

L'ÉQUITÉ : LE LEGS RÉALISTE CLASSIQUE ET LA PENSÉE DE MICHEL VILLEY¹

“(…) y su labor fue presidida por la equidad ‘sin dolo y sin fraude’”

Juan Perucho, *Las Sombras del Mundo*²

I. Introduction

Notre sujet est classique, et cependant il n'est pas facile. Bien que l'équité soit présente comme toile de fond de la pensée de Michel Villey, il n'en parle pas beaucoup et surtout il le fait en passant, sans s'attarder sur les détails.

Perdu dans la recherche, j'ai été sauvé par deux thèmes inspirateurs : l'un pictural et italien, l'autre littéraire et français.

Le premier est extrait de la fresque des vertus, de Raphaël, dans la *Stanza della Segnatura*, au Vatican : on peut voir les vertus cardinales voire théologiques, mais la plus importante (du moins la plus importante selon maints auteurs) n'est pas là. Elle se trouve en effet dans un médaillon, au plafond³.

Le second est un passage de ce livre lumineux, et si lumineux que de nos jours il est un peu profané par sa banalisation, *Le Petit Prince*, d'Antoine de St. Exupéry. On peut y lire clairement par la voix du Renard:

« Voici mon secret. Il est très simple : on ne voit bien qu'avec le cœur. L'essentiel est invisible pour les yeux »⁴.

¹ Reconstituição de uma conferência proferida na Sorbonne, no Colóquio em Homenagem a Michel Villey.

² PERUCHO, Juan, *Las Sombras del Mundo*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 22.

³ Voir à ce propos notre livre *O Tímpano das Virtudes*, Coimbra, Almedina, 2004.

⁴ SAINT-EXUPÉRY, Antoine de, *Le Petit Prince*, XXI (nouvelle éd., Paris, Gallimard, 1987, p. 72).

Ainsi j'ai découvert ma méthode d'aujourd'hui : chercher ce qui est tout en n'étant pas là. Surtout chercher les classiques que la pensée de Villey sur l'équité présuppose.

Mais ne brûlons pas les étapes. Situons-nous d'abord par rapport au problème.

II. *Empire de la loi et du positivisme juridique*

On vit sous l'empire de la loi. On y vit encore, bien que des groupes de plus en plus actifs et – il faut bien l'avouer – parfois très intéressants nous donnent une vision sociologique, post-moderne, ou alternative, de la réalité juridique. Cependant, et en dépit de tous les efforts, surtout théoriques, le positivisme légaliste est une réalité présente et puissante, omniprésente et toute-puissante de nos jours, qui subsiste malgré toutes les doctrines et toutes les déclarations à leur rencontre.

Michel Villey le souligne un peu partout dans les observations critiques de son œuvre, mais il le fait d'une façon particulièrement aiguë quand il donne la parole au recteur de la Sorbonne il y a plus d'un siècle, en 1894 exactement:

« Le droit, c'est la loi écrite ; partant, la tâche des Facultés de droit est d'apprendre à interpréter la loi, et il résulte que leur méthode est déductive : les articles du code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de montrer les conséquences : le juriste est un géomètre »⁵.

Bien que les métaphores puissent être différentes actuellement: on parlerait plutôt d'algorithmes informatiques, de programmes d'ordinateur, etc., l'idée d'une loi toute-puissante à appliquer subsiste même dans des esprits qui se croient jusnaturalistes. Quelques auteurs parlent déjà d'un jusnaturalisme positiviste.

On dit même que certains professeurs jusnaturalistes commencent de bon aloi leurs classes en automne, selon les tons dorés du droit naturel. Mais, après les vacances blanches de Noël, na neige, ou bien le réveillon effacent leurs croyances naturalistes, et ils deviennent des suiveurs fidèles du *dura lex* dès la rentrée, en janvier.

Contre ce légalisme froid et voire féroce, un mot se lève. Un mot devenu ambigu, mais rédempteur : l'équité.

⁵ VILLEY, Michel, *Seize essais de Philosophie du Droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, p. 125.

Michel Villey, paladin du droit naturel réaliste et classique⁶ contre ce positivisme étouffeur, ne pouvait pas oublier cette catégorie très importante. Mais (comme dans beaucoup d'autres domaines) il ne prétend pas à l'originalité. Il s'inspire surtout du legs d'Aristote et de Thomas D'Aquin ainsi que du patrimoine du droit romain.

Nous avons heureusement avec nous un grand spécialiste des questions classiques et médiévales de l'équité : le Professeur Francesco D'Agostino, dont les ouvrages *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, et *La tradizione dell'epieikeia nel medioevo latino*, parus chez Giuffrè dans les années 70, sont aussi des classiques. Notre but est modeste : nous nous bornerons à la question chez Michel Villey en dialogue avec ces sources les plus directes.

Dans notre petite étude, nous essayerons de rappeler le legs aristotélicien, romanistique et thomiste, pour ensuite rendre à tous évident le classique et le nouveau dans la pensée de Michel Villey sur l'équité.

Nous sommes en février, commençons donc par nous réchauffer au feu sacré des classiques.

III. *L'équité chez Aristote*

Le Stagirite commence par se pencher sur les relations entre l'équité et la justice. Pour les découvrir, il utilise un processus auquel il fait souvent appel dans ses écrits, à l'allure, disons, socio philologique : il essaye de dégager les sens courants des mots, puis il les discute et les concilie afin de trouver le sens général du concept, pour le théoriser :

« Nous avons ensuite à traiter de l'équité et de l'équitable, et montrer leurs relations respectives avec la justice et avec le juste. En effet, à y regarder avec attention, il apparaît que la justice et l'équité ne sont ni absolument identiques ni génériquement différentes : tantôt nous louons ce qui est équitable et l'homme équitable lui-même, au point que, par manière d'approbation, nous transférons le terme équitable aux actions autres que les actions justes, et en faisons un équivalent de bon, en signifiant par plus

⁶ CHORÃO, Mário Bigotte, *Michel Villey, Paladino do Realismo Jurídico Clássico*, « O Direito », 121.º, 1989, IV.

équitable qu'une chose est simplement meilleure ; tantôt, par contre, en poursuivant le raisonnement, il nous paraît étrange que l'équitable, s'il est une chose qui s'écarte du juste, reçoive notre approbation. S'ils sont différents, en effet, ou bien le juste, ou bien l'équitable n'est pas bon; ou si tous deux sont bons, c'est qu'ils sont identiques. »⁷

Il arrive ainsi à une situation de tension, mais elle se résout dialectiquement, parce que les termes opposés ne le sont pas vraiment. Il n'y a pas de véritable contradiction entre justice et équité :

« Le problème que soulève la notion d'équitable est plus ou moins le résultat de ces diverses affirmations, lesquelles sont cependant toutes correctes d'une certaine façon, et ne s'opposent pas les unes aux autres. En effet, l'équitable, tout en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste, et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste. »⁸

Aristote ne peut pas être plus clair : il explique que l'équitable est un juste « plus juste », car il n'est pas aussi légaliste que le « juste » sans l'équité. L'équité corrige même le juste simplement légal :

« Il y a donc bien identité du juste et de l'équitable, et tous deux sont bons, bien que l'équitable soit le meilleur des deux. 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 de la justice légale. »⁹

Et cela est correct et bon, parce que la loi ne peut pas tout prévoir, elle est générale, tandis que les questions de justice sont concrètes et ont besoin de nuances :

« La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude. Dans les matières, donc, où l'on doit nécessairement se borner à des généralités et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en

⁷ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 14 (1137 a).

⁸ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 14 (1137 b).

⁹ *Ibidem*.

considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. »¹⁰

Cela ne diminue pas la valeur de la loi, mais il faut comprendre sa nature. Par nature, la loi est générale et peut ainsi nuire à la justice concrète :

« La loi n'en est pas moins sans reproche, car la faute n'est pas à la loi, ni au législateur, mais tient à la nature des choses, puisque par leur essence même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité. »¹¹

Ainsi, il est permis de corriger l'omission du législateur, naturellement généraliste. Il est pour nous très intéressant de voir que l'article 10 du code civil portugais sur les lacunes de la loi peut s'inspirer de la formulation d'Aristote. Car lui aussi, il impose au juge, dans le cas extrême de lacune, qu'il applique une norme, selon ce que le législateur aurait créé, dans l' 'esprit du système ' , expression qui, pour des raisons historico-systématiques, peut être considérée comme les « principes du droit naturel »¹². Aristote envisage cette substitution du législateur par l'interprète :

« Quand, par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, 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 de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question. »¹³

On comprend ainsi que l'équitable, en matière juridique – car il peut y avoir de l'équitable dans un sens moins rigoureux – est seulement supérieur à la justice stricte du positivisme légaliste, du *dura lex, sed lex* – d'ailleurs une maxime de la déchéance juridique romaine. Parce qu'il corrige la loi trop taxative, dans son excès de généralité, quand elle devient ainsi aveugle aux raisons du cas concret :

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² Cf., par exemple, nos livres *Droit et Récit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, p. 40 ; *Princípios de Direito*, Porto, Rés, 1993, máx. p. 461 et suivs. V. aussi MOREIRA, José Carlos, *Lições de Direito Constitucional*, Coimbra, 1959-1960 (polic.), p. 30 et suivs.

¹³ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 14 (1137 b).

« De là vient que l'équitable est juste, et qu'il est supérieur à une certaine 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. »¹⁴

Et le Philosophe invoque une métaphore, celle de l'adaptation de l'objet de mesure à ce qui doit être mesuré – image très lumineuse pour le droit, dont une des fonctions est précisément celle de mesurer :

« 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. »¹⁵

Le résumé final d'Aristote explique à la fois le sens de l'équitable juridique et le sens de la vertu éthique de l'homme équitable. Curieusement, ce sera avec un exemple à peu près semblable que Villey définira le gentleman. On dirait que l'homme équitable aristotélicien est la préfiguration du gentleman des XVIII^e et XIX^e siècles (avec des échos ultérieurs et des réminiscences, naturellement). Mais l'homme équitable a de plus une nature, c'est-à-dire qu'il est plus que le gentleman, qui peut agir poliment, sans éprouver le sentiment intime que ses actes « dé-montrent ».

« 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. 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

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

équitable, et cette disposition est l'équité, qui est une forme spéciale de la justice et non pas une disposition entièrement distincte ».¹⁶

IV. *Villey, les romains et l'équité*

Villey est lui-même auteur d'un « que-sais-je ? » sur le droit romain.

Dans ce texte condensé, il souligne le non légalisme de la théorie et de la pratique du droit à Rome. Il cite, entre autres, le D. 50.17.1 :

« Il ne faut pas vouloir tirer le droit de la règle, mais la règle se tire du droit »¹⁷.

Il souligne que le droit romain se méfiait des définitions, etc. Et notre auteur synthétise cet esprit souple et problématique, très concret, du droit romain. Il s'agit ainsi d'un droit

« Non pas scientifique et systématique : rien de commun avec les traités théoriques de l'Europe moderne. Le jurisconsulte romain garde toujours son regard fixé sur le cas concret, sur lequel il a l'habitude d'être consulté. Il use d'une méthode tâtonnante et controversiale, compare avec les cas voisins, confronte telle ou telle solution avec celle qu'on a pu proposer à un précédent jurisconsulte. Il questionne, discute, pratique moins la déduction que la discussion dialectique »¹⁸

V. *Thomas D'Aquin et l'équité*

Thomas d'Aquin a parlé de l'équité à plusieurs propos. Nous prendrons des extraits qui nous semblent particulièrement expressifs.

¹⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 14 (1137 b – 138 a).

¹⁷ VILLEY, Michel, *Le Droit Romain*, 8.^e ed., Paris, P.U.F., 1987, p. 37.

¹⁸ *Ibidem*.

Pour bien comprendre l'apparence d'inégalité introduite dans le système juridique par l'équité, il faut comprendre de quelle nature est l'égalité présente dans le droit et dans la justice. Saint Thomas démontre que cette égalité juridique peut avoir une source naturelle ou une source positive, volontaire :

« Il est question de droit et de justice là où il y a une sorte d'égalité, d'équivalence entre deux opérations. Dans l'ordre humain, cette équivalence peut avoir deux fondements. D'abord la nature même des choses, par exemple on donne tant pour recevoir tant; c'est ce qu'on appelle droit naturel. Ensuite, une telle équivalence peut résulter d'une promesse ou d'un accord, par exemple lorsqu'on accepte de recevoir tant; mais ici deux cas sont possibles: une convention privée, comme dans un pacte conclu entre deux personnes; et un contrat social, qui peut provenir soit du consentement populaire à un règlement, soit d'une décision du prince, qui a la charge d'un peuple et gouverne à sa place; c'est ce qu'on appelle droit positif. »¹⁹

Les hommes, cependant, n'agissent pas tous selon leur nature, si on prend nature dans un sens axiologique et ontologique, substantiel. Ou, comme dit Thomas d'Aquin, la nature de l'homme change. Cela implique des adaptations des règles, faites selon la présupposition d'une bonne nature. C'est la source et le fondement de l'équité.

« Ce qui est naturel à un être qui possède une nature invariable doit être partout et toujours le même. Mais la nature de l'homme est changeante, au point que ce qui est naturel à l'homme peut parfois faire défaut. »²⁰

L'ange des écoles exemplifie cette possibilité de déviation des cas normaux par question bon sens:

« L'égalité naturelle veut que l'on rende le dépôt à celui qui l'a confié; et si la nature humaine était toujours droite, on devrait toujours observer cette règle; mais comme la volonté humaine peut se dépraver, il y a des cas où l'on n'est pas tenu de rendre un dépôt, de peur que celui qui l'a confié n'en fasse un mauvais usage parce que sa volonté

¹⁹ D' AQUIN, Thomas, *Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 57, art. 2, Réponse.

²⁰ *Ibidem*, Solutions 1.

se trouve pervertie; tel est le cas du fou ou de l'ennemi de l'Etat, qui redemanderait les armes qu'il nous a confiées. »²¹

Il faut patienter dans ce chemin. Nous ne sommes pas encore arrivés au cœur du problème. Il est en effet important de laisser clair le rôle du droit positif par rapport au droit naturel :

« La volonté humaine peut, par une convention générale, décréter juste une chose qui, en elle-même, n'est pas contraire à la justice naturelle, et c'est ainsi que s'établit le droit positif. C'est pourquoi Aristote dit au livre 5 de l'Ethique que la justice légale concerne 'ce qui de par sa nature est indifférent, mais qui cesse de l'être par simple décret'. Cependant ce qui est contraire au droit naturel ne peut pas devenir juste par simple décision humaine: par exemple on ne peut pas décréter qu'il est permis de voler ou de commettre l'adultère. D'où le mot d'Isaïe (10,1) 'Malheur à ceux qui font des lois iniques'. »²²

Ainsi, l'auteur considère que les lois contraires au droit naturel sont des lois injustes, et par cela, il faudra juger non selon ces pseudo lois, mais selon quelque chose que ressemble à Aristote dans un lieu déjà cité. Il semble, par les mots de Saint Thomas qu'on doit présupposer la fidélité du législateur à l'équité, et, ainsi, et pour cause, juger selon « l'équité que le législateur avait en vue ».

« Une loi écrite ne donne pas au droit naturel son autorité et par conséquent ne peut ni diminuer, ni supprimer cette autorité, car la volonté de l'homme ne peut changer la nature. C'est pourquoi, si la loi écrite contient quelque prescription contraire au droit naturel, elle est injuste et ne peut obliger (...) C'est pourquoi de tels écrits ne peuvent être appelés des lois, mais plutôt corruptions de la loi (...) On ne peut donc pas se régler sur eux pour juger »²³.

Et Thomas d'Aquin est encore plus explicite:

« Les lois injustes en elles-mêmes sont celles qui se trouvent être contraires au droit naturel, soit dans tous les cas, soit dans quelques situations particulières; et même les

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, Solutions 2.

²³ D'AQUIN, Thomas, *Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 60, art. 5, Solutions 1.

lois positives justes deviennent insuffisantes dans certaines situations où leur application déroge au droit naturel. Dans ces cas, il ne faut pas juger d'après la lettre de la loi, mais d'après l'équité que le législateur avait en vue. »²⁴

Ces deux pas sont importants pour approcher la pensée de Thomas sur l'équité. Mais il la révèle plus expressément à propos des vertus sociales. L'article l'*Épikie* de la Somme Théologique est ainsi fondamental. Il n'est pas possible de le commenter ici en partant d'une citation complète. Cela serait trop long. Bornons-nous à quelques traits essentiels.

Dans les objections de l'article 1 de la question 120 de la *Ila Ilae*, défilent trois arguments dans le sens positiviste qui veulent refuser à l'équité le sens de vertu. En effet, elle supprimerait la justice selon la loi, s'opposant ainsi à une vertu, dans un argument sans révélation de la paternité. Après, St. Augustin est invoqué, pour affirmer le besoin d'obéissance aux lois positives, et « l'Empereur », qui s'attribue lui-même le seul pouvoir d'interpréter entre l'équité et le droit.

Thomas d'Aquin va réfuter ces arguments. Contre le premier, il invoque le Code du même Empereur : « Il n'y a pas de doute qu'on pèche contre la loi si en s'attachant à sa lettre, on contredit la volonté du législateur ». Contre le second, il fait une distinction. Il ne s'agit pas de juger la loi, ou de dire qu'elle est mal faite (pour le moment, ou dans le cas concret en discussion, du moins). Faire des restrictions sur l'application de la loi dans des cas concrets n'est pas juger la loi, mais le faire sur un cas concret. Finalement, contre le troisième argument, Thomas doit s'écarter de l'évidence qu'il y a toujours une interprétation, pour ne pas affronter directement l'absurdité du Code. Ainsi, il fait une restriction à ce qu'est l'interprétation : « L'interprétation a lieu dans les cas douteux, où il est permis, sans la décision de l'autorité, de s'écarter des termes de la loi. Dans les cas évidents, ce qu'il faut, ce n'est pas interpréter, mais agir ».

La théorisation apparaît dans la Réponse, où l'auteur de la Somme prouve l'équité comme étant une vertu.

La contingence et la variabilité infinie des actes humains pour lesquels les lois sont faites impliquent son adaptation aux cas les plus courants. Or, l'observation des règles dans d'autres cas, pourrait aller contre l'égalité de la justice et contre le bien commun, que toute loi doit viser.

²⁴ *Ibidem*, Solutions 2.

Dans l'article 2 de la même question le problème est de savoir si l'*épikie* fait-elle partie de la justice. Comme argument du *sed contra*, la seule autorité d'Aristote : « l'*épikie* est quelque chose de juste » (V Eth. X, 8 (1138, a 8). Et celle-ci sera aussi sa thèse : « l'équité est une sorte de réalisation de la justice », aussi selon le Stagirite (V Eth. X, 8 (1138, a 3).

L'équité fait partie de la justice légale, non pas par son obéissance à la lettre de la loi, mais par son obéissance à son esprit. Or, l'esprit de la loi étant sa partie la plus importante, on peut conclure que l'équité est la partie la plus importante de la justice légale.

VI. Michel Villey et l'équité

Villey était un génie débordant d'imagination et la lumière de ses écrits jaillit par des explosions inspirées. En tout cas, on peut trouver une certaine systématisation de la pensée de Michel Villey sur l'équité dans son Précis publié chez Dalloz, surtout (dans ma vieille édition) au tome II, sur les moyens du droit. Car, en effet, il s'agit d'un moyen très important du droit.

L'expression *epieikeia* y apparaît dans une division sur l'art de l'interprétation, plus précisément dans un paragraphe intitulé significativement « des textes au droit ».

Au-delà de cette systématisation, et précisément pour y faire de contrepoint, le *Livre des Pages*, ouvrage posthume, d'ailleurs enrichi par un index analytique précieux, nous indique des pensées éparses (bien que non moins importantes) sur la question. Villey y revient au sujet plus d'une demi-douzaine de fois dans une pensée à peu près aphoristique.

Avant d'entrer dans le détail, nous croyons que Villey, personne prudente, perspicace et bon connaisseur du monde, éprouvait une adhésion de base et de principe à une équité au dessus de la loi et l'associait explicitement à la fonction dialectique de la rhétorique juridique ; cependant, il était bien conscient de la perversion positiviste de l'équité, qui en fait une sorte de formule de dissolution de la concentration du droit légaliste pur et dur, valvule de sécurité d'une machine risquant d'exploser. Et il était aussi très attentif aux risques – d'ailleurs déjà anciens : souvenons-nous du brocard

prérévolutionnaire « Dieu nous garde de l'équité des Parlements »²⁵ - de la confusion entre une justice équitable et une justice simplement subjective, selon les inclinations ou la prépotence d'un juge – même, comme il le dit, d'un juge médiocre.

Villey synthétise sur la question de l'*epieikeia* les idées classiques (il invoque les trois sources : l'*Ethique* d'Aristote, la question 120 de la *II IIae* de Thomas, et les traités de rhétorique), il les organise autour de la grande question de l'herméneutique juridique : non de « l'application » de la loi (en fait des « ordres de l'Etat »), mais de la découverte du droit juste. C'est la traduction jusnaturaliste du « par le code civil, mais au-delà du code civil ». Ainsi, la formule de l'auteur de *Questions de St. Thomas* est la suivante:

« Non ! le métier n'est pas d'appliquer ' les ordres de l'Etat ; mais, à l'aide des textes, de trouver la solution juste. »²⁶

L'oubli des sources mène à la déformation de l'équité par le positivisme légaliste. Lequel se nie lui-même, car il utilise abusivement l'équité pour se soustraire à son propre *dura lex sed lex*. De plus, si l'on perd la dialectique, on confond souvent le raisonnement et le débat, la discussion pour faire naître la lumière, présupposés d'un vrai art de l'équité, avec une insupportable toute puissance du juge, agissant dorénavant non pas selon la chaîne de la loi, mais selon les vents de son caprice, de son intuition, de sa sensibilité : empire de l'arbitraire, donc. Un certain pouvoir discrétionnaire est nécessairement impliqué dans la décision finale de l'équité, ce qui ne peut être contrôlé scientifiquement. Mais cette décision, un acte de volonté, certes, doit toujours être illuminé par la raison et par la confrontation d'arguments. L'importance des topiques rhétoriques est ainsi énorme. Car le jugement final se basera sans doute dans le débat sur les lieux communs.

La fonction signalée de l'équité est ainsi multiple, mais toujours vitale :

C'est une méthode dialectique d'interprétation /création du droit juste, menant notamment à la surface du raisonnement juridique des topiques /valeurs / principes de la miséricorde, de l'opportunité, de l'utilité, et, d'ailleurs, des grandes valeurs de la

²⁵ Cf. ROLAND, Henri / BOYER, Laurent, *Adages du droit français*, 3.ème éd., Paris, Litec, 1992, p. 166 et suivs.

²⁶ VILLEY, Michel, *Précis de Philosophie du Droit*, I, 3.ème éd., Paris, Dalloz, 1982, 245 – p. 228.

civilisation romaine²⁷ : il mentionne *honestas, fides, pietas, humanitas, benignitas*. Mais on pourrait certainement aussi ajouter - *honor, gravitas, libertas, dignitas, clementia, concordia, etc.*

Outre ces topiques pleins de force qui transportent encore, du moins chez les plus classicistes parmi nous, le *pathos* de leur divinisation par les Romains, sont aussi évoqués des maximes, des adages, des formules (dont plusieurs ont pris place dans le Digeste), avec toute leur puissance convaincante. Il ne s'agit pas de toute maxime. Seulement de celles qui ont une coloration de souplesse, bénignité, *distinguo* contre l'abstraction du *dura lex*, etc. Ainsi notre auteur a choisi comme exemples *non omne quod licet honestum est* (D. 50.17.144), *semper in dubiis benigniora praeferenda* (D. 50.17.56), et *dubia sunt in meliore parte interpretanda* (*Somme Théologique*, II, Ilae, q. 60, art. 4).

On comprend bien l'intérêt de notre auteur pour la question de la charité. Villey est du temps de la bonne dissertation fran aise²⁸. Dans le *Livre des pages*, il intitule même un des morceaux « Charité et justice »²⁹. On peut y trouver des thèses très importantes sur des sujets voisins de notre thème, ainsi que l'idée que la charité peut être un « ferment dynamique » et que l'équité chrétienne influence les décisions du juge.

Villey profite de l'occasion pour jeter de la lumière sur les relations entre justice, égalité, charité et droit naturel.

Grosso modo, on dirait que la justice est chose de ce monde : elle est historique et en situation. Le droit naturel est aussi doté de mobilité. Mais il faut séparer justice et charité. Celle-là est un partage public du mien et du tien ( galitaire ou inégalitaire), celle-ci, en tant que chose privée, joue sur les inégalités de la justice juridique, mais peut contribuer à atténuer les inégalités.

Stéphane Bauzon, dans le livre inspiré de son excellente thèse sur Villey³⁰, dialogue d'une façon très intéressante sur ces questions, du point de vue de l'équité du droit politique.

²⁷ PEREIRA, Maria Helena da Rocha, *Estudos de História da Cultura Cl ssica. II. Cultura Romana*, Lisboa, Funda o Calouste Gulbenkian, 1984, p. 317.

²⁸ Sujets classiques de dissertation : « La pitié est-elle une vertu ou une faiblesse ? », ou bien « La charité peut-elle, sans cesser d'être juste, dépasser la Justice ? ». Cf. HUISSMAN, Denis, *L'Art de la dissertation philosophique*, Paris, SEDES, 1958, respectivement pages 160 et suivs. Et 194 et suivs.

²⁹ VILLEY, Michel, *Réflexions sur la philosophie et le droit*, XII, 42 - p. 272

³⁰ BAUZON, Stéphane, *Le Métier de Juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Saint Nicolas, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003.

Pour cet auteur³¹, du point de vue politique, l'équité villeyienne rejoint le « ison » d'Aristote. Elle est ainsi une « excellente proportion dans le partage des biens et des charges ». Ainsi l'auteur peut considérer que l'équité est une mesure dans la distribution des choses : en justice distributive elle se lie à une égalité géométrique ; en justice commutative, à l'égalité arithmétique. Mais la première semble dominer la seconde.

De nos jours les questions des sens et des rapports entre égalité et équité sont compliquées. Le sens de l'égalité se perd si on songe que bolchevistes et libéraux à la Adam Smith s'en réclament...

En tout cas, par exemple au Portugal, certaines forces politiques ont voulu remplacer le principe d'égalité par le principe de l'équité : le but était de diminuer drastiquement les prestations sociales, actuellement universelles, et de les restreindre aux groupes sociaux considérés comme les plus humbles, en privatisant tout le reste. Voilà un cas où il est important d'avoir des idées claires sur l'équité.

Cette fonction méthodologique est présente dans le processus normal d'utilisation juridique des normes. Mais, tout au contrairement à une méthodologie servile politiquement et logiciste techniquement, l'utilisation de l'équité implique l'adaptation de la règle au cas concret – comme implique la célèbre règle de Lesbos. Les fameuses lacunes – qui n'existent pas vraiment dans le système de Villey – seront comblées *grosso modo* – par l'équité, qui suppose, naturellement, que l'excès de précision est nuisible à la justice concrète. Mais l'équité va plus loin : si elle peut corriger la loi (pas seulement résoudre les absences de règles ou leur adaptation aux faits) elle ne se place jamais au-dessus du droit ni de la justice. En vérité, l'équité est le dernier achèvement du « droit positif »...

L'équité n'existe pas, ne vit pas seulement dans les théories académiques ni même dans les plaidoyers des tribunaux. Elle peut et doit vivre dans plusieurs endroits où les hommes ont des rapports de justice. Par exemple, dans les écoles. Et une fois de plus, Villey choquera les plus timides avec des thèses radicales, car elles vont jusqu'aux racines des problèmes. Donnons-lui la parole :

«Le maître et le manuel –

³¹ *Ibidem*, p. 189.

Didactica – Contre l'examen égal pour tous, et pour l'arbitraire du maître. L'examen égal est selon la lettre du manuel. Seul le maître, avec son arbitraire, est la vie de l'intelligence, est l'équité. La science ne tient pas dans les livres, le droit ne tient pas dans les règles. Votre justice est contre nature, votre justice est morte de l'être, il faut que vive l'esprit et ce qui vit nous n'avons pas d'avance de critère pour le juger. Comme le juge de Platon justice vivante, le maître est vérité vivante «³²

Peut-on trouver chez Villey une théorie particulière de l'équité ? Je n'oserais pas le dire. Comme dans la méthodologie romaine, qu'il loue, ne cherchons pas dans la pensée de Villey un système. Il nous a laissé, en ce qui concerne l'équité comme sur d'autres sujets, des pages magnifiques de vitalité théorique. J'avoue, j'ai été converti à la philosophie du droit et au droit même par la lecture de ce petit livre rouge – rouge et blanc – le précis Dalloz. Et je suis toujours fidèle à mon credo jusphilosophique et à Villey. Car Villey est son style. Sous une expression révolutionnaire et une inquiétude qu'on dirait toute jeune, reposent tout le poids du passé, la sereine présence des maximes classiques, éternelles – éternelles, car elles s'actualisent toujours.

Paulo Ferreira da Cunha

Professor Catedrático e
Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar
da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

³² *Ibidem*, IX, 84, p. 215