain sort of offence. And if the cause of maximizing non-domination does require such departures from the perfect constitution—from the constitution that exemplifies non-domination in each and every feature of its design—then it would seem only natural to tolerate those departures; it would be precious, even fetishistic, to insist on remaining faithful to the abstract ideal »³⁶⁵ (nous soulignons).

Et c'est ainsi que dans une logique flexible de l'arrangement institutionnel, il importe principalement de maximiser le but de non-domination, dans une logique non-déontologique et non absolue³⁶⁶. Et Pettit insiste particulièrement sur le risque de consacrer une institution comme un symbole – ou plutôt une représentation – de la lutte pour la non-domination :

« the fact that certain local institutions constitute the freedom as non-domination that people enjoy does not mean that freedom is to be defined by reference to those institutions. Freedom as non-domination is defined by reference to how far and how well the bearer is protected against arbitrary interference. Even if it is assumed that the only protections available are institutional in character, this definition still enables us to judge different sets of institutions, local ones included, by reference to their promotion of non-domination »³⁶⁷ (nous soulignons).

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 106.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 109.

C'est donc un arrangement institutionnel relatif, constamment évalué, et marqué par une certaine flexibilité quant aux règles que Pettit suggère. Pettit ne s'oppose donc pas, comme cité ci-dessus, à donner un pouvoir de discrétion étendu aux juges, pour autant que cette discrétion serve à lutter contre l'arbitraire³⁶⁸ (et donc la domination), et que celle-ci s'inscrive dans ce que Pettit appelle « the empire-of-law condition »³⁶⁹. Cela signifie que les lois doivent répondre aux contraintes formelles telles qu'énoncées notamment par Fuller (voir *supra*), et le système institutionnel doit porter une attention toute particulière au « due process »³⁷⁰. Bref, il s'agit donc de trouver un équilibre flexible entre respect des formes de la loi et respect du « due process », tout en garantissant une marge de discrétion pour les acteurs du système institutionnel (dont les juges) qui doit nécessairement servir l'idéal politique de non-domination.

Il semble désormais assez clair pourquoi l'équité procédurale intéresse les néo-républicains : elle répond à une préoccupation de lutte contre la non-domination comme moyen de contrôle et de révision des décisions d'autorités inférieures, en utilisant cette marge de manœuvre, et qui porte particulièrement sur la justice procédurale, donc sur le « due process ».

Au début de ce chapitre, nous mentionnions non seulement l'apport de l'équité procédurale pour la théorie de liberté comme non-domination, mais également pour la théorie de l'égalité relationnelle. L'égalité relationnelle se définit par opposition à l'égalitarisme à la John Rawls, où la préoccupation principale porte sur la redistribution des ressources : l'égalité relationnelle, quant

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 176.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 174. Cela ne constitue, en soi, qu'une des conditions institutionnelles préconisées par Pettit, puisqu'il considère également la nécessité d'une dispersion du pouvoir, des outils contre-majoritaires, etc. Voir Meyerson, Denise. *The University of Toronto Law Journal* 49, no. 1 (1999), p. 174. <https://doi.org/10.2307/826057>.

³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 174-175.

à elle, se préoccupe d'une « equality of standing or an equality of status »³⁷¹. Il s'agit donc de se préoccuper des bases sociales permettant d'acquérir le respect envers soi, ainsi que l'action des institutions qui se doit de traiter les personnes avec respect³⁷². Plus précisément, l'approche de la justice procédurale par la perspective relationnelle met l'accent sur quatre principes fondamentaux : « “**voice**” (the willingness of authorities to listen attentively to a person's views, even when there is no chance of influencing the outcome); the **neutrality** of authorities (their consistency and perceived impartiality); the extent to which authorities are polite and **respectful** in their dealings with litigants; and “**trustworthiness**,” not in the sense of “honesty,” but in the sense that people feel that authorities care about them and are motivated to be fair to them »³⁷³ (nous surlignons).

Bien qu'il soit particulièrement intéressant de s'attarder sur les conjonctions et différences entre non-domination et égalité relationnelle (notamment sur des questions de définition de la vulnérabilité qui définit les deux théories³⁷⁴), nous nous limiterons ici à considérer le fait que l'équité procédurale permet de réaliser en partie les objectifs posés par les théories de l'égalité relationnelle, à savoir renforcer les bases sociales du respect de soi et garantir le traitement respectueux, impartial, ouvert et égal des individus par les institutions (dans notre cas, les administrations et le contrôle effectué par la magistrature de leur fonctionnement).

³⁷¹ Garrau, Marie, et Cécile Laborde. « Relational Equality, Non-Domination, and Vulnerability ». Dans *Social Equality: On What It Means to be Equals*, édité par Carina Fourie, Fabian Schuppert, et Ivo Wallimann-Helmer. Oxford University Press, 2015, p. 47.

³⁷² *Ibidem*, pp. 48-49.

³⁷³ Meyerson, Denise, et Catriona Mackenzie. « Procedural Justice and the Law ». *Philosophy Compass* 13, n° 12 (1 décembre 2018): e12548, p. 7.

³⁷⁴ Pour plus de détails, nous renvoyons largement à Garrau, Marie et Cécile Laborde, *op. cit.*, pp. 58-64.

Maintenant que ce portrait des théories politiques s'intéressant à la justice procédurale, et donc à une pratique comme l'équité procédurale qui repose sur le traitement respectueux, équitable et ouvert des individus, est esquissé, il nous faut exposer comment l'équité procédurale en tant que concept de droit est comprise dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada, et d'évaluer si cette pratique concrète de l'équité répond empiriquement aux objectifs normatifs posés par les théories politiques que nous avons susmentionnées.

III. L'équité procédurale dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada

L'équité procédurale peut donc être comprise comme un ensemble de garanties procédurales issues de principes de justice naturelle, et qui contiennent notamment les droits de participation à la procédure (comme le principe *audi alteram partem*), l'attente légitime, le droit à un décideur impartial, le droit aux motifs d'une décision, etc³⁷⁵. La conceptualisation de l'équité procédurale par la Cour suprême du Canada a été affinée par la jurisprudence (relativement récente) de cette dernière, bien que les racines de l'équité procédurale telle que comprise par la Cour remontent à de la jurisprudence de la House of Lords britannique de la moitié du 20^e siècle³⁷⁶.

Un des cas les plus significatifs en la matière est le cas *Baker c. Canada*³⁷⁷, qui porte sur un litige relevant du droit de l'immigration. Il y a bien sûr plusieurs enjeux de taille dans cet arrêt, touchant à l'équité judiciaire au sens large. Cela étant dit, nous nous limiterons ici à considérer le traitement

³⁷⁵ Voir <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/publications-guides/bulletins-guides-operationnels/citoyennete-canadienne/administration/decisions/justice-naturelle-equite-procedurale.html> (consulté le 21 mai 2023).

³⁷⁶ Notamment, le fameux Arrêt *Ridge v Baldwin and others* [1963] 2 All ER 66, qui étend certains principes de justice naturelle (ici, le droit d'être informé et d'être entendu durant la procédure) à la sphère administrative. Voir https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_142.htm.

³⁷⁷ *Baker c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.

réservé à l'équité procédurale et sa signification pour la théorie politique. Le cas *Baker*, et son traitement de l'équité procédurale, s'inscrit dans une constellation jurisprudentielle importante qui nous donne de nombreuses indications à la fois sur la nature juridique du concept d'équité procédurale, ainsi que sur son contenu, sa portée et son application concrète.

La première question, et qui porte déjà à débat entre les juges de la Cour Suprême du Canada, porte donc sur la nature de l'équité procédurale : au fond, de quoi parle-t-on ? D'abord, dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*³⁷⁸, la juge L'Heureux-Dubé indique manifestement le cœur du sens de l'équité, à savoir que celle-ci existe, mais comme source externe à la loi : « il existe un droit général à l'équité procédurale indépendamment de l'application de la loi »³⁷⁹. Ce droit intervient toutefois dans des cas précis et ne peut être invoqué de façon transversale. Comme indiqué dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de L'Établissement Kent*³⁸⁰, repris notamment de l'arrêt *Nicholson*³⁸¹, « à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne »³⁸² (nous soulignons). En ce sens, plusieurs limitations à l'équité procédurale peuvent déjà être notées : l'équité procédurale s'applique d'abord et avant tout à un public particulier, à savoir aux détenteurs de pouvoir décisionnel public (et donc, a priori, ne concerne pas les acteurs strictement privés). Pour le dire dans les termes de Philip Pettit, il s'agit ici d'une contrainte portée davantage sur l'*Imperium* (sur le pouvoir public) que sur le *Dominium* (sur les relations entre acteurs privés).

³⁷⁸ *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653.

³⁷⁹ *Ibidem*, 668, point f.

³⁸⁰ *Cardinal c. Directeur de L'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643

³⁸¹ *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1979] 1 R.C.S. 311

³⁸² Arrêt *Cardinal*, 653, points g-h.

Cela étant dit, si une situation telle que définie se présente, nous nous trouverons en effet face à une mobilisation possible du concept d'équité, mais son contenu demeure incertain. Et cela apparaît normal, en ce que l'équité demeure un principe de droit variable, et donc nécessairement malléable. Pour le dire dans les termes de la Cour, « Tout comme les principes de justice naturelle, la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas »³⁸³ (nous soulignons). Cela étant dit, le caractère variable et donc mouvant de l'équité procédurale ne signifie pas que celle-ci soit subjective³⁸⁴, et que son contenu ne dépende donc que de la seule conception du décideur chargé d'appliquer l'équité procédurale dans sa décision.

Dans l'arrêt *Knight*, repris globalement dans l'arrêt *Baker*, la Cour Suprême donne des indications sur les facteurs influençant l'existence d'une obligation d'équité procédurale, qui peuvent se synthétiser en trois facteurs principaux : « (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier »³⁸⁵.

- Pour ce qui concerne le premier facteur, nous nous limiterons simplement à mentionner que l'obligation d'équité procédurale a été progressivement étendue de la sphère judiciaire à la sphère administrative, principalement pour les décisions de nature particulière et irrévocable³⁸⁶. De ce fait, « Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision

³⁸³ Arrêt *Knight*, 682, point a.

³⁸⁴ *Ibidem*, 683, point c.

³⁸⁵ *Ibidem*, 669, points c-d.

³⁸⁶ Voir *Knight*, 670, points b-e.

ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès »³⁸⁷.

- Le deuxième facteur porte sur la nature de la relation entre un organisme public et un particulier³⁸⁸. Puisque l'arrêt *Knight* porte sur un congédiement, il y est principalement question de plusieurs types de relation de travail donnant lieu ou non à l'obligation d'équité procédurale, mais l'arrêt *Baker* ne portant bien sûr pas sur une relation de travail, mais plutôt une relation de demandeur vis-à-vis de l'administration, ce critère n'est pas repris tel quel dans l'énoncé de l'arrêt *Baker*.
- Le troisième facteur est conséquentialiste, à savoir que les conséquences d'une décision pour un intéressé vont faire varier l'intensité des obligations d'équité procédurale : « Il n'y a droit à l'équité procédurale que si la décision est importante et a de graves répercussions sur l'intéressé », dit la Juge l'Heureux-Dubé pour la Cour³⁸⁹. Cela n'est pas sans rappeler le critère « d'importance suffisante » mentionné et rappelé dans l'arrêt *Cardinal*³⁹⁰. Cela étant dit, l'arrêt *Cardinal* indique que certains éléments constitutifs de l'équité procédurale sont si fondamentaux que leur absence/omission dans une procédure ne peut quasi jamais être considérée, en soi, sans « importance suffisante » (comme une audition équitable, par exemple)³⁹¹.

³⁸⁷ Baker, 838, §23.

³⁸⁸ Voir Knight, 670, points h et suivants.

³⁸⁹ *Ibidem*, 677, point a.

³⁹⁰ Arrêt Cardinal, 660, point g.

³⁹¹ Voir arrêt Cardinal, 660, point j. Cela étant dit, il semble qu'une audition équitable ne soit, en soi, pas si fondamentale pour autant que d'autres formes de participation à la procédure aient été garanties, comme une participation écrite. Voir arrêt Baker, §§33-34.

L'arrêt *Baker*, quant à lui, reprend d'abord la même idée se trouvant derrière le premier facteur de l'arrêt *Knight*³⁹² (voir plus haut). Ensuite, est repris le troisième facteur de l'arrêt *Knight*, à savoir le facteur conséquentialiste portant sur l'importance que la décision prise aura sur les intéressés³⁹³. Un autre facteur, supplémentaire, porte sur l'attente légitime que peut avoir un demandeur face à une décision, que cela soit en termes procéduraux ou même en termes substantiels, bien que « la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure »³⁹⁴ (nous soulignons). Enfin, un dernier facteur supplémentaire porte sur la nécessité de considérer les choix des procédures mises en place par l'organisme lui-même, surtout si la loi lui donne de la latitude à cet égard, et d'avoir égard aux contraintes institutionnelles de l'organisme³⁹⁵.

Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive, et pour cause, car ces facteurs ne servent qu'à déterminer la nature et l'intensité de l'équité procédurale applicable, et que celle-ci demeure guidée par l'idée principale sous-jacente à ces facteurs, à savoir que « que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur »³⁹⁶. Mais il est possible que d'autres facteurs soient à prendre en considération, notamment pour ce qui concerne des aspects fondamentaux de l'équité procédurale non reliés aux droits de participation³⁹⁷. C'est notamment le cas de la motivation des décisions et

³⁹² Arrêt Baker, §§23-24.

³⁹³ *Ibidem*, §25.

³⁹⁴ *Ibidem*, §26.

³⁹⁵ *Ibidem*, §27.

³⁹⁶ *Ibidem*, §22.

³⁹⁷ *Ibidem*, §28.

d'une explication écrite transmise au particulier³⁹⁸, ou encore du droit à un décideur impartial (selon le test de crainte raisonnable de partialité)³⁹⁹.

Résumons. La notion d'équité procédurale est variable dans son contenu et son intensité, et demeure donc relativement abstraite quant à sa nature (la nécessité de son application devra être vérifiée au cas par cas). Différents facteurs entrent en compte pour déterminer s'il s'agit d'un cas où se trouve une obligation d'équité procédurale, et si oui, quel sera son contenu et comment il s'appliquera.

Mais une chose est certaine : la finalité de l'équité procédurale tend, quoiqu'il en soit, à rééquilibrer un déséquilibre de pouvoir entre une autorité publique et un particulier en contraignant celle-ci par des règles de procédures parallèles à des règles de procédure judiciaire. En ce sens, comme l'indique la Cour dans l'arrêt Knight, « on ne vise pas à créer [...] "la perfection procédurale", mais bien à établir un certain équilibre entre le besoin d'équité, d'efficacité et de prévisibilité des résultats »⁴⁰⁰.

Au vu de cela, peut-on affirmer que l'équité procédurale, telle que pratiquée par la Cour Suprême du Canada dans sa jurisprudence, constitue une application pratique des théories politiques vues plus haut, à savoir la théorie de liberté comme non-domination et l'égalité relationnelle ? La réponse est, malgré le caractère nécessairement abstrait et donc singulier de la pratique de l'équité procédurale, affirmative. Nous avons expliqué, d'abord par l'exposé des principes fondateurs des

³⁹⁸ Voir *Ibidem*, §43.

³⁹⁹ *Ibidem*, §§45-47.

⁴⁰⁰ Arrêt Knight, 685, points c-d. Cela est par ailleurs cohérent avec la théorie de la moralité interne du droit chez Fuller, dont la nature est aspirationnelle et demeure donc graduelle. En effet, Fuller indique que la « inner morality of law is condemned to remain largely a morality of aspiration and not of duty ». Voir Fuller, Lon L. « THE MORALITY THAT MAKES LAW POSSIBLE », *op. cit.*, p. 43.

théories politiques choisies puis par la définition de la nature et du contenu de l'équité procédurale, que théorie et pratique ont ici beaucoup de points communs, à la fois car elle vise des objectifs communs (pour ne pas dire identiques), et car les moyens abstraits préconisés par ces théories sont mis en pratique au travers de la pratique de l'équité procédurale. En effet, cette dernière vise à consacrer des droits de participation dans la procédure pour les particuliers (ce qui correspond, notamment, au principe de « voice » de la théorie relationnelle de la justice procédurale), ainsi que le droit d'être traité par un décideur impartial et d'obtenir les motifs d'une décision (ce qui correspond au but de non-domination posée par la théorie néo-républicaine, puisqu'il s'agit ici de contraindre, voire de supprimer le pouvoir arbitraire d'un pouvoir public au travers d'un principe diffus dans le fonctionnement du pouvoir public assorti d'un contrôle *a posteriori*, en s'assurant que ce pouvoir public ait eu égard aux intérêts des parties concernées dans sa procédure de décision). En ce sens, nous pouvons affirmer que la décision de la Cour dans l'arrêt *Baker* constitue une pratique politique de la théorie de liberté comme non-domination, ainsi que de la théorie de l'égalité relationnelle (telle que définies *supra*).

IV. Remarques conclusives

Pour conclure ce troisième et dernier chapitre de ce mémoire, nous avons montré pourquoi le théoricien politique devrait s'intéresser à la notion d'équité en droit, au sens large, et donc notamment à l'équité procédurale. Nous nous sommes ensuite intéressés aux considérations générales des théories politiques néo-républicaines et relationnelles, ainsi qu'à leurs moyens et finalités touchant plus directement à la justice procédurale et à leurs liens théoriques avec l'équité procédurale. Nous avons enfin explicité, concrètement, comment l'équité procédurale comprise dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada constitue, pour la théorie politique, une

application concrète des objectifs des théories néo-républicaines et relationnelles et constitue de ce fait une porte d'entrée pour la théorie politique dans la théorie du droit.

Conclusion

Ce mémoire avait une ambition particulière : redécouvrir la notion d'équité, sa richesse et sa complexité en théorie du droit, ainsi que son utilité pratique en tant qu'outil au service de la théorie politique. Nous avons proposé l'argument que l'équité est un concept constant dans le discours du droit, constituant une véritable notion fondamentale de la théorie du droit, et plus particulièrement de la théorie de la décision judiciaire. Nous avons également vu, au travers de la notion d'équité, comment le rôle du juge, ainsi que son éthos, a varié au fil de l'évolution de la théorie du droit.

Nous avons introduit notre mémoire en distinguant l'équité de l'égalité (de résultats). Au vu de notre exposé, nous espérons avoir démontré que l'histoire de la notion d'équité lui donne une profondeur suffisante pour exister « indépendamment » (à tout le moins sur le plan conceptuel) du concept d'égalité. L'*epieikeia* n'est pas l'*isos*, si l'on reprend la distinction aristotélicienne vue au premier chapitre. Conceptuellement donc, elles ne se confondent pas, et l'équité doit pouvoir être reconnue à sa juste valeur. L'égalité est dérivative de droits, en ce qu'elle leur est logiquement postérieure⁴⁰¹. L'équité, quant à elle, corrige la loi, se situe aux croisements du droit et de l'éthique, voire constitue ce sentiment irrationnel et irréductible dans la théorie de la décision judiciaire. Il en découle que tout un chacun doit se questionner sur son utilisation du terme « équité » et doit se demander si cette utilisation fait justice à la richesse conceptuelle qui s'y rattache, ou si son signifié est plus exactement exprimé par la notion d'égalité.

⁴⁰¹ Pour reprendre l'idée de Peter Westen, « To say that two persons are the same in a certain respect is to presuppose a rule - a prescribed standard for treating them - that both fully satisfy. Before such a rule is established, no standard of comparison exists. After such a rule is established, equality between them is a "logical consequence" of the established rule ». Voir Westen, Peter. "The Empty Idea of Equality." *Harvard Law Review* 95, no. 3 (1982): p. 548.

Dans le premier chapitre, nous avons vu cette richesse conceptuelle en action. Au travers des siècles, l'équité en tant que concept a fortement évolué, et sa relation avec le droit et l'éthique fut changeante. L'équité fut réduite, écartée, renommée, réinterprétée, presque oubliée au sein de la théorie du droit. Mais sa nature demeure aujourd'hui encore intacte et sa puissance conceptuelle ne saurait être pleinement intégrée dans un autre concept juridique, politique ou philosophique. En partant d'Aristote, qui a certainement offert la conception la plus complète et intégrée de l'équité, nous avons vu au travers de l'approche kantienne que l'équité fut progressivement écartée du droit (strict) pour se ranger à l'intersection du droit et de l'éthique. Nous avons également vu que, malgré la conception riche de l'équité reliée au droit naturel chez Hobbes, l'exemple de l'évolution de l'*equity* anglo-saxonne et de l'action de la « Court of Chancery » (dont Blackstone est un brillant témoin) nous montre comment le droit s'est graduellement « artificialisé » et rationalisé. Ce processus est particulièrement perceptible dans la pensée de Coke, et l'impulsion d'émancipation du droit de la « natural reason » (et par extension de l'éthique) continua par après chez Bentham d'abord, chez Austin ensuite. La doctrine de la séparation atteignit alors son paroxysme avec le positivisme de Kelsen et l'« analytical jurisprudence » chez Hart. Weber nous aida ainsi à expliquer empiriquement ce processus de rationalisation (flexible) du droit.

Dans le second chapitre, nous avons vu l'influence qu'a eue la crise de la modernité au sein de la théorie du droit, provoquant l'émergence des mouvements issus du scepticisme juridique, comme le mouvement du droit libre avec Hermann Kantorowicz, les mouvements anti-formalistes français, ou encore le vaste mouvement du réalisme juridique américain. Ces mouvements, qui se caractérisent par ce retour du droit vers la « vie », ont mis l'accent sur les lacunes de la conception positiviste du droit, et surtout ont montré que le rôle du juge est loin d'être purement mécanique ou issu d'une logique juridique strictement déductive. Cela implique à la fois une réflexivité du

juge sur son travail ainsi que la nécessité de suggérer de nouvelles façons de donner du sens au processus de décision judiciaire. C'est en cela que nous nommons la partie irréductible et irrationnelle du jugement l'équité, car c'est en s'éloignant d'une rationalisation excessive du droit que l'on trouve le plein sens du concept d'équité. Cela est particulièrement présent chez John Dewey qui suggéra notamment d'abandonner la conception judiciaire de « déductions de certitudes » pour adopter une approche évaluative et une logique expérimentale, voire instrumentale du droit, dont les juges sont les acteurs principaux, en ayant égard aux besoins sociaux. Un retour à l'équité fut plus clairement suggéré par Roscoe Pound qui manifesta sa préoccupation à se battre pour l'équité, en ce que celle-ci fait partie inhérente du droit. Mais ce retour vers l'équité ne doit pas se faire aux dépens de la démocratie, et la première préoccupation de ceux s'intéressant au retour du droit vers l'équité sera de garder en tête le risque de manipulations qu'un tel retour implique. Cela est bel et bien conforme à la conception aristotélicienne de l'équité : elle ne peut s'exprimer réellement qu'au regard d'un système juste et, *ipso facto*, de lois *a priori* justes.

Enfin, le troisième et dernier chapitre avait vocation à compléter la connexion entre l'équité comprise en théorie du droit et la théorie politique. En effet, après avoir démontré la nécessité pour le juge pratiquant l'équité de considérer son action au regard de principes fondamentaux de la théorie politique, nous avons démontré dans le troisième chapitre l'intérêt que doivent porter la théorie politique et les théoriciens pour l'équité dans le droit, et plus particulièrement dans son expression judiciaire. Notre argument visait à donner à l'équité une assise en théorie politique, au travers de la théorie de liberté comme non-domination développée par Philip Pettit. Outre notre analyse des fondamentaux de la pensée de Pettit, nous avons explicité pourquoi l'équité, dans son expression judiciaire et plus précisément procédurale, servait comme un outil de mise en pratique

des principes de la théorie néo-républicaine de Pettit, ainsi que de la théorie de l'égalité relationnelle. Enfin, pour illustrer notre propos, nous avons présenté la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur l'équité procédurale, dont les garanties fournies par sa jurisprudence répondent notamment à l'appel de la théorie politique de Pettit. Cette jurisprudence constitue donc une pratique politique visant une société libérée de domination.

Une remarque s'impose : si tant est que l'argument général de ce mémoire soit un minimum convaincant, il est évident qu'il ne provoquera pas, à titre singulier, de changement radical dans la pratique judiciaire du jour au lendemain. Les habitudes, tout comme les croyances et les mythes, sont tenaces. Il est plausible qu'il existe d'excellentes raisons pour que le positivisme formaliste continue à régner en maître tant dans le domaine de la théorie du droit que dans la conception quotidienne de la pratique du droit. Les « savants » du droit, consacrés à l'édification de leur « science » du droit, rejettent cette part irrationnelle dans le droit qui demeure irréductible malgré le processus de mécanisation et de rationalisation du droit. Autrement dit, en dehors du champ des idées, les intérêts entrent en jeu. Et cela constitue certainement un champ de recherche qu'il s'agit de continuer d'explorer, en repartant de l'approche empirique wébérienne et en étudiant les raisons de la difficulté qu'a l'équité à se frayer à nouveau un chemin au sein de la théorie du droit. Autrement dit, la question est : qu'est-ce qui empêche le droit, encore aujourd'hui, de s'ouvrir pleinement à un retour de l'équité en son sein, comprise au sens riche et complexe que nous avons exposé ?

Une seconde remarque s'impose également : nous avons pris, dans le cadre de notre suggestion de reconnexion de l'équité dans le droit avec la théorie politique, une seule facette de ce que constitue l'équité dans le droit, à savoir son aspect procédural. Notre décision de nous concentrer sur le volet

procédural s'explique par notre volonté de rendre notre argument convaincant et suffisamment précis au regard principalement de la théorie politique de Philip Pettit. Mais il va sans dire que l'équité, dans son expression judiciaire, dépasse ce simple volet procédural, pour toucher également à des volets plus formels, mais surtout à des volets plus substantiels. Mais entrer dans ce dernier volet aurait eu pour conséquence de devoir formuler un argument qui n'aurait pas pu être synthétisé en un chapitre de ce mémoire au vu des larges considérations qu'il implique. Il s'agit ici aussi d'une possibilité de recherche ultérieure, à savoir comment est-il possible de reconnecter l'équité, dans son aspect le plus substantiel, avec la théorie politique ? Comme nous l'avons dit, il s'agit d'une question qui dépasse le cadre de ce mémoire, mais dont la connexion concrète entre pratique de l'équité dans le droit et la théorie politique est des plus pertinentes au regard de ce que nous tentons de réaliser, à savoir une pleine et véritable redécouverte de l'équité.

Nous avons plusieurs fois mentionné que d'aucuns appelaient à préserver l'équité, voire à se battre pour elle, mais cela n'est pas uniquement vrai dans le domaine de la théorie du droit et pour le public qui s'y intéresse. En 1974, Bruce A. Ackerman indiquait que « the future course of legal theory depends, however, not only on the life of the mind but on the world of social and political action. And here the auguries are uncertain at best »⁴⁰². Permettons-nous d'être aujourd'hui moins pessimiste, et de voir le regain d'intérêt pour l'équité en dehors de la sphère théorique, c'est-à-dire dans la sphère de la praxis sociale, comme un signal positif pour l'avenir de la théorie du droit ainsi que la théorie politique.

⁴⁰² Ackerman, Bruce A., *op. cit.*, p. 126.

Bibliographie

Lois :

- Code civil suisse.
- *Loi de 1996 sur l'équité salariale*. RLRQ, c. E-12.001.

<https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/E-12.001>

Jurisprudence :

- Cour suprême du Canada :
 - Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners, [1979] 1 R.C.S. 311.
 - Cardinal c. Directeur de L'Établissement Kent, [1985] 2 R.C.S. 643.
 - Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653.
 - Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.
 - Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique :
 - U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
 - House of Lords du Royaume-Uni :
 - Ridge v Baldwin and others [1963] 2 All ER 66.
- https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_142.htm

Littérature :

- Ackerman, Bruce A. « 'Law and the Modern Mind' by Jerome Frank ». *Daedalus* 103, no. 1 (1974): 119–30. <http://www.jstor.org/stable/20024194>.

- Aristote. *Éthique à Nicomaque*. Édité par Bodéüs Richard. Paris : Flammarion, 2004.
- Aristote. *Les Politiques*. Édité par Pellegrin Pierre. Paris : Flammarion, 2015.
- Aristote. *Rhétorique*. Édité par Chiron Pierre. Paris : Flammarion, 2007.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England : In Four Books. by William Blackstone* (The 6th ed.), Vol. 1, Eighteenth Century Collections Online. London: Printed for W. Strahan, 1774.
- Blais, Martin. *L'œil de Cain. Essai sur la justice*. 1994.
- Braz, Adelino. « Chapitre V. La logique de la division », dans *Droit et éthique chez Kant : L'idée d'une destination communautaire de l'existence*. Paris : Éditions de la Sorbonne, 2005. doi:10.4000/books.pSORBONNE.18603.
- Camus, Albert. *Le Mythe de Sisyphe*, 1942, p. 109, http://classiques.uqac.ca/classiques/camus_albert/mythe_de_sisyphe/mythe_de_sisyphe.pdf.
- DeVine, Stephen W. « The Concept of Epieikeia in the Chancellor of England's Enforcement of the Feoffment to Uses before 1535 ». *University of British Columbia Law Review* 21, n° 2 (1987): 323-50. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ubclr21&i=329>.
- Dewey, John. "Nature and Reason in Law." *International Journal of Ethics* 25, no. 1 (1914): 25–32. <http://www.jstor.org/stable/2989560>.
- Dewey, John. *Écrits politiques*. Paris : Gallimard, 2018.
- Dilcher, Gerhard. « The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization ». *Rechtsgeschichte - Legal History* 2016, n° 24 (2016): 020-072. <https://doi.org/10.12946/rg24/020-072>.

- DOUTRELOUX, Émilie. La pédagogie de l'équité: pour favoriser l'égalité des chances. *Pédagogie collégiale* vol. 32, no 4, été 2019, 2019, <https://educ.info/xmlui/bitstream/handle/11515/38030/doutreloux-32-4-19.pdf>.
- Doyon, J.-Michel. « Droit, Loi et Équité ». *Revue générale de droit* 26, n° 2 (1995): 325. <https://doi.org/10.7202/1035865ar>.
- Dyzenhaus, David. « Hobbes and the Legitimacy of Law ». *Law and Philosophy* 20, n° 5 (septembre 2001): 461. <https://doi.org/10.2307/3505220>.
- Dyzenhaus, David. « The Very Idea of a Judge ». *University of Toronto Law Journal* 60, n° 1 (janvier 2010): 61-80. <https://doi.org/10.3138/utlj.60.1.61>.
- Flavius, Gnavius. « The Battle for Legal Science ». *German Law Journal* 12, n° 11 (1 novembre 2011): 2005-30. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017673>.
- Frank, Jerome. « Modern and Ancient Legal Pragmatism--John Dewey & Co. vs. Aristotle: II ». *Notre Dame Law Review* 25, n° 3 (1 mai 1950): 460. <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol25/iss3/3>.
- Frank, Jerome. *The Law and the Modern Mind*, London: Stevens & Sons Limited, 1949.
- Fuller, Lon L. "THE MORALITY THAT MAKES LAW POSSIBLE." In *The Morality of Law: Revised Edition*, Yale University Press, 1969. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1cc2mds.6>
- Fuller, Lon L. « Positivism and Fidelity to Law--A Reply to Professor Hart ». *Harvard Law Review* 71, n° 4 (1957): 630-72. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr71&i=662>.
- Garrau, Marie, et Cécile Laborde. « Relational Equality, Non-Domination, and Vulnerability ». Dans *Social Equality: On What It Means to be Equals*, édité par Carina

Fourie, Fabian Schuppert, et Ivo Wallimann-Helmer. Oxford University Press, 2015.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199331109.003.0003>.

- Giltaij, Jacob. « Hermann Kantorowicz and Hans Kelsen: From Debating Legal Sociology to Constructing an International Legal Order ». *History of European Ideas* 48, n° 1 (2 janvier 2022): 112-28. <https://doi.org/10.1080/01916599.2021.1898438>.
- Goldoni, Marco. « At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power ». *Oxford Journal of Legal Studies* 32, no. 2 (2012): 211–34. <http://www.jstor.org/stable/41682777>.
- Goyard-Fabre, Simone. *La philosophie du droit de Kant*. Paris : Vrin – Histoire des idées et des doctrines, 1996.
- Hart, H. L. A. « Positivism and the Separation of Law and Morals ». *Harvard Law Review* 71, n° 4 (1958): 593-629. <https://doi.org/10.2307/1338225>.
- Herget, James E., et Stephen Wallace. « The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism ». *Virginia Law Review* 73, n° 2 (mars 1987): 399–455. <https://doi.org/10.2307/1073069>.
- Herrera, Carlos Miguel. « Anti-formalisme et politique dans la doctrine juridique sous la IIIe République ». *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle* 29, n° 1 (2011): 145-65. <https://doi.org/10.3917/mnc.029.0145>.
- Holdsworth, W. S. « Blackstone's Treatment of Equity ». *Harvard Law Review* 43, no. 1 (1929): 1–32. <https://doi.org/10.2307/1330650>.
- Holmes, O. W. Jr., « Early English Equity ». *Law Quarterly Review* 1, no. 2 (1885): 162-174.
- Holmes, Oliver Wendell. « The path of the law ». *Harvard Law Review* 110, n° 5 (1997): 457-478.

- Humphreys, Stephen. « Equity before ‘Equity’ ». *The Modern Law Review* 86, n° 1 (1 janvier 2023): 85-121. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12750>.
- Jerome Frank, « Civil Law Influences on the Common Law--Some Reflections on Comparative and Contrastive Law ». *University of Pennsylvania Law Review* 104, no. 7 (1955-1956): 887-926.
- Jouanjan, Olivier. « Science juridique et codification en Allemagne, 1850-1900 », *Droits* 27 (1998): 65-86.
- Kant, Emmanuel. « Introduction à la Doctrine du Droit », dans *Métaphysique des mœurs (Tome 2) - Doctrine du droit – Doctrine de la vertu*, édité par Renaut Alain. Paris : Flammarion, 1994.
- Kantorowicz, Hermann. « Some Rationalism about Realism ». *The Yale Law Journal* 43, no. 8 (1934): 1240–53. <https://doi.org/10.2307/791529>.
- Kirste, Stephan. « The German Tradition of Legal Positivism ». Dans *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, édité par Torben Spaak et Patricia Mindus, 1^{re} éd., 105-32. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. <https://doi.org/10.1017/9781108636377.005>.
- Klimchuk, Dennis. « Hobbes on Equity ». Dans *Hobbes and the Law*, édité par David Dyzenhaus et Thomas Poole, 1^{re} éd., 165-85. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139137034.009>.
- Meissel, Franz-Stefan. « Les transformations du discours sur l’équité en droit autrichien » (exposé lors du congrès « Aequitas Equité Equity »), Université de Montpellier, 17 mai 2013.

- Meyerson, Denise, et Catriona Mackenzie. « Procedural Justice and the Law ». *Philosophy Compass* 13, n° 12 (1 décembre 2018): e12548. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/phc3.12548>.
- Meyerson, Denise. *The University of Toronto Law Journal* 49, no. 1 (1999), p. 174. <https://doi.org/10.2307/826057>.
- MICHON, Cyrille. “L’Epieikeia Comme Correctif De La Loi.” *Annuaire De l’Institut Michel Villey* 1 (2011): 35–50.
- Morandière, Léon Julliot de la. « The Draft of a New French Civil Code: The Role of the Judge ». *Harvard Law Review* 69, no. 7 (1956): 1264–78. <https://doi.org/10.2307/1337442>
- Moyse, Pierre-Emmanuel. « L’Abus de droit : l’anténorme — Partie II ». *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill* 58, n° 1 (2012): 1-60. <https://doi.org/10.7202/1013385ar>.
- Newman, Ralph A. « Equity in Comparative Law ». *International and Comparative Law Quarterly* 17, n° 4 (1968): 807-48. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/incolq17&i=817>.
- Newman, Ralph A. « La nature de l’équité en « droit civil » ». *Revue internationale de droit comparé* 16, n° 2 (1964): 289-95. <https://doi.org/10.3406/ridc.1964.13936>.
- Newman, Ralph A. « Some Suggestions for a Course in Comparative Equity ». *Journal of Legal Education* 14, n° 3 (1962): 343-48. <https://www.jstor.org/stable/42891442>.
- Newman, Ralph A. « The Principles of Equity as a Source of World Law ». *Israel Law Review* 1, n° 4 (octobre 1966): 616-31. <https://doi.org/10.1017/S0021223700017180>.
- Pasquier, Emmanuel. « Kelsen et la théorie de “l’absence de lacunes du droit” : un décisionnisme kelsénien ? », Dans *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*. Classiques Garnier, 2012.

- Pasquier, Emmanuel. « Le « Kelsen » de Schmitt - Construction par Carl Schmitt de l'opposition entre décisionnisme et normativisme », Dans *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*». Classiques Garnier, 2012.
- Pettit, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, Incorporated, 1997.
- Postema, Gerald J. « Legal Positivism: Early Foundations ». In *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Routledge, 2012.
- Pound, Roscoe. « Consideration in Equity ». *Illinois Law Review* 13 (1918-1919): 667-692.
- Pound, Roscoe. « Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the Individual Special Case ». *New York University Law Review* 35, no. 4 (April 1960): 925-938.
- Pound, Roscoe. « The Decadence of Equity ». *Columbia Law Review* 5, n° 1 (janvier 1905): 20–35. <https://doi.org/10.2307/1109713>.
- Radbruch, Gustav. « Injustice légale et droit supralégal ». *Archives de philosophie du droit* 39 (1995): 309-320.
- Rawls, John. « Première partie. Idées fondamentales », dans *La justice comme équité*, 17-63. Poche / Essais. Paris: La Découverte, 2020. <https://www.cairn.info/la-justice-comme-equite--9782707154606-p-17.htm>.
- Reidy, David A. « The Right and the Good », dans *PHILOSOPHY AND POLITICS: METHODS, TOOLS, TOPICS*, édité par Antonella Besussi, Ashgate Publishing, 2011, <https://ssrn.com/abstract=1794162>.
- Ricœur, Paul. « L'acte de juger ». *Esprit* (1940-), n° 183 (7) (1992): 20-25. <https://www.jstor.org/stable/24275568>.

- Riley, Chris. « Jeremy Bentham and Equity: The Court of Chancery, Lord Eldon, and the Dispatch Court Plan ». *The Journal of Legal History* 39, n° 1 (2 janvier 2018): 29-57. <https://doi.org/10.1080/01440365.2018.1434966>.
- Robertson, David. *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton University Press, 2010. <https://doi.org/10.1515/9781400836871>.
- Saint-Arnaud, Jocelyne « Les définitions aristotéliennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité ». *Philosophiques* 11, no 1 (1984) : 157–173. <https://doi.org/10.7202/203247ar>.
- Schmidt, Katharina Isabel. « How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 ». *Law and History Review* 41, n° 1 (février 2023): 93-117. <https://doi.org/10.1017/S0738248023000020>.
- Schmidt, Katharina Isabel. « Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to “Life,” 1903–1933 ». *German Studies Review* 39, n° 1 (2016): 121-40. <https://doi.org/10.1353/gsr.2016.0014>.
- Schofield, Philip. « Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism ». In *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, édité par Torben Spaak et Patricia Mindus, 1^{re} éd., 203-24. Cambridge University Press, 2021. <https://doi.org/10.1017/9781108636377.009>.
- Smith, David Chan. *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*. Cambridge Studies in English Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107706798>.
- Solar, Claudie. « La Toile de l'équité et le débat. Activités de formation pour l'égalité des sexes ». *Genre Éducation Formation*, n° 3 (1 décembre 2019). <https://doi.org/10.4000/gef.429>.

- Solum, Lawrence B. « Equity and the Rule of Law ». *Nomos* 36 (1994): 120-47. <https://www.jstor.org/stable/24219508>.
- Titi, Catharine. *The Function of Equity in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2021. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198868002.003.0001>.
- Vergara, Francisco. « UTILITÉ PRINCIPE D' », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 17 juillet 2023. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/principe-d-utilite/>.
- von Savigny, Friedrich Carl. *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*. Édité par Alfred Dufour, Presses universitaires de France, 2015.
- Waldron, Jeremy. « Principles of Legislation ». Dans *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Édité par Richard W. Bauman et Tsvi Kahana, 15–32. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. doi:10.1017/CBO9780511511035.003.
- Weber, Max. « Les qualités formelles du droit moderne ». In *Sociologie du droit*, traduit par Jacques Grosclaude, 283-304. Quadrige. Paris cedex 14: Presses Universitaires de France, 2013. <https://www.cairn.info/sociologie-du-droit--9782130609346-p-283.htm>.
- Westen, Peter. “The Empty Idea of Equality.” *Harvard Law Review* 95, no. 3 (1982): 537–96. <https://doi.org/10.2307/1340593>.

Autres :

- « L’intervention en équité », Le Protecteur du citoyen, Assemblée nationale du Québec, mars 2004, https://protecteurducitoyen.qc.ca/sites/default/files/pdf/equite_0.pdf.
- Approche du FRQ sur l’équité : <https://frq.gouv.qc.ca/equite-diversite-et-inclusion-edi/>.

- Approche du Programme des chaires de recherche du Canada sur l'équité : https://www.chairs-chaire.gc.ca/program-programme/equity-equite/best_practices-pratiques_exemplaires-fra.aspx.
- Énoncé de vision EDI de l'Université de Montréal, 2019, https://www.umontreal.ca/public/www/documents/Enonce_de_vision_EDI_2019.pdf.
- Guide du candidat du NSERC – CRSNG, 2017, https://www.nserc-crsng.gc.ca/_doc/EDI/Guide_for_Applicants_FR.pdf.
- Lexique EDI de l'UQAM : <https://edi.uqam.ca/lexique/equite/>.
- Observatoire sur la réussite en enseignement supérieur, « L'équité, la diversité et l'inclusion, de quoi parle-t-on ? » : <https://www.oresquebec.ca/notions-cles/lequite-la-diversite-et-linclusion-de-quoi-parle-t-on/>.
- Politiques EDI de l'Université de Toronto : <https://ediri.utoronto.ca>
- Résumé des principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale du gouvernement fédéral canadien : <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/publications-guides/bulletins-guides-operationnels/citoyennete-canadienne/administration/decisions/justice-naturelle-equite-procedurale.html>.