

L'*epieikeia* aristotélicienne comme *correctif* de la loi*

Cyrille Michon

L'article 12 du *Nouveau Code de Procédure Civile* énonce que « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. » Depuis la réforme des Parlements de l'Ancien Régime, le *dura lex sed lex* prévaut, dans le système juridique français, sur le *summum ius summa iniuria*. L'idée d'un recours exceptionnel à l'équité comme source de droit permettant au juge de prononcer sans le couvert de la loi (*praeter legem*) ou plus encore contre elle (*contra legem*) n'a pas droit de cité, et l'on fait référence à plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui ont systématiquement cassé des jugements reposant sur un renvoi à l'équité¹. La notion garde pourtant une place, elle est mentionnée en plusieurs articles², a pris une place prépondérante dans le droit des contrats³, les juristes ne sont pas tous défavorables à la considération de l'équité, et le recours possible, prévu, et plus fréquent, à un arbitre,

* Je dédie cet article à la mémoire d'Emile Perreau-Saussine qui m'avait fait l'amitié de venir en écouter la version orale, et avec qui j'ai ensuite eu une discussion passionnante qui fut sans doute la dernière de celles que nous avons entretenues sur une matière philosophique. Je me suis efforcé d'en tenir compte en révisant ce texte.

¹ « L'équité n'est pas une source de droit », Cass. Soc., 4 déc. 1996, JCP, 1997, I, n° 11, obs. Cadiet ; « l'équité et le bon sens » ne peuvent constituer le fondement d'une décision judiciaire, Cass. Crim., 24 juillet, 1967, JCP, 1968, II, 15399. Il est ainsi interdit de réviser les contrats (Cass., 6 mars 1876, 1, 193, note Giboulot).

² NCPC art. 270 (sur le divorce : le juge peut refuser « si l'équité le commande » que l'un des époux verse à l'autre la prestation prévue, en vertu de l'art. 271, ou du fait que le divorce est aux torts exclusifs du bénéficiaire) ; art. 565 (le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonnée aux principes de l'équité naturelle) ; art. 815-13 (si un indivisaire a amélioré à ses frais un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité) ; art. 1135 (les conventions obligent à ce qui est exprimé et aux suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature) ; art. 1152, 1244, 1579 (à propos du régime de participation aux acquêts : le juge peut corriger les règles d'évaluation prévue par la loi, lorsque ceux-ci s'avèrent « manifestement contraire à l'équité »).

³ En vertu de l'art 1135, elle est devenue une véritable « source de droit », selon F. Zenati, « Le juge et l'équité », *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, L'Hermès, 1985. Jugement contredit par la Cour de cassation, voir note 1.

amiable compositeur, sont autant de facteurs que l'on cite souvent quand il s'agit de situer la place de l'équité dans le droit. La place du juge dans le système et la fonction de juger ont fait l'objet d'une réévaluation positive⁴. Toutefois, la tension est notable entre ceux qui se méfient du pouvoir et de l'arbitraire des juges et défendent l'impartialité universelle de la loi républicaine, et ceux qui estiment que la réalité judiciaire elle-même manifeste un inévitable recours implicite ou explicite à cette justice irréductible à la seule légalité que serait l'équité.

La tension n'est pas forcément entre les juristes, mais parfois même au sein d'un même discours. Les tribuns qui discutèrent des premiers articles du Code civil s'opposèrent ainsi à plusieurs reprises sur l'étendue à reconnaître au pouvoir du juge (et sur l'interprétation de ce qui constitue la matière des articles 4 et 5 : nécessité de juger, interdiction de procéder par règlement⁵). Et l'on ne saurait dire que l'aristotélicien Portalis eut toujours gain de cause. Il avait pointé, dans son discours préliminaire, la limite de la loi indiquée par Aristote : elle ne peut prévoir tous les cas particuliers.

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi⁶.

Selon Portalis, les lois fixent les « maximes générales du droit », elles établissent des « principes féconds en conséquences », mais ne peuvent descendre au « détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». C'est au magistrat et au jurisconsulte d'en « diriger l'application ». Il faut donc distinguer la science du législateur et celle du magistrat

La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une

⁴ Voir Ph. Raynaud « Juge », dans le *Dictionnaire de philosophie politique*, dirigé par S. Rials et Ph. Raynaud, PUF, 2003. Voir aussi le numéro de la revue *Droits* 1992 « La fonction de juger ».

⁵ Art. 4 Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. Art 5 Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises

⁶ Jean-Etienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire au premier projet de Code civil » (1801), édité dans *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil*. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, p. 16.

application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude. (p. 23)

La jurisprudence est donc le complément indispensable du code, mais il faut aussi reconnaître comme supplément des lois « cette équité naturelle dont les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes. » Soucieux de ne laisser que la loi seule régler les affaires criminelles (et politiques⁷), Portalis reconnaissait que « dans les matières civiles » où il est impossible de tout régler par des lois, l'Etat doit donner aux parties en litige « l'arbitrage apparent de l'équité » qui vaut encore mieux que « le tumulte des passions. » (p. 20).

Qu'est-ce que l'équité ? Portalis répondait en se réclamant des jurisconsultes romains

Le mot équité est susceptible de diverses acceptions. Quelquefois il ne désigne que la volonté constante d'être juste, et dans ce sens il n'exprime qu'une vertu. Dans d'autres occasions, le mot équité désigne une certaine aptitude ou disposition d'esprit qui distingue le juge éclairé de celui qui ne l'est pas, ou qui l'est moins. Alors l'équité n'est, dans le magistrat, que le coup d'œil d'une raison exercée par l'observation, et dirigée par l'expérience. Mais tout cela n'est relatif qu'à l'équité morale, et non à cette équité judiciaire dont les jurisconsultes romains se sont occupés, et qui peut être définie un retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives. (p. 88)

C'est cette équité qui est le vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas deviendrait impossible. (*ibid.*)

Je voudrais souligner ici deux caractéristiques de sa définition de l'équité comme *supplément* de la loi positive parfois *insuffisante*, et comme *retour à la loi naturelle*, qui sont souvent rattachées à l'aristotélisme reconnu de Portalis mais qui me semblent s'écarter de la pensée d'Aristote. La doctrine aristotélicienne originale voit dans l'*epieikeia* non pas un *complément* mais une *correction* de la loi positive, et elle n'est pas fondée sur une quelconque référence à la loi naturelle. C'est pourtant une lecture assez traditionnelle, que je me propose donc de discuter.

I

Le texte que je voudrais commenter est un passage bien connu du chapitre de l'*Ethique à Nicomaque* consacré à l'*epieikeia*.

⁷ « La loi politique, qui ne s'arrête point aux convenances particulières quand elle entrevoit un point de vue plus général, se conduit plutôt par la raison d'État que par un principal d'équité. La loi civile, au contraire, dont l'office principal est de régler les droits et les convenances entre particuliers, incline plutôt vers l'équité que vers la raison d'État. » (p. 66)

Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif du juste légal (*epanorthōma nomimou dikaiou*). La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général (*katholou*), et qu'il y a des cas particuliers dont on ne peut parler correctement de manière générale. Dans les matières, donc, où on doit nécessairement parler de manière générale et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents (*to hōs epi to pleon*), sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. La loi n'en est pas moins correcte (*orthos*), car la faute n'est pas à la loi, ni au législateur (*nomothetēs*), mais tient à la nature des choses, puisque telle est la matière des choses pratiques. Quand, par suite, la loi parle de manière générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, il est alors correct (*orthōs*), là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète (a) de ce qu'eût dit le législateur lui-même, s'il avait été présent à ce moment, et (b) de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question. (1137b11-23, trad. Tricot)

C'est le passage clé qui résout le paradoxe énoncé au début du chapitre : comment l'équitable peut-il se distinguer du juste sans être *injuste* ? Réponse : il s'oppose au juste légal, qui n'est qu'une espèce du juste, il est lui-même une sorte de juste, et ne s'oppose pas au juste *absolu* ou *pris absolument* (*haplōs*). Mais surtout Aristote donne la raison de la limite des lois positives : la nature des *choses pratiques*. C'est évidemment un écho de la doctrine de la *phronesis* : la prudence est la vertu de la raison dans son activité de délibération sur l'action à entreprendre. Elle ne peut se contenter d'appliquer des règles générales, car elle doit considérer des circonstances toujours particulières. L'image de la règle de Lesbos qui s'adapte au contour de la pierre illustre l'adaptation de la raison pratique aux circonstances, qui fait qu'en matière politique vient le moment où le décret (*psêphisma*) est la manière adéquate de régir en l'absence de loi et sans en instaurer de nouvelle⁸. C'était bien le point visé par Portalis, tout comme la différence entre celui qui recourt à l'équitable (*epieikes*) – où l'on peut voir le juge - et le législateur, nomothète. Mais contrairement à ce que dira Portalis,

⁸ De là vient que l'équitable est juste, et qu'il est supérieur à une espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu, mais seulement au juste où peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle. Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité. En fait, la raison pour laquelle tout n'est pas défini par la loi, c'est qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il est impossible de poser une loi, de telle sorte qu'un décret est indispensable. De ce qui est, en effet, indéterminé la règle aussi est indéterminée, à la façon de la règle de plomb utilisée dans les constructions de Lesbos : de même que la règle épouse les contours de la pierre et n'est pas rigide, ainsi le décret est adapté aux faits. On voit ainsi clairement ce qu'est l'équitable, que l'équitable est juste et qu'il est supérieur à une certaine sorte de juste. (1137b23-34)

Aristote affirme que l'équitable est un *correctif* (*epanorthoma*) du juste légal, et le fondement de la correction ne renvoie pas à une loi naturelle, mais tout simplement à l'intention du législateur, à l'esprit contre la lettre de la loi.

Le mot *epieikeia* qui fut traduit par *aequitas* au Moyen Age dérive du verbe *eoika*, et renvoie à une forme de regard ou de surveillance de la loi, plutôt qu'à l'idée d'égalité. Il avait pris dans le grec populaire un sens que l'on pourrait rendre par « indulgence », opposée à la dureté de la loi (on trouve ainsi chez Sophocle l'opposition de l'*epieikeia* à la justice inconditionnelle et arrogante). Mais il est vraisemblable que le sens ait évolué à l'époque d'Aristote vers celui, plus réflexif, de renoncement à faire valoir ses droits. C'est ainsi que le dernier passage du chapitre sur l'équitable montre l'homme équitable comme ne tenant pas rigidement à ses droits (il n'est pas *akribodikaios*), mais comme celui qui est prêt à renoncer à son dû (*elattôtikos*)⁹. J. Brunschwig note toutefois que l'on trouve par exemple dans *l'Iliade*, une conception de l'*epieikeia* comme distribution juste, en dépit de la règle fixée¹⁰. Le chant 23 met en scène Achille et les participants à la course de char qu'il s'agit de récompenser, d'après une règle qui avait fixé cinq prix en ordre décroissant. Achille propose de donner le second prix à Eumelos, arrivé pourtant dernier, parce qu'« il est le meilleur », mais a été victime d'un accident pendant la course : ce serait conforme à l'*epieikes*. Tous approuvent sauf le second, Antilochus, qui parvient à suspendre la suggestion d'Achille. La solution vient quand Achille accorde le 2nd prix à Antilochus, et donne un nouveau prix à Eumelos, laissant le 5^e à Nestor qui n'a pas couru. Il n'est pas dit que cette solution est plus juste, ni plus équitable. En un sens le conflit était plutôt entre justice et équité, et la solution relève d'un consensus pratique, qui combine les exigences de la stricte justice (les quatre premiers reçoivent les prix correspondants) et des règles auxiliaires (consolation, prix d'honneur). Brunschwig note que, dans cette situation d'opposition du juste et de l'équitable, le sens étroit perd la connotation positive du sens large, car il s'oppose trop radicalement au juste, et paraît

⁹ De là résulte nettement aussi la nature de l'homme équitable : celui qui a tendance à choisir et à accomplir les actions équitables et ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire, mais qui a tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté, celui-là est un homme équitable, et cette disposition est l'équité, qui est une forme spéciale de la justice et non pas une disposition entièrement distincte. (1137b34-1138a3).

¹⁰ Je m'appuie, dans ce qui suit, sur le très précieux article de Jacques Brunschwig, « The Aristotelian Theory of Equity », in M. Frede and G. Striker, *Rationality in Greek Thought*, Clarendon Press, 1996, p. 115-155.

relever du sentiment d'amitié, d'une indulgence pathologique, de sorte qu'il faut une tierce solution.

Les historiens assignent à la doctrine de l'équité aristotélicienne une autre source : la réflexion de Platon sur la loi, dans le *Politique* et dans les *Lois*. Pour le dire rapidement, la loi y est considérée comme un substitut indispensable de la science royale, qui permettrait de guider l'action en toutes circonstances, mais qui nous fait défaut. Seule la science serait une solution parfaite¹¹. La loi est un pis-aller (*deuteros plous, second best*), dont Platon note l'inévitable rigidité.

« à la façon d'un homme présomptueux et ignorant, qui ne laisse personne rien faire en dehors de ce qu'il a lui-même réglé, personne ne peut lui poser aucune question, non pas même si, d'aventure, quelque idée neuve, en dehors des arrangements qu'il a décrétés, doit avoir pour quelque cas individuel un meilleur résultat » (294c)

L'explication de cette inadéquation réside dans le caractère irrégulier et singulier des choses humaines (*ta anthropina*)

« Entre les hommes, comme entre les actes, il y a des dissemblances, sans compter que jamais, pour ainsi dire, aucune des choses humaines ne demeure en repos : ce qui ne permet pas à l'art, à aucun art quel qu'il soit, de formuler aucun principe dont la simplicité vaille en toute matière, sur tous les points sans exception et pour toute la durée des temps »

Les lois ne sont donc instituées qu'en gros et pour la plupart des cas (*hôs epi to polu*). Et les circonstances changeantes de la cité peuvent les périmé. Le législateur pourra les modifier, tout comme un médecin adapte ses prescriptions à l'état du malade et ne sent pas lié (pas plus que son patient) par les ordonnances antérieures¹². Platon envisage une correction comme modification de la loi par le législateur. Le *Politique* ne s'intéresse qu'au législateur et ne saurait faire de place au problème que la notion d'équité tente de résoudre : celui du cas exceptionnel auquel le juge peut faire face. Les *Lois* distinguent bien la figure du juge de celle du législateur, et envisagent sa marge d'appréciation : il devra déterminer les sanctions à

¹¹ « il n'y a en effet ni loi, ni règlement quelconque qui ait une puissance supérieure à celle du savoir, et il n'est pas permis non plus de soumettre l'intelligence à quoi que ce soit, encore moins d'en faire une esclave, elle à qui appartient au contraire une légitime autorité sur toutes choses » (875cd)

¹² Voir à ce sujet les commentaires de C. Castoriadis (*Sur le Politique de Platon*, Paris, Seuil, 1999) et l'article de Vincent Descombes « L'illusion nomocratique », *Droits* n° 31, oct. 2000, repris dans *Le Raisonnement de l'ours*, Seuil, 2007, p. 287- 309.

prendre dans les cas de moindre importance, la loi se réservant les cas graves. Le texte envisage pourtant ensuite un ensemble de lois plus précises, ce qui fait dire à Brunschwig qu'il y a bien une place pour l'équité, mais que la solution reste d'ordre légal, et ne fait pas vraiment droit au traitement de l'exception.

Pour Aristote, nous l'avons vu, l'équitable est un correctif du juste légal, le juge pourrait donc corriger la loi. Mais alors, pour Aristote, comme pour nous, les questions se posent de savoir dans quel cas, au nom de quoi, et pour quelle alternative ? La notion d'*epieikeia* est-elle susceptible fournir une réponse commune à ces trois questions ? Une interprétation assez traditionnelle consiste à dire qu'Aristote a formulé le problème de l'équité sur la base des réflexions de Platon, et qu'il a adapté l'idée d'une correction par le législateur (donc au niveau des principes) à la situation du juge (niveau de l'application des principes), en fusionnant les deux sources dont il héritait, et en faisant donc entrer une forme d'indulgence dans la sphère du droit. Les ennemis de l'équité diraient que l'arbitraire sentimental de la conscience du juge trouverait ici une porte d'entrée. Ce serait le sentiment du juge qui lui dicterait de recourir à l'équité. Une lecture plus radicale veut qu'Aristote ait finalement rejeté le sens populaire au profit d'une référence à la loi naturelle que l'on trouve dans les chapitres de la *Rhétorique* qu'Aristote consacre à l'équité. Plus précisément, selon Gauthier et Jolif

La *Rhétorique* offre des textes qui relèvent manifestement de deux inspirations différentes et qui ne peuvent être conciliées... selon les uns, l'équité se ramène à la loi non écrite qui est source d'indulgence (voir notamment I.13.1374a26¹³), selon les autres, elle est l'expression de la loi inscrite dans la nature des hommes, la norme du droit naturel, et elle ne s'oppose qu'à la loi écrite (15.1375a27¹⁴). C'est à cette seconde

¹³ « L'équitable semble être le juste, mais c'est le juste qui dépasse la loi écrite. Les lacunes de celle-ci sont les unes voulues par les législateurs, les autres involontaires : (1) involontaires, quand le(s) cas leur échappe(nt) ; (2) volontaires, lorsqu'ils ne peuvent le définir et que leur force est d'employer une formule générale, laquelle n'est pas universelle, mais valable dans la plupart des cas. »

¹⁴ Il est évident que, si la loi écrite est défavorable à notre cause, il faut avoir recours à la loi commune (*koinon*), (ainsi qu') à des raisons plus équitables et plus justes. Il faut dire que « dans le meilleur esprit » (*gnômè tē aristè*) signifie ne pas appliquer à la rigueur les lois écrites ; que l'équitable demeure toujours et ne change jamais, non plus que la loi commune, laquelle est selon la nature (*kata ten phusin*), tandis que les lois écrites changent souvent ; d'où les paroles prononcées dans l'*Antigone* de Sophocle ; la jeune fille se défend en disant qu'elle a enseveli son frère contre la loi ce Créon, mais point contre la loi non écrite : « Loi qui n'est ni d'aujourd'hui, ni d'hier, qui est éternelle... Ces décrets, je ne devais point craignant la volonté d'aucun homme... »

solution que s'arrête fermement l'*Ethique à Nicomaque* (V.14) : l'équité n'y est pas définie comme indulgence, elle n'est pas en dehors de la sphère du droit, elle est au contraire source de droit, et d'un droit supérieur, puisque inscrit dans la nature

Et ils ajoutent

Le progressisme juridique reçoit ainsi sa justification et son régulateur à la fois, et la théorie aristotélécienne de l'équité marque une étape importante dans l'histoire du droit¹⁵.

En suivant l'analyse de Brunschwig, je voudrais relever l'insuffisance de cette interprétation *autorisée*.

II

L'opposition des deux sens, juridique et sentimental, pour le dire vite, est illustrée par la distinction des deux parties très inégales du chapitre 14, livre V, de l'*Ethique à Nicomaque*. La première partie qui développe l'idée de correctif de la loi ne parle pas d'indulgence, et la seconde qui fait droit à cette idée ne mentionne pas de faille de la loi. Mais on pourrait reconnaître une forme d'indulgence réflexive, de renoncement, dans l'attitude du juge qui admet que la loi ne doit pas s'appliquer dans telle situation particulière : il renonce à faire valoir son droit, celui d'appliquer la loi. D'un autre côté, le portrait de l'homme équitable à la fin du texte peut être lu comme poursuivant le modèle du juge qui refuse d'être *akribodikaïos*. Si la correction apportée à la loi par l'homme équitable (le juge équitable) est de l'ordre de l'exception, il est bien possible d'y voir une forme d'indulgence, de suspension momentanée de la règle. Aristote ne donne qu'un exemple : celui de la loi déterminant la sanction à donner à l'homme qui a frappé avec le fer, dans le cas où un coup a été porté par un homme qui portait un anneau de fer à la main. La loi n'ayant pas fixé la quantité de fer minimale, le juge pourra estimer qu'un anneau n'est pas un fer suffisant pour appliquer la loi. Mais en toute rigueur, il la contredit dans son jugement¹⁶.

¹⁵ R-A. Gauthier et Y. Jolig, *L'Ethique à Nicomaque*, Traduction, notes et commentaires, Louvain, Nauwelaerts, 1958, vol. II, p. 432-33.

¹⁶ Selon Brunschwig, dire que le juge opte pour l'*epikeia* plutôt que pour l'application de la loi, c'est dire qu'il opte pour une manière de déterminer la sanction qui n'est pas la règle de la loi. Cette manière est la manière juste au sens de l'équitable. L'équité n'est donc pas ce en vertu de quoi le juge décide de ne pas appliquer la loi, mais ce qu'il se propose d'appliquer à la place de la loi. Pour décider de recourir à l'équité, il faut s'appuyer sur un autre principe, ou une autre valeur, plus haute, la justice au sens absolu. Ce raisonnement me paraît s'appliquer à la situation de l'*Illiade* que j'ai rappelée, où l'équité en matière de distribution semble offrir un

Le point le plus important du commentaire de Gauthier et Jolif, un acquis de l'interprétation traditionnelle, présente également chez Portalis qui l'attribue il est vrai aux juristes romains, est le fondement de l'équité sur la loi naturelle, norme du droit naturel. Avant d'examiner les passages concernés, je voudrais faire deux remarques liminaires. La première pour rejoindre Vincent Descombes dans sa conférence sur la justice naturelle et la justice positive, qui commentait un passage du même livre de *l'Éthique à Nicomaque*¹⁷. Il n'y a pas lieu d'assimiler loi naturelle et droit naturel, chez Aristote tout au moins. La première notion est celle d'une loi commune (*koinos nomos*) à tous les peuples, d'origine divine, et dont la figure d'Antigone est une illustration majeure (citée deux fois dans les chapitres de la *Rhétorique*). La seconde serait mieux rendue par l'idée de juste (*dikaion*) pris au sens absolu, ou 'par nature' (*phusei*), par opposition à 'par convention' c'est-à-dire par loi (*nomô*). Nous allons voir apparaître les deux notions dans les textes de la *Rhétorique*. Ma deuxième remarque porte sur le statut de cet ouvrage et de ces chapitres en particulier. Aristote y traite des ressources argumentatives données à l'orateur. Il n'est pas facile de savoir s'il s'approprie toutes les indications qu'il donne. Mais il est assez clair qu'au chapitre 15, par exemple, il dit que l'orateur, l'avocat, peut invoquer la loi commune comme plus équitable et plus juste que la loi écrite et interpréter la formule du serment des magistrats de prononcer « dans le meilleur esprit », comme signifiant l'autorisation d'un écart avec la lettre, ou, au contraire, si la loi écrite est favorable à sa cause, il peut ne s'appuyer que sur elle, et s'il s'est trompé, il interprétera la formule du serment des magistrats comme une clause visant à le protéger du parjure s'il ignorait le sens de la loi. La référence à la loi naturelle, non écrite, commune à tous les peuples, est ainsi presque ironique, et ne permet pas de fonder l'équité.

principe alternatif à celui de la règle stricte, de sorte qu'il faut choisir entre deux principes. Il me semble toutefois qu'Aristote couvre, avec le concept d'équité, à la fois la décision de suspendre la règle de la loi et la solution de remplacement. Ce qui incite Brunschwig à faire la distinction est qu'il envisage l'équité comme une *règle* rivale de la loi, règle de répartition, de rémunération, de rétribution, qui ne peut donc pas être la règle disant qu'il faut recourir à cette règle. La règle première, qui déterminerait les cas de recours à la loi et les cas de recours à l'équité doit donc en être distinguée. Mais si l'équitable est le juste dans telles circonstances particulières et si la vertu de l'équité est de percevoir l'écart entre l'équitable et le juste légal, il me semble qu'elle est du même coup la vertu consistant à suspendre l'application de la loi. En revanche, elle n'est pas, ni ne donne, une règle pour le traitement du cas particulier, puisque justement elle consiste à compenser le défaut de la règle, qui est lié à sa généralité.

¹⁷ Le texte de cette conférence a donné lieu à l'article cité plus haut.

Le chapitre 13 est plus proche de celui de l'*Ethique à Nicomaque*, hormis, encore une fois, la référence à la loi non écrite. Mais Aristote distingue deux sortes de lois non écrites en opposant la loi commune (*koinos nomos*) non écrite aux lois particulières des cités, et au sein de celles-ci, les lois non écrites et les lois écrites. La première peut entrer en conflit avec les secondes, c'est le cas d'Antigone

Par loi j'entends d'une part (1) la loi particulière, de l'autre (2) la loi commune (*koinon*); par loi particulière (1), celle qui, pour chaque peuple, a été définie relativement à lui; et cette loi est tantôt (1a) écrite, tantôt (1b) non écrite; par loi commune (2) j'entends la loi naturelle (*kata phusin*). Car il y a une justice et une injustice dont tous les hommes ont comme une divination et dont le sentiment leur est naturel et commun, même quand il n'existe entre eux aucune communauté ni aucun contrat; c'est évidemment, par exemple, ce dont parle l'Antigone de Sophocle, quand elle affirme qu'il était juste d'enfreindre la défense et d'ensevelir Polynice; car c'était là un droit naturel (*phusei on touto dikaion*): «Loi qui n'est ni d'aujourd'hui, ni d'hier, qui est éternelle et dont personne ne connaît l'origine».(1373b4-15)

Aristote ne parle pas d'équité en ce cas: il s'agit du conflit tragique, qui est d'une autre nature et demande une autre réponse. Par ailleurs, il semble que ce soit seulement à propos des lois propres à la cité qu'il envisage deux sortes d'actions non prévues par les lois écrites.

ce sont d'une part (2a) ceux qui représentent le plus haut degré de la vertu et du vice, et auxquels s'appliquent les reproches et les éloges, les marques de mépris et les honneurs, les gratifications; par exemple, avoir de la reconnaissance pour son bienfaiteur, lui rendre un service en retour de celui qu'il nous a rendu, être secourable à ses amis, et tous les actes de ce genre; ce sont d'autre part (2b) ceux qui répondent à une lacune de la loi particulière et écrite (1374a18-25)

Autrement dit, il convient de distinguer (2a) les actes surrogatoires, que l'on récompense par des marques d'honneur (au-delà de la justice), tout comme le mépris dû au vice extrême est au-delà du châtement réglementaire. Brunschwig me semble avoir raison de souligner que ce qui est ainsi honoré peut varier d'une cité à l'autre, et les marques d'honneurs (cérémonies, etc.) peuvent varier également. Mais l'écart peut également être dû à la déficience (lacune) des lois écrites (2b), et c'est alors que l'équité est de mise.

Aristote énumère certaines caractéristiques prises en compte par l'équité: elle conduit à apprécier les circonstances, le caractère volontaire de l'action (qui ne fait l'objet que d'une qualification neutre dans la loi écrite), bref autant de marques que nos lois modernes ont su intégrer (volontaire, prémédité, etc.), même si elles relèvent de la psychologie morale, là où

les lois anciennes étaient plus lapidaires¹⁸. Il y a alors lieu d'excuser, d'être indulgent et d'assouplir la rigueur de la loi. La fin du chapitre semble mettre ensemble sous l'étiquette d'« homme équitable », le juge qui corrige la loi, et l'homme qui sait renoncer à ses droits et recourt à l'arbitre (*diatetès*) plutôt qu'au juge (*dikastès*). Mais c'est pour dire aussitôt que l'arbitre voit l'équité, de sorte que c'est une même vertu qui fait recourir à l'arbitre et qui est attendue de lui¹⁹.

Le point important et commun aux deux textes de l'*Ethique* et de la *Rhétorique* est celui du recours à l'intention du législateur. Brunschwig note que, tandis que l'*Ethique* distingue deux formes de recours: (a) à ce que le législateur aurait dit du cas présent, et (b) à ce qu'il aurait porté dans la loi s'il avait connu ce cas²⁰, le texte de la *Rhétorique* distingue quant à lui deux sortes de lacunes :

Les lacunes de la loi écrite sont les unes voulues par les législateurs, les autres involontaires : (1) involontaires, quand le(s) cas leur échappe(nt) ; (2) volontaires, lorsqu'ils ne peuvent le définir et que leur force est d'employer une formule générale, laquelle n'est pas universelle, mais valable dans la plupart des cas.

Il est aisé de faire se correspondre ces deux distinctions. Dans un cas, le juge envisage ce que le législateur aurait porté dans la loi s'il avait prévu le cas particulier qui lui a échappé, la lacune est involontaire, et le juge se glisse alors dans la peau du législateur, non pour légiférer

¹⁸ « Si l'équité est bien ce que nous venons de dire, on voit clairement quelles sortes d'actes doivent être appréciés selon l'équité, quels actes ne le doivent point, et aussi quelles sortes d'hommes n'y ont pas droit. Les actes qu'il faut excuser relèvent de l'équité ; il ne faut pas estimer dignes de la même sanction les erreurs et les délits, non plus que les malchances ; nous appelons ainsi les actes contraires à nos calculs, mais sans méchanceté ; erreurs, ceux qui, tout en étant calculés, ne sont pas inspirés par le vice ; délits, ceux qui sont tout ensemble calculés et vicieux ; car ceux qui ont eu pour cause la convoitise ont pour origine le vice. » (1374b2-9)

¹⁹ Être équitable, c'est être indulgent (*suggignôskein*) aux faiblesses humaines ; c'est considérer non la loi, mais le législateur ; non pas la lettre de la loi, mais l'esprit de celui qui l'a faite ; non pas l'action, mais l'intention ; non pas la partie, mais le tout ; non ce que le prévenu est actuellement, mais ce qu'il a toujours été ou la plupart du temps. C'est aussi se rappeler le bien qui nous a été fait plutôt que le mal ; les bienfaits que nous avons reçus plutôt que les services que nous avons rendus. C'est savoir supporter l'injustice. C'est consentir qu'un différend soit tranché plutôt par la parole que par l'action, préférer s'en remettre à un arbitrage (*eis diaitan*) plutôt qu'à un jugement des tribunaux ; car l'arbitre voit l'équité ; le juge ne voit que la loi ; l'arbitre n'a d'ailleurs été inventé que pour donner force à l'équité. (1374b10-21)

²⁰ Premier texte cité plus haut

(il n'a pas ce droit), mais pour faire *comme s'il devait légiférer*. Dans l'autre cas, le juge fait face à un cas particulier que la loi a négligé volontairement, en vertu d'une incapacité due à la nature des choses, il cherche alors ce qu'aurait dit le législateur, mais non plus en se substituant temporairement à lui, il cherche alors plutôt ce qu'aurait été le jugement du législateur si celui-ci avait été le *juge* du cas présent.

III

Le premier cas envisagé par Aristote nous met sur la voie de l'équité comme faisant jurisprudence, le juge jouant vraiment le rôle d'un législateur bis (ce que refuse le CC art. 5). A défaut, on pourrait penser aux formes d'équité institutionnalisée, comme ce fut le cas des Parlements français, ou des cours d'Equity en Angleterre, qui prirent le relais de l'intervention du Roi (*fountain of justice*) appelé pour corriger les règles de la Common Law, mais finirent par opérer selon un autre code que les cours de Common Law. L'équité n'est alors qu'une forme alternative, tout aussi légale. La montée vers la légalité, la juridicisation de l'équité est en fait sa disparition, comme l'ont noté plusieurs auteurs. Le second cas évoqué par Aristote (le juge estimant ce que le législateur aurait fait sans pour autant légiférer) est bien celui d'une suspension, voire d'une correction de la loi dans un cas exceptionnel. Mais on se demande alors comment un code juridique pourrait y faire une place. Il faut distinguer cette équité corrective (*contra legem*) d'une forme d'équité supplétive (*praeter legem*), laquelle peut être prévue par la loi : une latitude est donnée au juge pour apprécier le cas particulier (pension à verser dans un divorce, amélioration d'un bien indivis, enrichissement sans cause) tout comme la possibilité ouverte du recours à l'arbitrage, qui, comme le disait également Aristote, se fonde sur l'équité²¹. L'équité corrective, quant à elle ne peut être prévue par la loi, sans introduire une contradiction dans le système : la loi autorisant les juridiciés (et donc les juges) à aller à son contre²².

²¹ Cf. art. 12-4 du NCPC et art 1274. L'idée que les parties renoncent à exercer leurs droits prévus, pour recourir à l'arbitrage les assimile à l'homme *elattôtikos* dont parle Aristote, l'équitable au sens large, de l'indulgence réflexive. A noter que l'amiable compositeur doit justifier le caractère équitable de sa décision, tandis que le juge qui utilise la faculté reconnue par le droit de recourir à l'équité n'a pas cette obligation.

²² Quid néanmoins de l'art 1579 du CC, à propos du régime de participation aux acquêts : le juge peut corriger les règles d'évaluation prévue par la loi, lorsque ceux-ci s'avèrent « manifestement contraire à l'équité » ? Il me semble que ce n'est pas l'autorisation de corriger la loi, mais une limite que la loi se donne, tout en laissant au juge la latitude pour apprécier le cas, et la solution de remplacement.

Il n'est pas question de dire que le juste est seulement ce que dit la loi, du fait que la loi le dit, puisqu'il est admis, généralement, comme le disait Montesquieu, ce n'est pas la loi qui fait le juste, mais le juste qui fait qu'il doit y avoir une loi²³. C'est bien pourquoi le *législateur* peut les corriger. Pas de problème donc avec la correction *législative*. C'est la correction *judiciaire* qui pose un problème. Dès lors que le juge n'est pas législateur, il n'a pas ce pouvoir. Or l'équité suppose justement qu'il peut non pas légiférer, ni même réglementer, mais se faire *comme le législateur*, dire le juste dans le cas particulier. Castoriadis parlait ici d'auto-institution de la société : les membres, et non seulement les représentants du peuple, peuvent dire le juste, et doivent le dire à tout moment. Le plus souvent en se faisant de simples instruments de la loi, mais d'une manière autodéterminée qui suppose non seulement le pouvoir de ne pas jouer ce rôle, mais aussi le pouvoir de corriger, ne serait-ce que ponctuellement.

Comment le code pourrait-il admettre cette correction ? Je vois deux manières d'envisager cette possibilité. L'une consiste à distinguer règles et méta-règles. Le système des règles ne peut pas être contradictoire, mais une méta-règle pourrait dire que les citoyens doivent se soumettre aux règles, les juges les appliquer, sauf si l'équité (comprise comme l'interprétation de l'esprit de la loi ou du législateur) indiquait une nécessaire exception. Mais si la méta-règle relève du code juridique, il faut pouvoir demander justice d'un tel recours à l'exception. Il faut donc pouvoir poursuivre un juge pour un jugement rendu contre la loi au nom de l'équité. Les méta-règles peuvent alors envisager une procédure d'appel qui mette en cause le jugement du juge. Mais le juge ne pourra pas être jugé selon la conformité de son jugement à la loi (sous peine de contredire la méta-règle qui autorisait le jugement selon l'équité). Il faut donc à nouveau que la cour d'appel juge le juge selon l'équité...

Une autre manière de contourner l'impératif universel de la loi sans la contredire est plus connue, et de l'avis de la plupart des praticiens du droit, elle est même générale. Elle consiste à « inverser le syllogisme judiciaire », c'est-à-dire à juger d'abord *en équité* le cas soumis au jugement, puis à trouver *l'habillage* juridique qui permette de rendre ce jugement conforme aux lois positives. La précision croissante de nos codes juridiques limite l'inadéquation de la loi au cas particuliers, et semble du même coup limiter la marge de manœuvre du juge, mais

²³ Cf. Descombes, qui cite Montesquieu *Mes pensées*, n° 1906 : « une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi, mais elle doit être loi parce qu'elle est juste ».

elle augmente aussi la possibilité de trouver une ou plusieurs solutions conformes au droit, et de ce point de vue, elle augmente le pouvoir du juge. Il me semble que cette idée d'inversion du syllogisme judiciaire est intéressante, mais qu'elle conduit à noyer l'équité dans le cas général, car cette inversion n'a pas de raison d'être limitée au cas exceptionnel, elle peut être pratiquée en toute occasion, et semble l'être.

Ce qui me conduit à relever un point de logique, qui établit le contraste entre le syllogisme théorique et le syllogisme pratique ou raisonnement de l'acteur²⁴.

Le syllogisme théorique entendu au sens large est la forme logique du raisonnement déductif : la vérité des prémisses est incompatible avec la fausseté de la conclusion. Une forme simple est donnée par la subsomption d'un cas particulier sous une loi générale : si c'est une loi que tous les A sont des B, et que ceci est A, il s'ensuit que ceci est B ; ou encore, si tous les A conduisent à B, et que ceci est un A, alors il va conduire à un B. Par exemple : toute vitesse excédant 50km/h en ville est un excès de vitesse et donc une infraction, cet automobiliste roule à 60km/h, il commet donc une infraction.

Le raisonnement de l'acteur, repose sur cette forme logique, mais inverse l'ordre des propositions. La règle est la même, mais cette fois, l'acteur considère l'objectif B, et il en conclut qu'il doit faire l'action A. Cette forme n'est pas logiquement valide, la conclusion est seulement que A est *un bon moyen* d'atteindre B (et les circonstances font que ce moyen est praticable). A l'inverse du syllogisme théorique, le syllogisme pratique peut être *défait*. Il suffirait de considérer que l'action A, bien qu'elle produise l'objectif visé, B, produit d'autres conséquences, indésirables celles-là, peut-être au point que l'on renonce à B. L'ajout d'une prémisses (un autre objectif que menace l'action A) conduit à abandonner la conclusion²⁵. Par exemple, cet automobiliste doit arriver à un rendez-vous dans cinq minutes. Il a calculé qu'un moyen (peut-être le seul) d'y parvenir est de rouler à près de 70 km/h en ville, c'est un bon moyen d'atteindre son objectif. Mais ce syllogisme est défait par la considération du danger

²⁴ Voir E. Anscombe, *L'Intention*, Gallimard, 2002, et V. Descombes, *Le Raisonnement de l'ours*.

²⁵ Il en va de même du raisonnement inductif du chercheur. Cette fois, B représente un phénomène à expliquer. Il est connu que si les circonstances A sont réalisées elles conduisent à ce phénomène B. Le raisonnement inductif conduit alors à faire l'hypothèse que les circonstances A sont réalisées. Mais la connaissance d'un autre phénomène C incompatible avec les circonstances A conduirait à rejeter cette hypothèse : le raisonnement inductif est également *défaisable*.

qu'il peut représenter pour lui-même ou pour autrui, ou par le risque d'être verbalisé pour une infraction.

Le syllogisme juridique ou judiciaire (Beccaria) a la forme d'un syllogisme scientifique ou théorique, que je limiterai par commodité à la subsumption d'un cas sous une règle, ce qui permet de lui donner la forme canonique du *modus ponens*. Soit A le type de cas à juger, et B l'évaluation juridique. La règle dit que si un A se présente, il faut donner l'évaluation B. Voici un A, donc B. Cet automobiliste a été pris en flagrant délit d'excès de vitesse. Ce genre d'infraction doit conduire à la suspension du permis de conduire, donc cet automobiliste doit se voir retirer son permis de conduire.

Le syllogisme juridique inversé a la forme d'un raisonnement pratique : cette fois le juge fait face à une action A, il juge (en équité) que la bonne évaluation est B, et il cherche une loi qui conduirait à dire que si un A se présente, il faut donner l'évaluation B. Ce n'est pas une correction de la loi (même si une autre solution serait sans doute possible), mais un usage *pratique* de celle-ci pourrait-on dire. L'automobiliste a roulé au-delà de la vitesse autorisée. Il conduisait un homme victime d'une crise cardiaque à l'hôpital. Médecin, il savait qu'une action rapide pouvait lui sauver la vie. Le juge qui considère que le médecin a agi *justement*, trouve dans l'arsenal juridique le moyen de faire prévaloir l'assistance à personne en danger et l'état d'urgence pour *préempter* la loi qui interdit à une personne sans autorisation d'excéder la limite de vitesse en ville.

Mais voici un dernier cas. L'homme a été pris en flagrant délit d'excès de vitesse en ville. Il ne transportait pas un mourant, mais son épouse sur le point d'accoucher. La femme n'était pas à la dernière extrémité, mais les premières contractions rendaient néanmoins le déplacement urgent. Il aurait eu le temps de faire appel à une ambulance, pourvue de toutes les autorisations nécessaires. Il a cru pouvoir la conduire lui-même, mais les encombrements ont élevé le niveau d'anxiété. Il a roulé en excès de vitesse sur une voie dégagée, et avec prudence, puisqu'il n'était qu'à 60 km/h. Le juge, voire en l'occurrence le policier qui a arrêté le conducteur, estime qu'il n'y a pas lieu de verbaliser, bien qu'aucune loi ne permette de préempter l'interdiction de rouler au-delà de 50 km/h. C'est un jugement en équité, il corrige ou lève la loi dans ce cas précis. Le raisonnement d'équité corrective aurait donc, quant à lui, la forme suivante : une action A est à juger, l'appréciation du juge est qu'il ne faut pas donner l'évaluation B (mais C), et il conclut donc, au moins implicitement au rejet de la loi qui dit que si un A se produit il faut donner l'évaluation B. Il contredit la loi. Mais il la contredit dans

un cas très particulier, il ne veut pas que ce cas fonctionne comme un contre-exemple pour un énoncé théorique universel (qui suffirait à le falsifier). Comment est-ce possible ?

Je ne vois que la réponse suivante : la possibilité d'un tel jugement d'équité corrective suppose (implique) que la loi n'était pas une proposition universelle n'admettant aucune exception. Le syllogisme juridique n'était donc pas un syllogisme scientifique au sens propre. La loi est valable *en gros, hōs epi to polu*, et le syllogisme juridique dépend, pour la valeur de ses conclusions, de cette limite de la loi. Contrairement au syllogisme scientifique dont il calque la forme déductive, le syllogisme juridique est donc lui aussi défaisable. Et c'est ce que montre la reconnaissance de l'équité.

Autrement dit, et pour conclure : 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.