

Penser par cas... Et par principes¹

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Juge au Tribunal de première instance de Bruxelles

Résumé

Dans une première partie, la contribution tend à démontrer que, depuis Aristote jusqu'au 17^{ème} siècle, tant la casuistique que l'équité ont été au cœur de la démarche juridique. A partir de la révolution scientifique, elles seront cependant toutes deux discréditées par le succès du paradigme cartésien dans le champ juridique, c'est-à-dire la croyance en la capacité du législateur à prévoir tous les cas particuliers, et donc à prédéterminer entièrement le droit. L'auteur montre ensuite les apories du paradigme cartésien, qui n'est plus guère défendu par les théoriciens du droit à l'heure actuelle mais demeure dans l'inconscient juridique collectif, comme en témoigne la forme de l'enseignement du droit continental. Il est, enfin, suggéré d'introduire un enseignement « par cas » dans les études de droit et de reconnaître le rôle de l'équité dans la décision judiciaire, afin de favoriser la transparence du raisonnement du juge, et son contrôle.

« En droit, les circonstances changent tout, de sorte que c'est à partir des circonstances que l'équité d'un cas peut être saisie » (Juan AZOR, *Institutionum Moralium*, 1602).

L'objet des pages qui suivent est de plaider, d'une part, pour l'introduction de la « pensée par cas » dans les études de droit et, d'autre part, pour la reconnaissance – et l'encadrement – du rôle de l'équité dans la décision judiciaire. Dans une première partie, nous ferons appel à l'histoire des idées pour montrer que tant la casuistique que l'équité ont été, à tout le moins depuis Aristote, au cœur de la démarche juridique, jusqu'à leur condamnation par le paradigme cartésien, qui triomphe au 17^{ème} siècle² (1).

¹ Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que l'auteur et ne représentent aucunement celles des institutions auxquelles il appartient.

² Nous renvoyons aux travaux de Ch. PERELMAN en ce qui concerne la troisième victime du paradigme cartésien : la rhétorique (voy. Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de*

Nous exposerons ensuite brièvement les apories de ce paradigme en droit (2) avant de développer nos deux propositions (3).

1. Au commencement était le cas

Aristote distinguait déjà, au sein de la partie rationnelle de l'âme, une partie scientifique et une partie délibérante. Alors que la raison scientifique procède par syllogisme et tend à poser, par la démonstration, les choses nécessaires et certaines, comme la géométrie et les mathématiques, la raison délibérante s'occupe des choses contingentes et probables, comme le droit. En effet, selon Aristote, « nul ne délibère sur les choses qui ne peuvent pas être autrement que ce qu'elles sont »³. La vertu de la raison délibérante est la *phronêsis* – traduite par prudence ou sagesse pratique –, cette qualité de l'homme d'action lui permettant d'adapter ses décisions aux circonstances, sans perdre de vue les fins poursuivies par la règle⁴. Elle est, selon le Stagirite, indispensable à la fonction de juger, dès lors que la « loi est toujours universelle », alors que, « sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux ». Le juge peut corriger la loi pour des raisons d'équité (« *epikie* ») lorsque le législateur lui-même l'aurait rectifiée s'il avait eu connaissance du cas particulier⁵. Sans énoncer de méthode sur la façon dont il convient d'appréhender ce type de situation, Aristote pose ainsi le premier jalon de la casuistique⁶. Le malheur du droit continental sera, à tout le moins dans le discours sur le droit, d'oublier la partie délibérante de l'âme et de postuler que le droit doit être appréhendé par la raison scientifique.

Contrairement à une croyance assez répandue, les juristes romains ont surtout privilégié une science juridique centrée sur les cas concrets plutôt que sur la formulation de grands principes⁷, favorisant l'usage de la casuistique⁸. Il est vrai que le besoin de règles générales se fera plus

l'argumentation. La nouvelle rhétorique, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2008). Le lecteur trouvera une version nettement plus approfondie de cette partie historique dans J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthémis-Publ. de l'U. Saint-Louis, 2014, p. 189-387.

³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. par R.A. Gauthier et J.Y. Jolif, 2^e éd., Publ. Univ. de Louvain, 1970, L. VI, p. 160-172.

⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, P.U.F., 2003, p. 74-76.

⁵ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. par R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 2008, L. V, p. 92-94.

⁶ A. R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988, p. 16.

⁷ J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, p. 49-52.

⁸ B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 58-65. C'est notamment à Cicéron qu'on doit le premier recueil de cas moraux clairement formulés (*De Officiis*), ce qui fait de lui, selon A. JONSEN et S. TOULMIN, le premier casuiste (*The Abuse of Casuistry, op. cit., supra* n. 6, p. 76).

pressant avec le développement de Rome et culminera avec la codification justinienne destinée, selon son instigateur, à reprendre « tout le droit ancien observé depuis près de quatorze cents ans » en un recueil qui « formera comme un mur de clôture au delà duquel il n'y aura plus rien à chercher »⁹. Il serait cependant plus exact de parler de « compilation » que de « code », eu égard au caractère essentiellement casuistique et peu systématisé de son contenu¹⁰. Sans surprise, cette caractéristique du droit romain laisse une place à l'équité, dont l'importance va croître à partir de Constantin où, dans un contexte de christianisation, modération et miséricorde seront opposées aux rigueurs de la loi¹¹.

Suite à la chute de l'Empire romain d'Occident, le monde juridique européen va se disperser dans la diversité des coutumes germaniques et l'Eglise chrétienne va prendre l'ascendant intellectuel en Europe¹². Saint Augustin distinguera la Cité de Dieu et celle des hommes dont les lois, mêmes imparfaites et injustes, doivent être obéies¹³, inaugurant ainsi une doctrine de la verticalité transcendante¹⁴. Si la casuistique, comme procédure de résolution des problèmes moraux, ne se développera pas avant l'an mil¹⁵, on trouve déjà à l'époque des « livres de pénitence » reprenant de façon détaillée les pénalités applicables aux différentes situations de péché, l'Eglise ayant à cœur de guider le clergé dans sa mission de sauver les âmes¹⁶.

A l'entame du second millénaire, l'Europe connaîtra enfin une relative stabilité et un renouveau économique. A la fragmentation juridique de l'époque seront préférées les potentialités unificatrices du droit romain et du

⁹ JUSTINIEN, « Première préface sur la composition du digeste adressée à Tribonien », in *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*, trad. M. Hulot, Paris, Rondonneau, 1804, Livre 50, § 1.

¹⁰ H. J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, p. 129.

¹¹ Sur la notion d'équité en droit romain, voy. notamment O. ECHAPPE, « L'équité en droit canonique », in *Justice et Equité*, Justices n° 9, Dalloz, 1998, p. 7.

¹² J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., supra n. 7, p. 102-104.

¹³ AUGUSTIN, « La cité de Dieu », in *Les œuvres complètes*, trad. par MM. Péronne, Ecalte, Vincent, Charpentier, Paris, Ed. Louis Vivès, 1870, Livre XXI, chap. 16, p. 29.

¹⁴ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 72-74.

¹⁵ Le quatrième concile de Latran (1215) ayant rendu obligatoire la confession auriculaire, le besoin de recueils de cas de conscience s'est considérablement accru dans le chef des confesseurs (S. BOARINI, « Collection, comparaison, concertation. Le traitement du cas, de la casuistique moderne aux conférences de consensus », in *Penser par cas*, J.-CL. PASSERON et J. REVEL (dir.), Paris, Ed. de l'EHESS, 2005, p. 132).

¹⁶ A. R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, op. cit., supra n. 6, p. 97-101. La méthode casuistique était déjà pratiquée depuis plusieurs siècles dans la tradition judaïque (voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit. supra n. 8, p. 104).

droit canonique¹⁷, dont la rationalisation croissante ne rompra toutefois pas avec une approche éminemment casuistique. En effet, s'il est incontestable que les scolastiques médiévaux de Bologne ont fortement contribué à la systématisation du droit romain¹⁸, c'est dans l'optique de répondre à des problèmes essentiellement pratiques et non théoriques. Le droit canon prend également son essor avec le décret de Gratien en 1140, qui rassemble une masse de « règles » d'autorité ecclésiale (*canones*). A nouveau, ce type de « codification » est fort éloigné de l'idée qu'on peut s'en faire depuis le 19^{ème} siècle dès lors que ces « règles » sont essentiellement des réponses d'autorités ecclésiastiques très diverses à des cas particuliers. Par ailleurs, la rencontre de la croyance chrétienne, du droit romain et de la philosophie aristotélicienne donnera naissance au concept d'*aequitas canonica*, ou équité canonique, soit une justice tempérée par la compassion¹⁹.

Au 13^{ème} siècle, Thomas d'Aquin opère une distinction entre la loi divine, la loi naturelle et la loi positive, qui découle de la loi naturelle et que les hommes « ont établie pour soumettre à des applications particulières ce que la loi naturelle renferme »²⁰. Selon lui, il serait préférable que « tout soit réglé par une loi » mais, citant Aristote, il reconnaît « qu'il y a des choses particulières que la loi ne peut pas embrasser et qu'il est nécessaire d'abandonner à l'appréciation des juges » car « aucun homme n'est assez sage pour pouvoir penser à tous les cas en particulier ». Aussi, lorsque les lois positives s'écartent « de l'équité dans certaines circonstances, au point que si on les suivait, on irait contre le droit naturel (...) on ne doit pas juger selon la lettre de la loi, mais on doit revenir à l'équité que le législateur avait en vue »²¹.

A la conception du droit d'Aristote et des Romains, conçu en termes de rapports entre les individus, Duns Scot et Guillaume d'Occam opposeront, au 14^{ème} siècle, un monde d'individus, soumis à l'insondable volonté divine, dans lequel le droit est ramené à la loi, qui n'est qu'un

¹⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., supra n. 4, p. 140 et s.

¹⁸ H. J. BERMAN, *Law and Revolution*, op. cit., supra n. 10, p. 129. Cette tendance à la systématisation ne s'étendra pas au droit anglais, qui poursuivra son évolution comme droit germanique féodal, probablement plus proche du droit romain de la période classique que les systèmes de droit civil professés dans les écoles médiévales du continent (R. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur*, trad. par B. De Dominicis, Dalloz, 2010, p. 39-51).

¹⁹ A. R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, op. cit., supra n. 6, p. 106-116.

²⁰ Th. D'AQUIN, *Somme Théologique*, t. III, trad. par M. l'Abbé Drioux, Paris, Ed. Eugène Belin, 1852, Ia-IIa, q. 91, art. I-III ; q. 95, art. II et q. 97, art. III.

²¹ *Ibid.*, Ia-IIa, q. 95, art. I et q. 96, art. I et IIa-IIae et VI ; IIa-IIae, q. 60, art. V.

ensemble de commandements définis à partir de l'individu, qui devient la source première du droit²².

Pour les penseurs de la Renaissance, il faut respecter toutes les possibilités rationnelles de l'expérience humaine et la rhétorique et la logique sont, comme chez Aristote, des disciplines complémentaires²³. Montaigne suggère de développer d'abord une perspective riche sur le monde et les affaires humaines à partir de l'expérience et de ne construire qu'ensuite une théorie générale²⁴. Il critique la « multitude des lois » qui visent à « brider l'autorité des juges » alors qu'il y aura toujours « quelque circonstance et diversité qui requière diverse considération de jugement »²⁵.

Tant dans le chef des juristes anglais que des scolastiques espagnols s'opère un glissement du droit naturel, comme émanation divine, vers un droit dérivé de la raison humaine, mais qui laisse encore une place pour l'équité. En 1523, le juriste anglais Ch. Saint-Germain écrit que les lois doivent être appliquées de manière raisonnable pour tempérer leur rigidité parfois excessive et cite explicitement le terme « *epieikeia* », qu'il traduit par le mot « *equity* » et qui constitue une exception aux lois humaines²⁶. L'Ecole de Salamanque, quant à elle, conçoit le droit comme un ensemble de lois conférant des droits subjectifs et dans lequel le raisonnement déductif est prépondérant²⁷.

Suarez reprend également la notion grecque d'« *epikeia* », qui permet de s'écarter d'une application trop rigide de la loi, lorsque le résultat serait inique ou trop pénible, ou que l'on peut présumer que le législateur n'a pas voulu que son texte soit obligatoire en toutes circonstances²⁸. Suarez développe par ailleurs la doctrine du probabilisme, selon laquelle il est licite de suivre une opinion « probable », même si l'opinion opposée l'est davantage. Cette doctrine jouera un rôle important dans la casuistique, qui s'épanouira à partir du milieu du 16^{ème} siècle, chevillée au succès de l'ordre jésuite²⁹. Juan Azor, un des premiers jésuites casuistes publie, en 1602,

²² J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., supra n. 7, p. 142-145. M. Villey situe la naissance du droit subjectif chez Occam (*La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., supra n. 4, p. 240-247).

²³ S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, The University of Chicago Press, 1992, p. 5-28.

²⁴ MONTAIGNE, « Apologie de Raimond Sebond », in *Essais*, Paris, Ed. Périusse frères, 1847, p. 299-300.

²⁵ MONTAIGNE, « Chapitre XXXIX. De l'expérience », in *Essais*, op. cit., supra n. 24, p. 470-471.

²⁶ Ch. SAINT-GERMAIN, *The doctor and student*, Cincinnati, 1886, p. 44-45.

²⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., supra n. 4, p. 330-364.

²⁸ O. ECHAPPE, « L'équité en droit canonique », op. cit., supra n. 11, p. 11.

²⁹ Sur cette période qu'ils qualifient de « haute casuistique » et l'influence jésuite, voy. A.R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, op. cit., supra n. 6, p. 142-151. Les termes « casuiste » et « casuistique » n'apparaissent, respectivement, qu'aux 16^e et 18^e siècles (P. HURTUBISE, *La casuistique dans tous ses états*, Ottawa, Novalis, 2005, p. 14).

Institutionum Moraliū, un ouvrage de plusieurs milliers de pages dont le sous-titre indique, modestement : « dans lequel toutes questions de conscience sont traitées brièvement ». Selon un modèle qui deviendra classique, chaque question commence par la discussion de quelques principes, suivie de l'étude de cas de conscience, en partant d'un cas paradigmatique (l'interdiction de l'homicide) pour aller vers des cas de plus en plus controversés (qu'en est-il de l'homicide en cas de guerre ? et de guerre injuste ?). Les opinions sont reprises, puis discutées, sans nécessairement trancher, probabilisme oblige, en l'absence de consensus³⁰.

A la même époque, Bodin présente un tout autre état d'esprit dans son *Exposé du droit universel*, publié en 1580. Il y annonce son souhait de dresser du droit, comme dans les autres sciences, un « tableau strictement divisé » qui établirait « entre tous ses membres une classification régulière et continue ». Même lui, cependant, reconnaît que l'office du juge peut s'exercer « sur ce qui ne figure pas dans la loi ou s'y trouve exposé avec trop d'obscurité, ou qui, dans le cas envisagé, paraît contraire à l'équité », qu'il définit, il est vrai, comme étant « le droit procédant du bon plaisir de celui qui statue »³¹.

Le projet de Bodin trouvera un écho majeur au 17^{ème} siècle, lorsqu'aura lieu la révolution scientifique, étroitement associée aux écrits de Galilée, Newton, Leibniz et, surtout, Descartes. Elle consacrera une conception mécaniste de la nature en tant que véritable paradigme de la pensée occidentale, dépassant largement le domaine de la physique et des sciences exactes³². Ce paradigme, que nous qualifierons de « cartésien », entraînera la disqualification de l'autorité au profit de la raison comme fondement du savoir et le discrédit de la rhétorique³³. Le droit n'échappera pas à ce phénomène, comme en témoignent les écrits de Grotius³⁴ ou de Leibniz, qui rêve d'un droit « finalement achevé et certain » et de « règles peu nombreuses et claires, dont la combinaison peut résoudre tous les cas »³⁵.

En France, cette conception d'un droit parfaitement rationnel va de pair avec une certaine méfiance envers l'équité des juges, alimentée par le sentiment du caractère discrétionnaire des arrêts des juridictions de l'Ancien Régime, qui aurait fait dire au chancelier Séguier : « Dieu nous préserve de

³⁰ A. R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, op. cit., supra n. 6, p. 152-153.

³¹ J. BODIN, *Exposé du droit universel*, trad. par L. Jerphagnon, Paris, P.U.F., 1985, p. 9-23.

³² J. DEWEY, *The Quest for Certainty : A Study of the Relation of Knowledge and Action*, New York, Putnam, 1960, p. 49.

³³ En ce sens, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., supra n. 8, p. 227-234.

³⁴ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Paris, Ed. Guillaumin et Cie, 1867.

³⁵ G. F. LEIBNIZ, *Le droit de la raison*, Paris, Vrin, 1994, p. 214-215.

l'équité des Parlements ». L'Ordonnance civile de 1667 rappelle les juges à leur mission d'application de la loi et leur interdit de juger en équité³⁶.

Dans ses *Lettres provinciales*, Pascal fera le procès de la casuistique, convaincu que sa doctrine du probabilisme mène au laxisme moral. Amoindrie, elle survivra néanmoins à l'ironie pascalienne mais poursuivra son déclin, dans un contexte intellectuel qui lui est peu favorable³⁷.

Le 18^{ème} siècle s'inscrit dans le prolongement du siècle précédent en mettant l'homme, transformé en citoyen, au centre de l'attention et en prônant le culte de la raison. L'engouement du droit pour le paradigme cartésien se poursuivra avec l'œuvre de Montesquieu qui postule que le droit est capable d'afficher les mêmes qualités de certitude, de clarté et de précision que les lois scientifiques³⁸. De la combinaison de ce postulat et du principe de séparation des pouvoirs, il conclut qu'il y a lieu de réduire le juge à un organe d'application mécanique de la loi, position bientôt soutenue par les idéaux révolutionnaires qui identifieront légitimité démocratique et capacité prédictive du pouvoir législatif. A la même époque, Beccaria consacre la notion de syllogisme judiciaire³⁹ et Blackstone refuse tout pouvoir créateur dans le chef des juges, qu'il qualifie d'« oracles vivants » du droit⁴⁰. Toutefois, à la différence des penseurs français et italien, qui postulent un système rationnel, fonctionnant sur le modèle déductif, le juriste anglais privilégie, dans la tradition de la *Common law*, la sécurité du précédent, selon une logique inductive.

Sur le plan intellectuel, le 19^{ème} siècle est le digne héritier des deux siècles qui le précèdent. Le mathématicien et physicien Laplace évoque la possibilité pour une intelligence omnisciente – qui n'est pas Dieu – de tout prévoir⁴¹ et Auguste Comte conçoit les phénomènes sociaux comme étant « aussi susceptibles de prévision scientifique que tous les autres phénomènes quelconques »⁴². Les failles du modèle cartésien commencent

³⁶ A. RIGAUDIERE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », in *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 2004, p. 1565.

³⁷ Pour une analyse plus en détail des raisons du déclin de la casuistique entre le 17^{ème} et le 19^{ème} siècles, voy. A. R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry, op. cit., supra* n. 6, p. 171-278.

³⁸ Il nous offre probablement la meilleure preuve de la confusion ambiante entre la notion de loi scientifique et de loi juridique lorsqu'il affirme dans la même phrase que les lois « sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » et que « tous les êtres ont leurs lois », que ce soit la « Divinité », le monde matériel ou les hommes (*L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, Livre Ier, ch. I, p. 61).

³⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (sans mention du traducteur), Paris, Ed. Guillaumin, 1870, p. 20.

⁴⁰ W. BLACKSTONE, *Commentaries on Laws of England*, 6^{ème} éd., London, 1825, p. 69-70.

⁴¹ P.-S. LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, Paris, Ed. Bachelier, 1825, p. 3-5.

⁴² A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 5^{ème} éd., Paris, Au siège de la société positiviste 1893, Vol. 4, 48^{ème} leçon, p. 249.

toutefois à se multiplier avec le développement des probabilités, qui permettent à l'incertitude de se faire une place honorable dans la pensée scientifique, et l'émergence de la pensée du soupçon, qui l'inscrit au cœur de la conscience du sujet.

Sur le plan juridique, le siècle s'ouvre sur l'adoption du Code civil français, qui sera loué pour sa clarté et la certitude qu'il pourvoit, les codificateurs insistant sur l'idée que dans « l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau »⁴³. Il faut éviter de conclure trop vite, sur la base de sa postérité, que ce texte devait mettre un terme au pouvoir d'interprétation des juges. L'exposé des motifs justifie ainsi le maintien de règles romaines d'équité en matière contractuelle par le fait qu'elles étaient « l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le cœur des hommes »⁴⁴. Portalis rappelle en outre que « (t)out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre » et qu'il est inconcevable de vouloir « calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler »⁴⁵. Ce message ne sera, cependant, pas entendu par l'Ecole de l'exégèse qui, postulant la clarté du texte, limitera son interprétation à son sens littéral⁴⁶.

En Allemagne, l'Ecole historique du droit, qui avait pourtant surgi dans un contexte romantique, en réaction au rationalisme individualiste des lumières françaises⁴⁷, a fini par soutenir l'entreprise qui aboutira, en 1896, à l'adoption du Code civil allemand, marquant le retour de la croyance en la capacité du droit à être prédéterminé par des concepts abstraitement définis⁴⁸. En Angleterre, Bentham, ardent défenseur de la codification, estime que le droit doit être clair, cohérent et garantir la certitude de son application, ce qui implique que les juges s'en tiennent à une interprétation purement littérale des lois, même obscures ou incohérentes⁴⁹.

J. Ellul relève par ailleurs la « mutation fantastique » qui s'opère et consacre une conception de l'Etat fondé sur le droit, lui-même « effectué » par l'Etat qui peut être abstrait du pouvoir qui l'incarne⁵⁰. Tant le *Rechtsstaat* allemand que l'*Etat de droit* français et la *Rule of law* partagent, au-delà de

⁴³ « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification des lois », in P. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 174.

⁴⁴ Exposé des motifs, in P. FENET, *op. cit.*, supra n. 43, p. cxxv.

⁴⁵ « Discours de Portalis », in P. FENET, *op. cit.*, supra n. 43, p. 467-477.

⁴⁶ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991, p. 62-64.

⁴⁷ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F., 2005, p. 99.

⁴⁸ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, supra n. 14, p. 129-133.

⁴⁹ J. BENTHAM, *Theory of Legislation*, trad. par R. Hildreth, 2^e éd., London, Ed. Trübner, 1871, p. 149-157.

⁵⁰ J. ELLUL, « Remarques sur les origines de l'Etat », *Droits*, 1992, n°15, p. 14.

leurs différences, l'idée d'un pouvoir politique distinct des autres systèmes sociaux, garant des droits individuels et soumis à des principes de droit⁵¹. Parmi ceux-ci, figure en bonne place l'exigence de sécurité juridique, jugée indispensable pour encadrer le développement économique issu de l'industrialisation européenne⁵².

Au 20^{ème} siècle, l'incertitude se fraie enfin une place dans la pensée occidentale⁵³, en sciences avec Whitehead et Heisenberg et, en philosophie, avec des penseurs comme Dewey ou Heidegger⁵⁴. Cette dernière entame également son « tournant linguistique » (*linguistic turn*), qui déplace son centre d'intérêt du sujet vers le langage, et invalidera le mythe positiviste d'une perception immédiate, neutre et objective du monde⁵⁵.

La doctrine juridique dominante continuera cependant à croire, plusieurs décennies durant, au paradigme cartésien⁵⁶. Pour Weber, la création du droit est irrationnelle (au sens matériel) lorsque ce sont, non pas des normes générales mais des évaluations très concrètes du cas particulier qui déterminent les décisions. Selon lui, chaque décision constitue l'application d'une prescription juridique abstraite à une situation concrète dès lors que le droit objectif en vigueur constitue un système « sans failles » ou, à tout le moins, doit être traité comme tel⁵⁷.

2. Le paradigme cartésien en procès

Il n'est guère de théoriciens du droit qui, à l'heure actuelle, défendent encore, de façon explicite et argumentée, le paradigme cartésien, à savoir la capacité du droit à être entièrement prédéterminé par le législateur. L'indétermination du droit lui est, en effet, consubstantielle dès lors qu'il vise à régir une réalité complexe et des relations humaines qui ne le sont pas moins, en recourant à un langage naturel qui s'est avéré ambigu et incertain. Même Kelsen a dû reconnaître que les décisions des tribunaux n'étaient susceptibles d'être prévues que « jusqu'à un certain point » dès lors que toute application d'une norme appelle une interprétation et laisse toujours

⁵¹ R. GROTE, « Rechtsstaat and "Etat de droit" », in *Constitutionalism, Universalism and Democracy - a comparative analysis*, Ch. STARCK (dir.), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 270.

⁵² F. TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *R.I.E.J.*, 1990, n° 24, p. 29.

⁵³ I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes. Temps, chaos et les lois de nature*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 12-13.

⁵⁴ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., supra n. 23, p. 11.

⁵⁵ J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1980, p. 81.

⁵⁶ Quelques exceptions toutefois : l'Ecole du Droit libre et la Jurisprudence des intérêts en Allemagne, ainsi que la Libre recherche scientifique de Gény en France.

⁵⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, Paris, Quadrige, P.U.F., 2007, p. 42-43.

une certaine marge d'indétermination⁵⁸. Celle-ci s'est révélée avec d'autant plus de clarté que le droit perdait celle qu'on lui prêtait. L'intervention de l'Etat-providence dans les enjeux socio-économiques a entraîné un développement exponentiel du droit et une multiplication des droits subjectifs et des intérêts juridiquement protégés. Depuis la seconde guerre mondiale, les principes généraux du droit défient la pyramide kelsénienne des normes dès lors que, à la différence des règles, ils n'opèrent pas selon la logique : conditions d'application > dispositif (ou, plus prosaïquement : si > alors). Dworkin explique que les principes indiquent une direction à suivre sans imposer de décision particulière⁵⁹ et Alexy qu'ils peuvent être plus ou moins satisfaits selon les possibilités factuelles et juridiques⁶⁰. Ironie suprême, ils comptent dans leurs rangs le principe de sécurité juridique.

La situation se complique lorsque plusieurs normes sont susceptibles d'interagir dans un même cas particulier, dans des configurations par définition aléatoires. Comme le relève Günther, les cas de conflits de normes les plus intéressants ne relèvent pas du registre de la validité mais de celui du caractère approprié d'une norme *prima facie* applicable au regard d'autres normes valides applicables, au point que sa signification peut varier selon le cas de figure qui se présente au juge⁶¹. A sa suite, Habermas estime que, à l'exception de certaines règles très précises, « toutes les normes en vigueur sont indéterminées, pour ainsi dire, d'origine », le conflit dans leur application n'entraînant pas nécessairement l'incohérence du système. Comme le résume le philosophe allemand, les « relations de normes valides se transforment en fonction de la constellation des caractéristiques pertinentes pour le cas qui, en l'espèce, requiert une décision »⁶². Les tentatives d'établir des critères de priorité dans l'application des principes ne pourront, à l'instar de toute pondération d'intérêts, offrir qu'une prévision relative des solutions à apporter aux configurations factuelles et juridiques à venir⁶³. De nombreux arrêts de la Cour européenne

⁵⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 250.

⁵⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 22.

⁶⁰ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. par J. Rivers, Oxford, O.U.P., 2002, p. 39 et p. 47-57.

⁶¹ Kl. Günther, « A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification », *Ratio Juris*, 1989, p. 159-164.

⁶² J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 219-241.

⁶³ Comme le relève O. De Schutter, cette tentative s'apparente à une volonté de retour au « Modèle de la Règle », avec les limites que celui-ci comporte (« Les cadres du jugement juridique », *Annales de droit de Louvain*, 1998, p. 180).

des droits de l'homme illustrent ainsi le caractère indécidable *a priori* d'un conflit entre droit au respect de la vie privée et liberté d'expression⁶⁴.

La plupart des théoriciens du droit ont donc opposé, au paradigme cartésien du droit, une conception plus complexe de la juridicité, qui refuse de faire l'impasse sur l'intervention de l'interprète de la norme et sur le contexte de sa mise en œuvre⁶⁵. A leur suite, nous proposons de penser le procès comme étant l'occasion d'une radicale imprévisibilité, qui résulte de cette confrontation, propre à tout litige juridictionnel, entre « une définition et une histoire »⁶⁶.

Et pourtant, alors que leur pratique leur révèle tous les jours l'incertitude inhérente au droit, les juristes de droit continental semblent continuer à entretenir, même si de façon implicite, le mythe d'un droit qui pourrait être appliqué à tous les faits particuliers de façon prévisible, témoignant d'un attachement à la logique cartésienne du droit⁶⁷. Cette croyance, vraisemblablement enracinée dans notre inconscient juridique collectif, se marque dans notre enseignement du droit qui contribue ainsi à la perpétuer. Elle n'est ni un drame ni, surtout, une fatalité, à condition qu'on accepte de réapprendre à penser par cas.

3. Le retour du cas

Le paradigme cartésien du droit nous a fait perdre de vue ce qu'Aristote, les juristes romains, les rabbins juifs et les scolastiques médiévaux avaient compris depuis des siècles : le droit est indissociable du cas. Il est codéterminé par un contexte factuel, dont les configurations infinies imposent de pouvoir penser non seulement dans le cadre de règles définies *a priori* mais également, *a posteriori*, à partir du cas qui survient.

Par ailleurs, l'incapacité du législateur à prévoir toutes les situations et, *a fortiori*, à prévoir la bonne réponse à y apporter, justifie l'office du juge et l'autorise à statuer, de façon exceptionnelle et à certaines conditions, en équité. On rappellera à cet égard que celle-ci n'est pas absente, loin s'en

⁶⁴ Voy. notamment C.E.D.H., *MGN Ltd v. Grande-Bretagne*, 18 janvier 2011, req. n° 39401/04. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que, eu égard à la marge d'appréciation des juridictions nationales dans ce type de conflit de normes, seules de solides raisons pourraient l'amener à substituer son appréciation à celle de la *House of Lords* (§ 150).

⁶⁵ Voy. notamment F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publ. de l'U. Saint-Louis, 2002, p. 398-399 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit., supra n. 46, p. 46 ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 42-43 ; A. PAPAU, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., supra n. 14.

⁶⁶ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., supra n. 65, p. 182. Nous avons suggéré ailleurs de penser le procès comme un « événement », au sens où l'entend le philosophe Alain Badiou (*De la certitude à la confiance*, op. cit., supra n. 2, p. 497-500).

⁶⁷ Pour une analyse de ce phénomène dans le discours de la Cour de justice de l'Union européenne, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., supra n. 2.

faut, des textes de droit positif, comme en témoignent notamment les articles 1135 et 1386bis du Code civil. Quant à l'évaluation du dommage, la Cour de cassation accepte qu'à défaut d'autre moyen de le déterminer, le juge puisse « recourir à une évaluation en équité »⁶⁸. Il en va de même en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, le juge ayant, conformément à l'article 5 du Code judiciaire, l'obligation de statuer sous peine de déni de justice⁶⁹.

Pour la plupart des juristes belges, cependant, le terme « casuistique » renvoie à une jurisprudence sans grande cohérence⁷⁰, alors que celui d'« équité » évoque l'arbitraire des juges, voire le vieil épouvantail de leur gouvernement. Si on accepte que le législateur ne peut prévoir tous les cas particuliers, il nous paraît toutefois que le futur juriste doit être formé à penser par cas (1.) et que le rôle de l'équité dans le raisonnement judiciaire gagnerait à être reconnu (2).

A. Aux sources du droit : des principes et des cas

A l'instar de M. Jourdain, les praticiens pensent par cas, souvent sans le savoir. Leur intervention part le plus souvent d'un cas particulier et, si ce cas ne « tombe » pas bien⁷¹, c'est-à-dire s'il ne rentre pas exactement dans une catégorie légale prédéfinie, il sera appréhendé au regard de cas passés, dont il se rapprochera plus ou moins. Bien que notre système juridique ne soit pas soumis à la règle du précédent, tant les conclusions des avocats que les décisions des juges sont parsemées de références à des décisions antérieures. Lorsqu'une partie invoque des précédents allant dans son sens, son adversaire s'efforce à démontrer qu'ils concernent des situations dont les circonstances diffèrent de celles qui font l'objet du litige. Le juge appelé à trancher le fond ne procédera pas autrement et, en cas d'écart par rapport à la jurisprudence préexistante, veillera à motiver tout particulièrement sa décision.

Cette démarche relève de l'évidence pour l'étudiant de *common law*. Celui-ci est formé à prendre conscience de l'importance des cas et, surtout de la façon de distinguer dans les décisions passées la *ratio decidendi* (ce qui a vocation à être généralisé) de l'*obiter dictum*. (ce qui relève de la

⁶⁸ Cass., 3 mars 2008, *Pas.*, I, n° 597.

⁶⁹ En ce sens, voy. *Dictionnaire de la justice*, v° *Equité*.

⁷⁰ Voy. notamment la « casuistique imprévisible » dénoncée par S. VAN DROOGHENBROECK en ce qui concerne la jurisprudence de Cour européenne des droits de l'homme (*La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1999-2001*, 2001, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 164) ou le « bricolage casuistique » de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de principes généraux, selon les termes de D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, vol. 14, 1991, p. 513.

⁷¹ Le terme « cas » vient de « *casus* », participe passé substantivé de « *cadere* », tomber.

particularité du cas). Dès leurs premières années d'études, ils apprennent à dégager les principes de la jurisprudence, leur attention étant attirée sur la façon dont ils se développent au fur et à mesure. Cette « *case method* », qu'on attribue à l'initiative, en 1870, du professeur Langdell de la *Harvard Law School* va progressivement prendre le pas sur la « *textbook method* » plus proche de l'enseignement continental du droit⁷².

Une telle approche demeure étrangère à celui qui apprend le droit continental sur les bancs de l'université. La plupart des cours s'enseignent à partir des règles et principes de nature constitutionnelle, législative et réglementaire, les décisions jurisprudentielles étant mobilisées à titre d'exemple ou afin d'éclairer l'interprétation de certaines notions légales, leur *ratio decidendi* étant déjà extraite de la décision⁷³. Quant aux fameux « casus » des travaux pratiques, ils sont le plus souvent construits afin de permettre l'application, certes parfois fort complexe d'un point de vue technique, des règles étudiées dans un premier temps. Notre enseignement s'inscrit donc toujours, à tout le moins dans sa forme, dans le paradigme cartésien, dont il contribue sans doute à assurer la survivance dans l'inconscient juridique collectif.

Ce n'est qu'au gré de sa pratique que le juriste belge pourra développer une « aptitude » pour la casuistique, ou plutôt, comme le suggère S. Boarini, une « herméneutique » dès lors que le cas n'acquiert son identité qu'avec l'activité qui le fait entrer dans le langage⁷⁴. Rien ne nous paraît, cependant, justifier que la formation des étudiants se limite aux règles et non au traitement des cas⁷⁵.

Nous pourrions certainement nous inspirer de la « méthode par cas » propre à la *Common law*, à tout le moins pour certaines modalités d'enseignement (les travaux pratiques) ou certaines matières qui s'y prêtent

⁷² Sur cette méthode socratique et les critiques qu'elle a suscitées, voy. E. MERZ, *The Language of Law School. Learning to «Think like a lawyer»*, Oxford University Press, 2007, p. 26-27, ainsi que les contributions de J. PERELMAN et D. FENNELLY dans ce dossier.

⁷³ Il convient de rappeler que la plupart de nos règles de droit constituent, à l'origine, des réponses à des situations particulières. Notre Code civil, qui devait représenter l'accomplissement ultime de la Raison, est finalement le produit d'anciennes coutumes germaniques du nord de la France et de règles de droit romain et de droit canon (J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., supra n. 7, p. 264 et 312).

⁷⁴ S. BOARINI, « Herméneutique du cas : dire le cas », in *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 148-149 : « Ni science, ni technique, ni art, la casuistique est une herméneutique qui peut et qui doit produire ses propres règles d'interprétation du sens ». Il écrit encore : « Enoncer le cas, c'est faire le cas. De la sorte, la porte est ouverte vers la solution du cas, solution qui se trouve au sein du langage et de la parole » (p. 160).

⁷⁵ Outre les propositions qui suivent, il existe d'autres pistes, développées dans les contributions de F. Ost (notamment un cours de droit et littérature), de J. PERELMAN et de D. FENNELLY (la mise en place d'une clinique juridique).

d'avantage (comme un cours sur les droits de l'homme). Une telle méthode permet notamment d'attirer l'attention sur l'importance des circonstances particulières d'une décision et du contexte dans lequel elle a été rendue, ainsi que sur l'inévitable contingence d'une évolution jurisprudentielle selon l'ordre, par nature imprévisible, dans lequel les affaires arrivent devant les tribunaux⁷⁶. L'accent mis sur la participation jurisprudentielle à la création du droit permet, enfin, d'aborder avec les étudiants l'enjeu complexe de l'inévitable subjectivité des juges.

Il ne s'agit pas pour autant de renoncer à ce qui fait la force de notre culture juridique, à savoir une capacité à penser le droit comme un système, constitué de règles et de principes. Le risque de la « *case method* » est, en effet, de laisser les étudiants de *Common law* avec une connaissance atomisée du droit et l'insuffisance d'un point de vue plus global sur les principes animant leur système juridique⁷⁷. Or, une formation complète doit éviter de former des « généralistes » ou des casuistes paresseux. Les premiers ne prennent pas la peine de s'intéresser aux circonstances particulières d'une cause et prennent leurs désirs (juridiques) pour des généralités. Les casuistes paresseux ne font pas l'effort d'essayer de tirer des précédents des enseignements plus généraux et perdent de vue que « le cas n'a pas d'identité en dehors des normes »⁷⁸. En résumé, le bon juriste n'est pas seulement celui qui sait penser par cas, mais aussi celui qui sait penser par principes.

Dans cette optique, il serait intéressant de puiser dans la méthode casuistique médiévale quelques éléments pertinents pour l'étude et la pratique du droit. En effet, à la différence des *common lawyers*, les casuistes partent de principes et de cas paradigmatiques pour ensuite en compliquer les circonstances. Ils insistent également sur le caractère plus ou moins « probable » d'un argument, et surtout, sur la possibilité de tirer plusieurs conclusions acceptables de la discussion d'un problème moral⁷⁹.

Transposée aux études de droit, une méthode d'enseignement casuistique partirait de cas facilement subsumables sous une règle ou un principe général de droit pour évoluer vers des cas de plus en plus complexes (les « *hard cases* » étudiés par Hart et Dworkin) afin de forcer les étudiants à pousser leur raisonnement dans ses derniers retranchements.

⁷⁶ Sur ce phénomène de « *path dependence* », qui vise la dépendance d'un résultat ou d'une décision au parcours historique qui l'a précédé, voy. O. A. HATTAWAY, « Path Dependence in the Law : The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System », *Iowa L. Rev.*, 2000-2001, p. 602-66.

⁷⁷ En ce sens, voy. D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique* (V° casuistique), Paris, PUF, 2003.

⁷⁸ S. BOARINI, « Herméneutique du cas », *op. cit.*, p. 148.

⁷⁹ Sur la méthode casuistique, voy. A. R. JONSEN et S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, *op. cit.*, *supra* n. 6, p. 251-257.

Une théorie comme celle de l'équivalence des conditions en droit de la responsabilité extra-contractuelle se prêterait aisément à ce type d'exercice. Par exemple, la personne qui a oublié ses clés sur le compteur de sa voiture doit-elle être tenue responsable des conséquences d'une maladie nosocomiale ayant entraîné le décès de la victime d'un accident causé par la personne qui a volé son véhicule ? N'en déplaise à Dworkin, une telle méthode pourrait également révéler que, dans certains cas, il n'existe pas, pour un problème juridique, une seule bonne réponse (« *the right answer* ») mais plusieurs bonnes réponses voire, parfois, une moins mauvaise réponse⁸⁰. A la différence du casuiste, le juge doit, en effet, trancher le litige sous peine de déni de justice.

Une telle mission est celle qu'on attend, classiquement, du juge lorsque survient un cas-exemplaire ou un cas-précision. Le premier appelle une « simple » application de la norme (un excès de vitesse), alors que le deuxième amène le juge à préciser l'interprétation de la norme (classiquement, les innombrables décisions qui ont éclairé le champ d'application de l'article 1382 du Code civil). Les premières sont sans doute les plus fréquentes et les secondes celles qui sont publiées dans les revues, évoquées dans les cours et citées dans les écrits de procédure. Dans ce type de cas, la question de l'applicabilité, voire de la validité de la norme ne se pose pas.

Il en va autrement lorsque surgit un cas-événement, que J.-Cl. Passeron et J. Revel qualifient d'« obstacle » ou d'« interruption » imposée « au parcours prévu d'un discours descriptif, argumentatif ou prescriptif »⁸¹. Le cas-événement est celui qui va soit empêcher l'application naturelle de la norme, soit entraîner sa modification. Le plus souvent, la règle de droit nationale sera écartée en raison de son incompatibilité avec une norme supérieure, le cas échéant après un détour préjudiciel. Un cas-événement peut également amener une juridiction à modifier l'interprétation antérieure d'une norme : il s'agit du revirement de jurisprudence.

Ces cas-événements présentent des caractéristiques suffisamment généralisables que pour en tirer des enseignements pour le futur. Ils mettent en évidence une catégorie de personnes ou de situations qui n'avait pas été perçue ou prise en compte par l'auteur de la norme ou de son interprétation et la solution qui leur est apportée est, presque toujours, réitérable.

⁸⁰ Selon DWORKIN, tout juge, doit arriver à une conclusion qui est la seule réponse correcte (*right answer*) au cas soumis (*Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 228-263).

⁸¹ J.-Cl. PASSERON et J. REVEL, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », in *Penser par cas*, op. cit., supra n. 15, p. 16 et 18. P. LIVET distingue les cas renforceurs, défaisceaux et réviseurs (« Les diverses formes de raisonnement par cas », in *Penser par cas*, op. cit., supra n. 15, p. 234) et S. BOARINI le cas-exemplaire, le cas-exception et le cas-échec (« Collection, comparaison, concertation [...] », op. cit., supra n. 15, p. 130-131).

Il peut cependant arriver qu'un cas n'ait pas vocation à être généralisé ou à rentrer dans une catégorie. Il se caractérise précisément par sa spécificité, qui fait échec aux catégories qui ont été prédéfinies : soit il n'est pas visé par une norme qui devrait s'y appliquer, soit il est, formellement, visé par une norme mais devrait lui échapper. Lorsqu'il rencontre un cas-exception, le juge doit, à défaut de pouvoir recourir à d'autres instruments plus « classiques », comme les principes généraux du droit, la notion d'abus de droit ou le principe de proportionnalité⁸², pouvoir recourir à l'équité. Dans les termes de saint Thomas, dans ces circonstances, les lois s'écartent de l'équité « au point que si on les suivait, on irait contre le droit naturel », de sorte qu'on « ne doit pas juger selon la lettre de la loi » mais « revenir à l'équité que le législateur avait en vue »⁸³.

B. Le droit à un jugement équitable

Si le terme « casuistique » peut prêter à sourire, en ce qu'il renvoie à de poussiéreux exercices scolastiques, celui d'« équité » fait peur à certains, à qui il évoque le risque d'arbitraire et de mise en danger des principes d'égalité et de sécurité juridique⁸⁴.

La première crainte est tout à fait justifiée. Accepter qu'un juge statue en équité, n'est-ce pas laisser une porte ouverte à l'arbitraire, ou en tout cas à la subjectivité du juge ? L'équité, qui amène dans certains cas à s'écarter de la solution légale, est un instrument dans les mains d'une personne qui n'a pas été élue et va à l'encontre de la décision de la majorité. Si cette crainte est légitime⁸⁵, elle vise en réalité la fonction de juger. Celle-ci mobilise en effet des méthodes d'interprétation qui laissent une grande marge de manœuvre à l'interprète⁸⁶. Par ailleurs, l'apparition des principes généraux du droit, la multiplication des règles de droit international primant le droit national (les droits fondamentaux, en particulier), le développement de la *soft law*, offrent autant d'arguments au juge sophiste pour décider une

⁸² S. VAN DROOGHENBROECK estime que la proportionnalité et la place de la pondération des intérêts dans la fonction de juger sont « les symptômes et les promoteurs contemporains de cette équité modératrice qui n'a cessé de survivre dans la clandestinité des motivations de la décision de justice » (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 639-640). Il en va de même, d'une certaine façon, de la notion d'abus de droit.

⁸³ Th. D'AQUIN, *op. cit.*, *supra* n. 21.

⁸⁴ Voy. notamment le *Dictionnaire de la Justice* dirigé par L. CADIET, v° *équité* ; J.-Cl. DUPONT, « Une reviviscence de la casuistique en droit », in *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, *op. cit.*, p. 189.

⁸⁵ Encore que, si la démocratie conditionne le pouvoir de la majorité au respect de la minorité, le juge nous semble avoir la légitimité pour garantir cette protection (outre ses pouvoirs en cas de contrariété de la loi à une norme supérieure).

⁸⁶ Il est ainsi frappant de constater que les règles classiques d'interprétation (littérale, contextuelle, historique et téléologique) ne sont pas hiérarchisées, de sorte que rien n'empêche le magistrat, selon les cas, de recourir à l'une plutôt qu'à l'autre, voire de les combiner.

chose ou son contraire. En d'autres termes, un juge n'aura guère besoin de l'équité pour donner libre cours à son arbitraire : le reste des instruments mis à sa disposition par le droit lui suffira largement.

Si la crainte est justifiée en théorie, et appelle une vigilance sans relâche, elle paraît peu fondée en pratique. Si la décision judiciaire est radicalement imprévisible en théorie, elle est généralement prévisible, en pratique. Dans l'immense majorité des cas, elle peut être imputée à un corpus de règles et à une interprétation largement connue et acceptée. Les auteurs soulignent ainsi la tendance naturelle des juges à suivre le « sentier » des précédents (*path dependence*), qu'ils expliquent par le confort qu'elle représente⁸⁷, par la crainte d'innover⁸⁸ ou, sous un angle plus positif, par sa capacité à augmenter leur rendement⁸⁹. Au-delà de ces raisons, plus ou moins discutables, la plupart des juges témoignent d'une réelle loyauté envers l'ordre juridique auquel ils appartiennent. La force (relative) du pouvoir juridictionnel ne tient pas seulement à son indépendance mais également à sa crédibilité. Aussi, le juge qui fait preuve d'équité le fera généralement, non pas selon son « bon plaisir » comme l'écrivait Bodin, mais de façon exceptionnelle et convaincu qu'en décidant autrement il maintiendrait, ou créerait, une situation injuste. En d'autres termes, il faut distinguer l'inévitable subjectivité du juge du caractère arbitraire de ses décisions. Comme l'écrit Fr. Ewald, le juge amené à faire usage de l'équité « ne crée ni la conscience collective, son référent, ni les principes, sa traduction juridique » mais « il produit seulement de la juridicité, du droit », limitant d'autant « son pouvoir de création : sa décision se doit de recueillir un certain consensus »⁹⁰. Si un juge Bridoye n'est pas à exclure, on peut espérer qu'il n'échapperait pas longtemps au contrôle des juridictions supérieures ou à l'attention de la doctrine.

Un deuxième grief dirigé contre l'équité est celui de la violation du principe d'égalité, le jugement en équité étant, par définition, une décision qui intervient en rupture avec le traitement des cas semblables⁹¹. Il faut cependant rappeler la dimension « négative » du principe d'égalité, parfois négligée, selon lequel il convient de traiter les cas différents de façon différente. Or, précisément, la décision en équité tend à rendre compte de ce qui fait la spécificité d'un cas particulier, dont les circonstances disqualifient la vocation de la règle générale, qui régit d'autres cas

⁸⁷ Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, p. 232.

⁸⁸ J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 246.

⁸⁹ O.A. HATTAWAY, « Path Dependence in the Law [...] », *op. cit.*, p. 624.

⁹⁰ F. EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset, Paris, 1986, p. 496.

⁹¹ Comme l'écrivent M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, le juge ayant le souci d'assurer un traitement égal des cas semblables, l'équité du cas d'espèce « ne se fraie que très difficilement un passage dans l'argumentation judiciaire » (*Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 140).

comparables *prima facie*, à s'y appliquer. La loi elle-même n'est pas remise en cause, mais bien son application à ce cas-exception. Aristote définissait déjà « la nature de l'équitable » comme étant « un correctif de la loi dans les limites où elle est en défaut en raison de son universalité »⁹². Ne pourrait-on risquer une interprétation inédite de l'article 5 du Code judiciaire et considérer que, dans ce type de situations, la loi s'avère insuffisante ? Toute la difficulté revient finalement à déterminer quand des cas, ou des catégories, sont suffisamment comparables ou suffisamment distincts que pour devoir être traités de la même manière ou de façon différente. On peut se demander si ce n'est pas à ce stade que réside, finalement, le risque d'arbitraire⁹³.

Enfin, l'équité est généralement opposée au principe de sécurité juridique⁹⁴. Et pour cause, la sécurité juridique vise la prévisibilité du droit alors que l'équité paraît être radicalement imprévisible, puisqu'elle tient à la prise en compte du cas particulier. Cette vision doit être nuancée. Dès lors qu'on accepte d'abandonner le paradigme cartésien en droit, il faut également relativiser la notion de sécurité juridique. Nous avons défendu ailleurs l'idée que le fondement de la sécurité juridique ne devait plus relever de l'ordre de la *certitude* absolue mais de celui de la *confiance*, celle que le particulier est, en tant que premier destinataire du principe, en droit d'attendre des autorités. Le principe de sécurité juridique ainsi conçu se décline en une double obligation. La première, plus classique, impose aux autorités d'instaurer les conditions de possibilité de la connaissance du droit par ses destinataires pour leur permettre de prendre leurs dispositions en conséquence. La seconde leur impose de garantir la prise en considération des attentes légitimement formées par les destinataires de la règle, ce qui ne signifie pas y faire d'office droit, eu égard aux autres intérêts légitimes et au caractère relatif du principe de sécurité juridique⁹⁵. Or, dans la plupart des cas, les deux parties ont une certaine attente quant à l'issue du litige, généralement celle qui leur est favorable. Cette expectation, ils la forment vraisemblablement par rapport à ce qui leur paraît être, à tort ou à raison, la solution correcte en droit ou la plus juste. Il ne nous paraît pas insensé de considérer que des décisions rendues en équité puissent, dans certains cas, rencontrer davantage les attentes légitimes des parties que le traitement

⁹² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, op. cit., p. 94.

⁹³ Pour un exemple particulièrement frappant, voy. C.J.U.E., 6 novembre 2012, Commission/Hongrie, C-286/12 (la Commission et la Hongrie invoquent chacune le principe d'égalité mais, partant de catégories différentes, dans des sens contraires).

⁹⁴ Voy. notamment Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, op. cit., supra n. 86, p. 172 ; J. RENAULT, « Principes généraux du droit et équité », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1972, T.2, p. 881 ; E.W. THOMAS, *The judicial process, Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, Cambridge University Press, 2005, p. 136.

⁹⁵ Voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., supra n. 2, p. 543-544.

technique d'une question juridique complexe⁹⁶. De toute façon, la « surprise » que constituera, pour une des parties, la décision rendue en équité en faveur de l'autre restera relative, dès lors que le juge soit fera droit à l'argumentation (connue) de cette autre partie, soit aura l'obligation de rouvrir les débats s'il soulève d'office un moyen « d'équité ».

En réalité, la sécurité juridique nous semble moins mise en danger par l'existence de décisions rendues en équité que par la dissimulation de leur caractère équitable. L'équité n'a jamais vraiment disparu de la jurisprudence de droit continental, même si elle a dû se faire plus discrète, voire clandestine. Peu de juges refuseraient aujourd'hui de reconnaître que l'équité joue un rôle dans certaines de leurs décisions, qui seront ensuite revêtues d'un habile maquillage juridique. De Page relevait déjà que, les juristes n'aimant pas reconnaître le rôle de l'équité, le « grand art » est « de masquer le besoin d'équité par des interprétations savantes et compliquées qui aboutissent, sans trop de scandale, à suppléer aux lois, ou à leur faire dire ce à quoi le législateur n'a jamais pensé »⁹⁷.

Un tel habillage juridique ne risque-t-il pas de mener les plaideurs sur des fausses pistes et de tromper la confiance des justiciables ? Le risque est particulièrement important lorsque la décision en équité est le fait de juridictions comme la Cour de cassation⁹⁸ ou la Cour de justice de l'Union européenne qui ont pris l'habitude de statuer par voie de dispositions générales et qui ont toutes deux exclu de reconnaître à l'équité la place qu'elle occupe, et qu'elle mérite⁹⁹.

L'équité est inhérente au droit depuis, à tout le moins, Aristote et a traversé avec succès l'Antiquité et le Moyen-Age pour succomber -à tout le moins dans le discours juridique officiel- au paradigme cartésien¹⁰⁰. S'il est compréhensible que le refus de l'arbitraire des juges, couplé à la légitimité parlementaire et à la croyance dans la capacité du droit à déterminer à

⁹⁶ En ce sens, voy. E. W. THOMAS, *The judicial process*, op. cit., supra n. 93, p. 121 ; F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, London, Routledge & Kegan Paul, 1960, p. 105.

⁹⁷ H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1931, p. 157-158. L. Cadiet écrivait, pour sa part : « Equité subreptice, équité secrète, enfouie dans la conscience du juge, l'équité déguisée s'exerce dans le respect apparent de la loi. Ce jugement d'équité a les apparences strictes d'un jugement rendu selon les règles de droit, ce qui lui permet d'échapper à la critique » (« L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Equité*, Justices n°9, Dalloz, 1998, p. 91).

⁹⁸ Voy. les exemples cités dans J. VAN MEERBEECK, « Le juge, la responsabilité civile et l'assurance : alea iacta est », in *Les ambivalences du risque, regards croisés en sciences sociales*, Publications des FUSL, 2008, p. 186.

⁹⁹ Selon la Cour de cassation, le juge ne peut faire prévaloir l'équité sur la loi (Cass., 28 janvier 1967, *Pas.*, I, p. 650 ; 6 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1095 ; 23 septembre 2005, *Pas.*, I, n° 1730). Sur la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., supra n. 2, p. 495).

¹⁰⁰ Qui n'a lui-même vécu, et survécu, que dans ce discours.

l'avance tous les comportements, ait pu mener au discrédit de l'équité, la mise à mal de cette croyance ne devrait-elle pas permettre sa remise à l'honneur ? Si l'équité est la « béquille de la justice »¹⁰¹, la loi doit être considérée comme son autre béquille. En ce sens, De Page a raison d'écrire que « l'équité est un facteur d'amélioration du juste par rapport au juste que nous offre le donné légal »¹⁰². Accepter qu'elle peut s'avérer nécessaire, c'est compléter le droit à un « procès » équitable par le droit à une « décision » équitable.

La reconnaissance du rôle de l'équité présente à nos yeux un double avantage. Le premier est, on l'a vu, d'éviter de tromper les sujets de droit quant à la portée de certaines décisions qui, rendues en équité, se parent de raisonnements artificiels. Si l'impact est mineur lorsque le cas-exception est présenté comme étant un cas-exemple, il s'avère nettement plus problématique lorsqu'il prend l'apparence d'un cas-précision ou d'un cas-événement. Aux sujets de droit qui, induits en erreur, tenteraient alors leur chance, la juridiction répondra, avec raison mais un peu tard, que l'apparent « précédent » s'explique par les « circonstances particulières » de la cause¹⁰³.

Le second avantage est de permettre un contrôle de l'usage de l'équité par le juge. Comme le rappelle Ewald, « l'équité n'est pas l'absence de règle, mais une règle dont la rationalité est telle qu'elle ne peut se formuler dans les termes d'une règle de droit écrit »¹⁰⁴. L'impossibilité de définir l'équité de façon satisfaisante n'empêche donc pas de lui imposer des balises. L'intervention de l'équité doit être limitée aux situations dans lesquelles il est manifeste que le cas particulier n'a pas été envisagé par le législateur, ou échappe à la situation que la loi, *prima facie* applicable, tend à régir. En d'autres termes, et hormis l'hypothèse de la violation d'une norme supérieure, le juge n'a pas à contester les choix du législateur, sous peine de porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Il ne pourrait donc remettre en cause une sanction prévue par la loi, sous prétexte qu'il la trouverait injuste ou disproportionnée, *in abstracto*, mais doit toujours, *in concreto*, démontrer (et motiver) que la loi n'a pas vocation à s'appliquer au cas qui se pose devant lui, en raison de ses circonstances particulières. L'équité n'est pas un instrument à manier à la légère, mais avec prudence. Elle exige, plus que jamais, la *phronésis* aristotélicienne, une sagesse

¹⁰¹ Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, op. cit., supra n. 86, 1963, p. 46.

¹⁰² H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges*, op. cit., supra n. 96, p. 159. Et de conclure : « Toute la question est là : l'équité peut-elle être définie ? Tâche décevante ! Les juristes y ont renoncé, les philosophes se perdent dans leur verbalisme habituel, – et les juges l'appliquent en toute sérénité » (*idem*).

¹⁰³ Pour des exemples de décisions en ce sens de la Cour de justice de l'Union européenne, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., supra n. 2, p. 123-125 et 167.

¹⁰⁴ F. EWALD, *L'Etat Providence*, op. cit., supra n. 89, p. 510.

pratique informée par une solide expérience juridique qui ne perd pas de vue les fins poursuivies par la règle et, plus largement, par l'ordre juridique.

En conclusion, nous proposons de réinviter à la table du droit, à côté de Platon, saint Augustin, Grotius et Montesquieu, nos amis Aristote, saint Thomas, Montaigne et Portalis qui présentent une vision plus juste (dans tous les sens du terme) du droit. Le législateur n'étant pas omniscient, faire justice exige non seulement de pouvoir dire le droit mais également de pouvoir dire le cas !