

Droit, Loi et Équité

J.-Michel Doyon

Volume 26, Number 2, June 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035865ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035865ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Doyon, J.-M. (1995). Droit, Loi et Équité. *Revue générale de droit*, 26(2), 325–337.
<https://doi.org/10.7202/1035865ar>

Droit, Loi et Équité

J.-MICHEL DOYON

Avocat, Québec

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| Introduction | 325 |
| I. Le droit et son évolution..... | 326 |
| A. Le droit chez les Grecs | 326 |
| B. L'équité pour Aristote..... | 327 |
| C. La religion chrétienne et la pensée juridique..... | 328 |
| D. La primauté de la loi..... | 329 |
| II. La place de l'équité en droit civil..... | 330 |
| A. L'équité et le code civil..... | 330 |
| B. L'équité et le juge | 332 |
| C. Le caractère supplétif de l'équité | 333 |
| D. L'équité et l'amiable composition | 334 |
| Conclusion..... | 337 |

INTRODUCTION

Les distinctions fondamentales, dans le domaine du droit, soit entre le droit naturel et le droit positif, débutent avec Aristote. Sa vision plus pragmatique de ce qu'est la justice s'opposera à l'idéal platonicien. Finalement, le positivisme juridique de Hobbes et de Rousseau sera l'aboutissement de l'idée moderne d'un ordre social où la loi est synonyme de droit.

Quelle est donc la place de l'équité comme source de droit parmi la multiplicité des lois qui marque notre époque? Nous verrons qu'il doit s'agir d'un rôle complémentaire et que la nature évolutive de l'homme doit être considérée comme élément important dans la logique juridique menant à une solution équitable.

Situons, en premier lieu, la question comme si nous nous retrouvions, l'espace même d'un instant, à l'époque romaine, alors qu'un disciple de Cicéron demandait à ce dernier ce qu'il pensait du droit civil.

Ce que j'en pense? Il y a eu chez nous des hommes de haut mérite qui faisaient métier de l'interpréter au peuple et de résoudre les cas embarrassants. Mais, en dépit de leurs belles promesses, ils n'ont rien donné de grand. Et en effet qu'y a-t-il

d'aussi grand que le droit civil et d'aussi mince que le métier, très nécessaire au peuple, d'ailleurs, de consultant? Je ne dis pas que ceux qui l'ont exercé aient été complètement étrangers au droit universel; je dis qu'ils n'ont traité de ce droit qu'on nomme civil, que dans la mesure où ils ont cru que cela était utile au peuple. Quant au droit universel, la connaissance en est médiocre, parce qu'il n'a pas la même nécessité pratique : c'est pourquoi, je le demande, à quelle tâche me convies-tu? m'exhortes-tu? S'agit-il d'écrire sur la législation applicable aux gouttières et aux murs mitoyens? De rédiger des formules de stipulation ou d'instance devant les tribunaux? Pareils sujets ont été souvent traités et je pense que vous attendez autre chose de moi.

Et de poursuivre alors le disciple :

Ce n'est donc ni dans l'édit du préteur, comme la plupart le font aujourd'hui, ni dans les Douze Tables comme nos anciens, mais aux sources les plus profondes de la philosophie qu'il faut puiser la vraie science du droit.¹

I. LE DROIT ET SON ÉVOLUTION

La compréhension d'un tel sujet semble donc, *a priori*, ne pas pouvoir faire abstraction de la philosophie et de l'histoire à moins de tomber dans le piège sournois des courants volontariste et positiviste.

A. LE DROIT CHEZ LES GRECS

Le droit a été façonné par les Grecs et nous ne pouvons négliger l'apport de Platon et d'Aristote, surtout de ce dernier, dans l'évolution de la pensée juridique. La doctrine du droit de Platon représente la tendance idéaliste : le droit ne se distingue guère de la morale. L'œuvre d'Aristote, basée sur l'expérience, développe, pour sa part, notamment dans le livre V de l'*Éthique de Nicomaque*, une notion plus précise du droit. Celui-ci acquiert son autonomie face à la morale. Or, c'est en partie dans ce traité de morale qu'est l'*Éthique de Nicomaque* de même que dans son ouvrage sur l'art oratoire, *Rhétorique*, qu'Aristote traite de la question de l'Équité.

Le droit (loi), pour Aristote, n'est pas synonyme de justice. Il n'est pas coextensif à la justice puisqu'il n'en est qu'une partie. La justice, vertu morale, couvre la partie que le droit en tant que loi ne couvre pas. Cette justice, vertu morale, Ulpien en a donné une définition qui a traversé les siècles. Elle est, selon lui, « une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû »². Cette justice rend le droit, qu'il soit légal, c'est-à-dire sanctionné par une loi, ou simplement moral, c'est-à-dire reconnu seulement par la raison ou la conscience.

Le droit dont il s'agit dans cette définition n'est évidemment pas le droit au sens de loi : il est la chose due à autrui³. Cette chose peut être due en vertu d'une loi, et l'on a le *droit légal*; il se peut qu'aucune loi ne permette de revendiquer la chose due, et l'on a le *droit moral* que l'on peut faire valoir devant le tribunal de la raison du présumé débiteur.

Cette justice, vertu morale, la tradition issue de la pensée grecque la divise en différentes espèces. Elle distingue d'abord la justice générale, opposée à

1. CICÉRON, *De la république-Des lois*, Paris, GF, Flammarion, 1965, pp. 130 et s.

2. *Les cinquante livres du Digeste*, tome premier, livre premier, Metz/Paris, 1805, p. 43.

3. M. BLAIS, *L'œil de Caïn*, Essai sur la justice, Montréal, Éditions Fides, 1994, pp. 60 et ss.

la justice particulière; puis, elle subdivise cette dernière en justice distributive et en justice commutative. La définition générique d'Ulpien convient aux trois espèces, comme la définition générique du triangle convient à l'isocèle, à l'équilatéral et au scalène, mais chacune de ces espèces ajoute une caractéristique à la définition générique.

Il en est de la justice comme du triangle. Chacune des espèces de justice rend « à chacun » ce qui lui est dû, mais selon des modalités différentes. Par la justice générale, le citoyen rend à la société ce qu'elle revendique de lui comme un droit, à savoir une contribution au bien commun, un service à la communauté. Elle rend donc à chacun pris collectivement et non pas individuellement. Par contre, la justice distributive et la justice commutative rendent à chacun pris individuellement son droit.

C'est à la justice distributive qu'il appartient de partager les biens et les charges. Ainsi, les lois qui concernent le partage du bien commun et des charges cherchent à faire régner la justice distributive. Mais la justice générale n'a pas pour but de partager le bien commun et les charges : elle a pour but de réaliser le bien commun en mettant à la disposition des citoyens le plus grand nombre possible de services de la meilleure qualité. De même, la justice commutative ne partage pas : elle règle les échanges. Elle nécessite le recours au juge.

Le droit s'intéresse moins que la morale à l'intention de la personne qui rend la chose due. La morale s'intéresse à l'intention, car une faute morale peut changer d'espèces selon l'intention. Mais elle s'intéresse aussi à l'objet de l'acte.

Une autre notion circonscrite par Aristote est celle du droit naturel. Chez Aristote, le « juste positif », issu des lois édictées par le législateur, lesquelles veillent, entre autres raisons, à contrecarrer la partialité du juge et à établir, au sein de la Cité, un ordre uniforme et certain, est complémentaire au « juste naturel » qui découle de l'étude de la nature. Cette observation de la nature nous permet de distinguer les règles qui s'en dégagent mais ne signifie pas qu'il nous faille obéir aveuglément à ses phénomènes. Un jugement de valeur s'impose et le législateur se doit d'en corriger les imperfections. Qui plus est, les lois de la nature ne sont pas immuables ou applicables de façon identique. Une certaine mouvance existe et il faut s'adapter aux lieux et circonstances, d'où l'impossibilité d'en fixer des règles définitives. Il y a donc nécessité des lois écrites qui suppléent et complètent les lois non écrites, l'action du législateur étant de veiller au bien commun. Les lois écrites tirent donc leur raison d'être de l'ordre naturel et non de la simple volonté du législateur. Comme le souligne Michel Villey : « Il n'y a pas chez Aristote de doctrine du contrat social »⁴. Voilà le fondement même des lois et du caractère obligatoire de celles-ci, desquelles découle la justice, donc le juste.

B. L'ÉQUITÉ POUR ARISTOTE

Or, si le respect des lois est justice, quelle est la raison d'être de l'équité? Cette question cause problème au philosophe qui se demande :

En effet, ou bien le juste n'est pas désirable, ou ce qui est équitable n'est pas juste, en étant différent. Ou bien, si tous deux sont désirables, c'est donc qu'ils se confondent.⁵

4. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Éditions Montchrestien, 1975, p. 54.

5. ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 146.

Aristote ne voit donc rien de contradictoire entre l'équité et le juste, ce qui est pour lui, on le comprend, source d'embarras. Il en trouve, cependant, l'explication.

[...] c'est ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi; c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi.⁶

Il nous en donne la raison. La loi positive, étant de par sa nature même générale, ne peut couvrir tous les cas particuliers. Il est indispensable que la loi parle en général. Pourtant, lorsque postérieurement il se produit des faits ou événements qui contrarient le caractère général de la loi, il devient nécessaire de :

combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait même qu'il s'exprimait en général. De plus, le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi.⁷

On le voit donc : la nature même de l'équité consiste à corriger la loi par la suite de son insuffisance en raison de son caractère général.

Aristote nous en donne toutefois une notion beaucoup plus large dans sa *Rhétorique*. Ainsi, être équitable :

c'est être indulgent aux faiblesses humaines; c'est considérer non la loi, mais le législateur; non pas la lettre de la loi, mais l'esprit de celui qui l'a faite; non pas l'action, mais l'intention; non pas la partie, mais le tout;⁸

Quant au rôle du juge d'équité, Aristote le percevra comme étant celui de :

l'homme qui de propos délibéré se décide et agit pratiquement; ce n'est pas l'homme d'une justice tatillonne et enclin à adopter la solution la moins favorable pour les autres; il est toujours prêt à céder son dû, bien qu'il puisse invoquer l'aide de la loi; sa disposition ordinaire est l'équité, qui est une variété de la justice et une disposition qui n'en diffère pas.⁹

De cette manière, l'homme équitable voudra :

consentir qu'un différend soit tranché plutôt par la parole que par l'action, préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux; car l'arbitre voit l'équité; le juge ne voit que la loi; l'arbitre n'a, d'ailleurs, été inventé que pour donner force à l'équité.¹⁰

Or, c'est peut-être justement ce dernier aspect de l'équité, celui relatif au juge même, qui est source de confusion.

C. LA RELIGION CHRÉTIENNE ET LA PENSÉE JURIDIQUE

La pensée philosophique de Platon et d'Aristote sera reprise au cours des siècles et suscitera de nombreuses interprétations. Elle sera, en outre, profondément modifiée par des facteurs linguistiques et des motifs religieux. La pensée grecque fut reprise par les Romains, les Français, les Anglais, les Allemands, et

6. *Op. cit.*

7. *Id.*, p. 147.

8. ARISTOTE, *Rhétorique*, Tome premier, (livre I), Paris, Collection des universités de France, Les Belles Lettres, 1932, p. 133.

9. *Id.*, *op. cit.*, note 5, p. 147.

10. *Id.*, *op. cit.*, note 8, p. 134.

combien d'autres peuples. Pensons seulement au fait que ce sont les Arabes qui feront redécouvrir Aristote à l'Occident. Elle subira, ainsi, peu à peu, les méfaits de la traduction des termes et du sens donné à ceux-ci. En outre, nous ne pouvons négliger cet aspect, la religion chrétienne aura une influence déterminante dans l'évolution de cette pensée, préférant l'idéal platonicien au pragmatisme aristotélicien.

Ce que les penseurs chrétiens ont privilégié, c'est la vertu morale de justice, vertu « première » des stoïciens, qui est devenue, avec Saint Ambroise, vertu « cardinale ». Aux yeux de ces penseurs, la justice morale l'emporte sur la justice légale. Une loi peut être contraire à la morale; si une telle loi contraignait, la morale demanderait d'y résister. Si elle ne fait que permettre, il suffit de ne pas s'en prévaloir.

L'équité retrouve l'idéalisme de Platon, s'identifie à la morale et se traduit par charité chrétienne. L'équité devient générosité envers autrui et cette générosité vise l'égalité comme le souligne Saint Paul dans sa *Deuxième épître aux Corinthiens* :

¹²Lorsque l'ardeur y est, on est agréé pour ce qu'on a, il n'est pas question de ce qu'on n'a pas. ¹³Il ne s'agit point, pour soulager les autres, de vous réduire à la gêne; ce qu'il faut, c'est l'égalité. ¹⁴Dans le cas présent, votre superflu pourvoit à leur dénuement, pour que leur superflu pourvoie aussi à votre dénuement. Ainsi se fera l'égalité, ¹⁵selon qu'il est écrit : *Celui qui avait beaucoup recueilli n'eut rien de trop, et celui qui avait peu recueilli ne manquera de rien.*¹¹

À ce point, faisons une brève digression. Le terme grec qu'emploie Aristote pour désigner l'équité est « *επιεικεια* », lequel sera latinisé comme *epieikeia* pour devenir, ensuite, en français, *épikie*, mot signifiant « vraisemblance, équité, convenance »¹². Sous l'influence chrétienne, sans doute, le mot *epieikeia* fera bientôt place au mot *aequitas*, dont la définition est « caractère de ce qui est égal (*aequus*) »¹³. On le constate, les mots changent de sens, sur le plan de l'étymologie, le mot latin *aequitas* étant beaucoup moins significatif que le mot grec « *επιεικεια* », formé du préfixe *επι*, qui signifie sur, au-dessus, et de *οικε*, il convient¹⁴.

Mais, revenons à notre sujet.

D. LA PRIMAUTÉ DE LA LOI

L'Histoire verra également naître, au cours des siècles suivants, de nombreux autres philosophes, nourris aux sources antiques, discuter de l'ordre politique, donc de la loi.

Hobbes sera l'un de ceux-ci. L'importance de sa pensée sera déterminante dans l'évolution du droit occidental contemporain. La philosophie de Hobbes, élaborée dans le *Léviathan* (1651) constitue la base du positivisme juridique. Il fonde sa théorie sur le contrat social, laquelle sera reprise par Rousseau. Il

11. SAINT PAUL, *Deuxième épître aux Corinthiens*, chapitre 8, 12-16, dans *Le Nouveau Testament*, Paris, Éditions du Cerf, Desclée de Brouwer, 1975.

12. P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 217.

13. *Id.*, p. 219.

14. M. BLAIS, *op. cit.*, note 3, p. 86.

développe ainsi l'idée moderne de l'État. Sa thèse s'établit sur le fait que tout homme, de par la nature, est entièrement libre, qu'il peut faire tout ce que bon lui semble, qu'il n'a d'autre loi que la sienne, d'où la nécessité pour les hommes de convenir d'un contrat pour se protéger mutuellement les uns des autres. Ce contrat instaure l'État qui se trouve ainsi à assurer l'ordre social. L'État, le Souverain chez Hobbes, légifère pour le bien des hommes. Il ne peut y avoir d'autre droit que celui de la loi. Le droit s'assimile à la loi du législateur.

La théorie de Hobbes triomphe lors de la Révolution française, grâce notamment à Jean-Jacques Rousseau, qui développe l'idée du Contrat social, le souverain étant toutefois remplacé par le peuple souverain. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adoptée le 26 août 1789, marque l'apogée de cette thèse.

L'importance de la loi sera également accentuée avec les diverses codifications entreprises en Europe, à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècle, dont celle du Code civil. Cet effort de codification des lois origine du courant cartésien développé, dans ce domaine, par Montesquieu dans son œuvre *De l'esprit des lois*. La codification s'impose bientôt comme le modèle du droit et, comme le souligne Chaim Perelman, le code donne un statut positif au droit naturel¹⁵, c'est-à-dire au droit juste, et se substitue à ce dernier. Dès lors, sous l'impulsion de l'école de l'exégèse, l'enseignement du droit civil se comprend comme étant celui du *Code Napoléon*. Tout le droit se trouve dans la loi.

II. LA PLACE DE L'ÉQUITÉ EN DROIT CIVIL

Nous voilà au cœur du sujet, de la problématique qui se présente à nous. L'équité, l'*épikie* et non l'*aequalitas*, trouve-t-elle place dans notre droit civil? En d'autres mots, peut-on considérer l'équité comme faisant partie du droit? Nous le croyons.

A. L'ÉQUITÉ ET LE CODE CIVIL

Un premier élément de réponse nous en est donné par l'article 1434 C.c.Q., lequel reprend la règle exprimée par l'article 1024 C.c.B.-C. :

Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.

Cet article se trouve dans la section V de notre Code qui traite « des effets du contrat entre les parties », section guidant, en certaines circonstances, l'appréciation du juge dans l'exécution de son rôle. On le remarque, la question de l'équité se pose, pour nous comme pour les Grecs ou les Romains, dans le cadre de l'interprétation à donner à un acte, d'un jugement à rendre. Aborder l'équité, c'est discuter du rôle du juge.

15. C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Au-delà du positivisme juridique, Paris, Bibliothèque de philosophie du droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, p. 28.

En ce domaine, l'histoire peut également guider notre recherche. Pour Montesquieu, et il sera en cela suivi par les tenants du droit issu de la Révolution, le rôle du juge est simple.

Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.¹⁶

Et, plus loin, de dire :

Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur.¹⁷

La Constituante, lors de la Révolution française, soucieuse d'assurer la suprématie du peuple souverain, ne voyait donc d'autre choix que d'obliger le juge à se référer au législateur en cas d'ambiguïté ou de silence de la loi. Cette question, laquelle fit l'objet de vives discussions au moment de la rédaction du Code civil, nous a valu de magnifiques pages d'un grand juriste, malheureusement trop méconnu aujourd'hui, Portalis, pour qui « il y avait des juges avant qu'il y eût des lois ».

En effet, cet avocat énonce, au cours des discussions entourant l'adoption de l'article 6 du Titre préliminaire du *Code Napoléon*, (notre ancien article 11 C.c.B.-C.) obligeant le juge de juger au cas de silence, d'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, la raison d'être de l'équité en ces termes :

Quand la loi se tait, la raison naturelle parle encore : si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie : elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes : pourquoi voudrait-on méconnaître les ressources qu'elle nous offre ?

Nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas même des hommes.

De tous les temps on a dit que l'équité était le supplément des lois. Or, qu'ont voulu dire les jurisconsultes romains, quand ils ont ainsi parlé de l'équité ?

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

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

L'esprit de judicature, qui est toujours appliqué à des détails, et qui ne prononce que sur des intérêts particuliers, ne pourrait souvent s'accorder avec l'esprit du législateur, qui voit les choses plus généralement et d'une manière plus étendue et plus vaste.¹⁸

16. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, GF Flammarion, 1979, p. 296.

17. *Id.*, p. 301.

18. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Titre préliminaire, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, présentation au Corps législatif, exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 4 ventôse an XI, tome VI, pp. 359 et ss.

Nous croirions retrouver le discours d'Aristote. Portalis ne peut certes être accusé de ne pas avoir eu une vision prémonitrice de l'évolution du droit à partir de l'œuvre à laquelle il participait, celle de la rédaction du Code civil. Qu'il nous soit permis, à cet effet, de nous interroger sur sa compréhension du droit et du rôle du juge à la lumière des différents jugements entourant l'affaire *Lapierre*¹⁹ et surtout sur la nécessité de recourir à une loi ayant un caractère rétroactif de façon à dédommager la jeune Odette Lapierre du préjudice subi²⁰.

Nous le voyons, l'équité est droit en ce sens qu'elle supplée à la loi, qu'elle la complète. Portalis, homme d'action et praticien du droit, comprend la faiblesse de la loi : sa généralité. Il prévient également un abus auquel n'échappe malheureusement pas le législateur moderne : la multiplicité des lois.

La trop grande multiplicité des lois est un grand vice politique. Les lois doivent être préparées lentement et avec maturité : il faut qu'elles soient indiquées par l'expérience. Si vous précipitez les mesures législatives, les lois accableront la société, au lieu de la régler.²¹

Aussi, souligne-t-il :

On gouverne mal, quand on gouverne trop.²²

B. L'ÉQUITÉ ET LE JUGE

Le principe premier de l'interprétation des contrats est celui de l'autonomie de la volonté des parties. Il ne saurait donc être question pour le juge d'interpréter un texte clair.

Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.²³

La réalité juridique ne saurait être autre. Il n'y a guère d'intérêt pour quiconque, et surtout pour un avocat, de vouloir plaider à l'encontre d'un texte précis. Les codificateurs le savaient.

Quand une loi est obscure, l'office du juge est de l'étudier. Son office est encore de la suppléer, quand elle est insuffisante ou quand elle garde un silence absolu. Si vous refusez ce pouvoir aux juges, tous les tribunaux sont frappés d'interdiction.

19. *Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1979] C.S. 907; *Procureur général du Québec c. Lapierre*, [1983] C.A. 631 et *Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 241.

20. La jeune Lapierre, suite à une campagne du gouvernement du Québec promouvant la vaccination, est vaccinée contre la rougeole. Quelques jours plus tard, elle est victime d'une encéphalite aiguë qui entraîne son incapacité totale permanente. Son père intente alors une action en dommages-intérêts contre le gouvernement du Québec. La Cour supérieure accueille l'action en se fondant sur la responsabilité sans faute suite à un état de nécessité. La Cour d'appel infirme le jugement en concluant qu'il n'existe pas de responsabilité sans faute applicable en l'espèce puisque cela n'est pas prévu par le droit positif, ce que confirme la Cour suprême.

21. P.-A. FENET, *op. cit.*, note 18, Corps législatif, discours prononcé par le conseiller d'État Portalis, 23 frimaire an X, p. 269.

22. *Id.*, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, 1^{er} pluviôse an IX, Tome I, p. 514.

23. *Id.*, p. 474.

*Car on ne plaide jamais contre un texte précis de la loi. Il n'y a litige que lorsqu'il y a un doute au moins apparent. Si les juges, lorsque la loi n'est pas claire et précise, peuvent dénier la justice, le désordre sera dans la société; et quel moyen aurez-vous de vider la contestation des hommes? Sollicitera-t-on une loi pour le cas particulier? Mais les parties n'auraient point contracté sous la foi de cette loi qui n'existait point encore; elle ne pourra donc les juger. On tomberait dans tous les inconvénients de l'effet rétroactif. Cependant on ne peut laisser indécisées les questions de propriété et autres questions semblables. Il faut donc que les tribunaux prononcent.*²⁴

Le juge est maître des faits. C'est à lui d'en discuter de façon à saisir la volonté des parties. Il doit rechercher la commune intention des parties et à défaut d'une volonté décelable, les rédacteurs l'invitent à recourir à l'équité. Cette invitation est également lancée par le législateur québécois. La disposition préliminaire du nouveau Code est explicite à ce sujet. Nous pouvons lire au deuxième alinéa de cette disposition :

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun.

C. LE CARACTÈRE SUPPLÉTIF DE L'ÉQUITÉ

De plus, en regard de cette disposition, les commentaires du ministre de la Justice, sont révélateurs :

Un autre objectif tout aussi primordial est de rappeler que le Code civil s'interprète non pas d'une manière littérale, mais en cherchant l'esprit de ses dispositions et, lorsque le texte est silencieux, en utilisant son objet comme source d'une règle plus étendue.

Comme le soulignait le Discours préliminaire du Code civil français de 1804 : « [...] les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours. » Ce qui fait que « quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie... Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts si multiples et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. »

Aussi, est-il impératif que l'esprit des textes prévale sur la lettre de manière que ces textes puissent s'adapter aux besoins futurs et légitimes des personnes, notamment dans leur rapports avec autrui, et servir de pôle pour le développement du droit civil.²⁵

Un autre élément important qu'il nous faut retenir, eu égard à l'interprétation à donner aux actes ou aux obligations en vertu du *Code civil du Québec*, est celui de la notion de bonne foi. La notion de bonne foi devient un principe fondamental de notre droit. Ainsi, tant dans le domaine de l'exercice des droits civils que dans celui des obligations, le juge devra tenir compte de cette notion dans sa recherche de rendre la justice.

24. *Id.*, p. 269.

25. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, les Publications du Québec, 1993, p. 3.

Équivalent juridique de la bonne volonté morale et intimement liée à l'application de l'équité, la bonne foi est une notion qui sert à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice. Sa codification, dans le domaine des obligations, devrait contribuer à inspirer sous les actes juridiques, principalement les contrats, dans leur conclusion, leur exécution et leur extinction, certes, mais aussi, *a fortiori*, dans leur interprétation.²⁶

Il semble donc n'y avoir de doute. L'équité est source de droit tout comme la loi.

L'influence de Hobbes, je le soulignais, a été déterminante dans l'évolution de notre droit. Il a donné naissance au positivisme juridique, théorie à la base même de l'œuvre de Hans Kelsen, la *Théorie pure du droit*, bible du positivisme. Le positivisme juridique a voulu élaborer une science du droit objective, dépourvue de tout jugement de valeur. Il a mené au formalisme et, comme conséquence, à la multiplicité des lois. Voulant tout hiérarchiser, définir, cimenter dans un ordre logique, en un mot, *normaliser*, il a oublié la nature de l'homme, être de mouvance, et celle d'une société en évolution constante. On en est venu à ne parler que de « normes », de « règles ». La norme, la règle, est devenue omniprésente. Cette théorie juridique, dans son souci d'objectiver le droit, ne pouvait que rejeter la notion d'équité puisque celle-ci véhiculait une interprétation dynamique du droit en donnant au juge un pouvoir de rendre le droit par le biais d'une approche subjective. Le subjectivisme du juge, on le comprend, devenait donc inacceptable à ces générations de juristes formés à cette École prônant la primauté de la loi.

L'équité définie comme « interprétation qui restreint dans un cas particulier l'obligation de la loi en se fondant sur la présomption raisonnable que le législateur n'avait pas prévu ce cas »²⁷ n'a pas ce caractère d'arbitraire que trop de juristes, malheureusement, lui accordent. La notion d'équité, comprise dans son sens d'*epieikeia* n'est pas l'*aequitas*.

L'équité, « justice naturelle, supérieure à la justice déterminée par la loi positive et plus souple qu'elle »²⁸, fait également partie de notre droit, mais de façon exceptionnelle cette fois. À cette fin, qu'il nous suffise de signaler, à titre indicatif seulement, les articles 1435, 1436 et 1437 C.c.Q. pour nous en convaincre. Mais, il y a aussi le problème lié au rôle de l'arbitre, celui de l'amiable compositeur, que l'on retrouve dorénavant à l'article 944.10 C.p.c.

D. L'ÉQUITÉ ET L'AMIABLE COMPOSITION

Il n'y a, dans notre droit, aucune autre mention de l'amiable composition que celle de l'article précité. On n'y trouve de plus aucune définition de ce qu'est cette notion. Le professeur Nabil Antaki, dans le cadre d'une conférence donnée lors du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international, a toutefois abordé cette question. Son exposé, intitulé *L'amiable composition*, a connu une certaine notoriété puisque même la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sport Maska inc. c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. y fait référence. On peut y lire que :

L'amiable composition est la faculté accordée à l'arbitre de juger en équité.²⁹

26. *Id.*, p. 832.

27. P. FOULQUIÉ, *op. cit.*, note 12, p. 217.

28. *Id.*, p. 219.

29. N. ANTAKI, *L'Amiable composition*, Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, p. 151.

Cette faculté de juger en équité, suivant son auteur, provenait de l'article 948 C.p.c., alors en vigueur, lequel décrétait, en son premier paragraphe, que :

Les arbitres doivent juger suivant les règles de droit, à moins qu'ils n'en soient dispensés par le compromis, ou qu'ils n'aient reçu pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

Les dispositions relatives à l'arbitrage ont été profondément changées au Québec en 1986 et les dispositions du *Code de procédure civile* du Québec ont été modifiées en conséquence. Ainsi, le principe général de l'ancien article 948 se retrouve dorénavant à l'article 944.10, lequel édicte :

Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu. Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.

Ce nouvel article est cependant source de confusion. Que nous apporte de plus la notion d'amiables compositeurs au pouvoir qui est conféré aux arbitres de trancher « le différend conformément aux règles de droit *qu'ils estiment appropriés* »? À première vue, rien, selon moi, puisque le législateur leur accorde justement ce pouvoir de juger suivant les règles de droit « qu'ils estiment appropriés ». Ne peuvent-ils pas ainsi, si nous interprétons, au sens littéral, ce premier paragraphe de l'article 944.10 C.p.c., refuser d'appliquer toutes autres règles que celles de la justice naturelle, lesquelles sont d'ordre public? Or, à ce moment, ils jugent en équité, rôle qui est justement dévolu à l'amiable compositeur.

Pourtant, une telle interprétation n'est guère satisfaisante, à la lumière de la règle d'interprétation voulant que le législateur ne parle jamais pour rien dire, puisqu'elle aboutirait à des conclusions absurdes. Or comme le souligne le juge Pigeon :

[...] sauf en cas d'ambiguïté, il faut toujours s'en tenir au sens littéral des mots malgré les incon séquences qui peuvent en résulter sauf si on aboutit à une absurdité [...]³⁰

Le juge Pigeon reprenait ce même avis dans l'arrêt *Wellesley Hospital c. Lawson*, lorsqu'il déclarait :

[...] on ne doit jamais s'écarter du sens littéral qu'en cas d'ambiguïté ou d'absurdité.³¹

Dès lors, il nous faudrait comprendre que les règles de droit « qu'ils estiment appropriées » visées au premier paragraphe de l'article 944.10 C.p.c. n'accordent pas à l'arbitre le pouvoir de trancher le différend comme un amiable compositeur pourrait le faire en s'appuyant sur les seules règles de la justice naturelle. Dans les faits, cette mention des « règles qu'ils estiment appropriées » a été ajoutée de façon à permettre l'arbitrage international au Québec. En effet, des arbitres appelés à trancher un litige impliquant des parties étrangères pourraient vouloir

30. *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 850.

31. [1978] 1 R.C.S. 902.

appliquer des règles de droit autres que celles en vigueur au Québec. La loi au Québec leur permet.

De toute manière, devant cette ambiguïté, cette incertitude, je crois qu'il nous faut dorénavant être beaucoup plus prudents dans la rédaction de nos clauses d'arbitrage interne. Ainsi, à moins d'utiliser les mécanismes d'arbitrage institutionnel, je ne peux que suggérer d'exclure cet article de tout arbitrage, celui-ci n'étant pas d'ordre public, et de déterminer clairement les règles de droit auxquelles devront se référer les arbitres. Tout changement n'est pas nécessairement pour le mieux. L'ancien article 948 avait au moins le mérite d'être clair!

La clause d'amicable composition, que l'on retrouve au second paragraphe de cet article, est donc une dérogation à la règle, la loi accordant aux parties la possibilité de ne pas être liées par la loi. L'arbitre ne peut agir en qualité d'amicable compositeur que si les parties en ont convenu. Si les parties en ont ainsi convenu, l'arbitre voit ses pouvoirs élargis quant à la manière d'envisager le litige. La clause d'amicable composition libère l'arbitre de son obligation d'appliquer la loi. Voilà la distinction.

Doit-on dès lors considérer l'amicable compositeur comme étant un juge d'équité? La réponse est non. Nous l'avons souligné, l'amicable composition est, selon le professeur Antaki, « la faculté accordée à l'arbitre de juger en équité ». Les arbitres peuvent donc ne pas juger suivant les règles de droit s'ils agissent à titre d'amiables compositeurs. Madame la juge Claire L'Heureux-Dubé s'exprime ainsi dans la cause *Sport Maska* :

Le statut d'amicable compositeur permet à son détenteur de statuer en équité, sans être lié par les règles du droit, substantives et procédurales, sauf évidemment les règles d'ordre public, notamment les règles de justice naturelle qui prévoient l'impartialité, l'obligation d'accorder aux parties la possibilité d'être entendues, de motiver la sentence arbitrale, etc.

L'amicable composition n'est pas en soi un concept juridique distinct de celui de l'arbitrage. L'amicable compositeur est plutôt un arbitre que l'on dispense de respecter les règles du droit conformément à l'article 948 C.p.c. (Antaki, « L'Amiable composition » dans Antaki et Prujiner, Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international (1986), à la p. 153). L'amicable compositeur n'est en fait que le « bon père de famille » du *Code civil* transposé en matière d'arbitrage.³²

Il s'agit donc là d'une faculté et non d'une obligation. L'amicable compositeur peut, quant à lui, décider de juger suivant la règle de droit, s'il le désire. Cette faculté qui lui est accordée ne signifie pas pour autant qu'il puisse faire abstraction de toutes règles, comme le souligne la Cour suprême. Il doit respecter les règles d'équité naturelle, mais il s'agit là des seules règles auxquelles il soit tenu. Cette clause est, dans les faits, une ouverture sur le non-droit.

Il apparaît, clairement, que le rôle de l'équité dans le sens déterminé à cet article du *Code de procédure civile* n'a plus tout à fait le même sens que celui auquel nous nous référions à l'article 1434 C.c.Q. puisqu'il dispense l'arbitre de respecter les règles de droit. L'arbitre, jugeant *ex aequo et bono*, c'est-à-dire à titre d'amicable compositeur, recherche ce qui lui apparaît juste suivant les circonstances. À ce moment, le droit devient l'art du bon et de l'égal, tel que défini par Celse : « *jus : ars boni et aequi* »³³.

32. [1988] 1 S.C.R. 614.

33. *Les cinquante livres du Digeste*, op. cit., note 2, p. 6.

En effet, si l'équité était une source complémentaire de droit, tout comme la loi et l'usage en vertu de l'article 1434 C.c.Q., cette notion devient maintenant élargie en vertu de l'article 944.10 C.p.c. L'équité se substitue à la loi; l'équité devient droit.

L'équité dans ce dernier sens s'apparente plus à la morale qu'au droit. Elle est seule source de droit. Elle n'est plus l'une des sources du droit tout comme la loi, l'usage ou la coutume. Elle comporte un jugement de valeur. Elle ouvre, certes, la voie à l'arbitraire, au subjectivisme, mais n'oublions pas qu'il s'agit là d'une dérogation à la règle première puisque les arbitres doivent avoir été autorisés par les parties pour juger à titre d'amiabes compositeurs.

L'arbitrage et l'amiable composition ne sont pas synonymes d'équité. Le jugement d'un arbitre n'est pas un jugement d'équité tandis que celui d'un amiable compositeur n'est pas nécessairement un jugement d'équité. La distinction entre l'arbitre et l'amiable compositeur, comme nous l'avons vu, se situe au niveau du respect de la règle de droit (comprise comme « loi »). Alors que l'arbitre de droit se doit de résoudre le litige en conformité de la loi, l'amiable compositeur, pour sa part, n'est pas tenu de statuer selon les termes de la loi.

CONCLUSION

L'équité est le retour au « juste naturel » d'Aristote. Elle est source de droit, mais ne doit pas être la seule source de droit, tout comme la loi est source de droit, mais ne doit pas en être nécessairement la seule. Vouloir donner à l'équité un rôle prédominant est tout aussi malsain que de vouloir bannir, au nom du rationalisme, cette notion.

Le problème de l'équité est avant tout relié à la crainte de l'arbitraire du juge et du juge législateur. Le droit est mouvant, les circonstances changent, les mentalités évoluent. C'est là la faiblesse du positivisme juridique de ne pas voir cette mobilité et de vouloir fixer le droit dans les règles rigides de la loi. Il ne faut pourtant pas tomber dans le vice contraire. C'est peut-être là le danger qui nous guette.

Il y aurait tant à dire sur le sujet. Mais, il me faut conclure. Or, aucune conclusion ne m'apparaît plus appropriée que cette réflexion de Portalis :

Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées, d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue; et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude.³⁴

J. Michel Doyon
Gagné, Letarte, avocats
79, boul. René-Lévesque est, bureau 400
QUÉBEC (Québec) G1R 5N5
Tél. : (418) 522-7900
Télé. : (418) 523-7900

34. P.-A. FENET, *op. cit.*, note 18, tome I, p. 476.