

Jean-Christophe Merle

L'ÉQUITÉ DANS LA PENSÉE DU DROIT DE KANT
ET DES KANTIENS ET SON INFLUENCE SUR LA PHILOSOPHIE
DU DROIT CONTEMPORAINE

À première vue, Kant ne semble ni porter grand intérêt à l'équité, puisqu'il ne lui consacre que peu de lignes, ni marquer la postérité par ces lignes. D'ailleurs, ni Fichte ni Hegel ne font un emploi significatif du terme *Billigkeit*. Comme nous le verrons, le peu de texte consacré par Kant au droit est pourtant d'une importance décisive, non seulement pour la compréhension du droit kantien, mais aussi pour la compréhension d'une importante notion traitée sous un autre terme dans la philosophie du droit contemporaine.

Dans le corpus kantien sont présentes trois conceptions de l'équité, que j'aborderai successivement. La *première* est le fait de juristes kantien, notamment Gottlieb Hufeland et Theodor Schmalz qui se réfèrent exclusivement au *Fondement de la métaphysique des mœurs de Kant* (1785). La *seconde* se trouve d'abord dans les cahiers Collins des *Leçons d'éthique* de Kant, du début des années 1780, et ultérieurement dans la *Doctrine du droit* de 1797. La *troisième* nous est livrée par la sorte de synthèse que tente d'effectuer le pasteur et vulgarisateur de Kant, Carl Christian Erhard Schmid.

SCHMALZ ET HUFELAND : L'ÉQUITÉ COMME VERTU TÉLÉOLOGIQUE
DE BIENVEILLANCE

Dans son *Das reine Naturrecht (Le droit naturel pur)* de 1792, Schmalz, à la fin de sa section consacrée aux « Droit et devoirs », définit l'équité parmi quatre notions : « La vertu qui remplit des devoirs extérieurs parfaits s'appelle la *justice* ; celle qui remplit des devoirs extérieurs imparfaits s'appelle la *bienveillance*; celle qui sacrifie des devoirs extérieurs parfaits à des devoirs extérieurs imparfaits s'appelle la *magnanimité* ; celle qui modère et détermine l'exercice de droits extérieurs parfaits conformément à des devoirs extérieurs imparfaits s'appelle l'*équité* »¹. On notera que tous les devoirs et droits

1. Th. Schmalz, *Das reine Naturrecht*, Königsberg, Friedrich Nicolai, 1792, p. 26, § 30 remarque.

concernés sont extérieurs, que l'équité est une vertu et qu'elle consiste en ce que la bienveillance y modère et y détermine la justice.

Hufeland adopte en 1795 une conception proche, mais non identique à celle de Schmalz : « Le devoir de ne pas agir à l'encontre des droits parfaits d'autrui, s'appelle la *justice (justitia)* ; le devoir d'agir conformément aux droits imparfaits d'autrui, et en particulier de restreindre volontairement ses propres droits parfaits au profit de ceux-ci [des droits imparfaits d'autrui], s'appelle l'équité (*aequitas*) »². Tandis que Hufeland et Schmalz s'accordent sur la définition de la justice, la définition de l'équité par Hufeland correspond exactement à la définition de la magnanimité ou de la générosité (*Großmuth*) chez Schmalz. Cependant, la différence se révèle ténue si l'on considère que la magnanimité de Schmalz n'est autre que la priorité accordée à la bienveillance par rapport à la justice. La différence entre Schmalz et Hufeland consiste donc en ce que le premier considère l'équité comme la bienveillance *modérant et déterminant* la justice, tandis que d'après le second l'équité accorde la *priorité* à la bienveillance sur la justice. Dans les deux cas, l'équité situe dans une perspective *téléologique* relative aux *devoirs* la classification entre devoirs ou droits parfaits et imparfaits, que le *Fondement de la métaphysique des mœurs* avoue dans une note ne faire que reprendre la tradition jusnaturaliste. Les devoirs parfaits veillent en effet chez Kant à la conservation de la communauté des êtres rationnels, tandis que les devoirs imparfaits contribuent au progrès orienté vers le *telos* qu'est le complet développement de la raison comme disposition naturelle.

LE DROIT D'ÉQUITÉ CHEZ KANT

Cependant, Kant lui-même formule succinctement une conception de l'équité radicalement différente à trois égards, que je vais examiner en indiquant leur influence respective sur le débat actuel en philosophie du droit. *Premièrement*, Kant considère explicitement que « l'équité est un droit »³. Si l'équité est naturellement aussi un devoir, elle ne l'est qu'au sens de Wesley Hohfeld⁴, c'est-à-dire comme corrélatif d'un droit, alors que Hufeland et Schmalz font de l'équité un devoir imparfait, qui ne reçoit que secondai-

2. G. Hufeland, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena, Christ. Heinr. Cuno's Erben, 1795, p. 69, § 97.

3. E. Kant, *Leçons d'éthique*, trad. L. Langlois, Paris, Livre de Poche, 1997, 355 ; voir aussi *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. J. et O. Masson, Paris, Gallimard, 1986, VI 234 : « celui qui exige quelque chose en vertu de ce principe [l'équité] s'appuie sur son droit ».

4. W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Dartmouth, Ashgate, 2001, p. 12.

rement un droit comme corrélatif, tandis que ces auteurs le définissent en premier lieu par un *telos*. *Deuxièmement*, ce droit qu'est l'équité « ne donne aucun pouvoir de contraindre autrui »⁵, mais il n'en est pas moins « un droit strict », contrairement à la tradition jusnaturaliste reprise par Schmalz et Hufeland, qui oppose droit strict (*ius strictum*) (ou droit parfait) et équité. Toutefois, l'équité n'est un droit strict que « *coram foro interno*, mais non *coram foro externo* »⁶. *Troisièmement*, la raison de l'absence de droit de contrainte est illustrée et expliquée par Kant de la manière suivante : « Si quelqu'un a travaillé pour moi en échange d'un salaire déterminé, et qu'il fait plus que ce que je lui avais demandé, cet homme a certes le droit [*Recht*] que je le paie pour son travail supplémentaire, mais il ne peut m'y contraindre. S'il veut remettre l'objet de son ouvrage dans son état premier et que je m'y oppose, il doit s'en abstenir, car il ne jouit plus d'aucun droit sur ce qui m'appartient. Il n'a aucun pouvoir de me contraindre parce qu'il est allé au-delà des termes de notre entente »⁷. L'original diverge de la traduction française. Kant écrit : « parce que cela n'était pas convenu, ce n'est pas une déclaration [*Deklaration*] »⁸. Dans la *Doctrine du droit*, Kant modifie son exemple : « Le domestique à qui, à la fin de l'année, on paye les gages qui lui sont dus avec une monnaie qui s'est dévaluée dans l'intervalle, et avec laquelle il ne peut pas se procurer ce qu'il pouvait acheter pour ce montant lors de la conclusion du contrat, ne peut, face à une valeur numéraire identique mais d'un pouvoir d'achat différent, en appeler pour autant à son droit pour être dédommagé, et n'a au fond d'autre recours que l'équité (divinité muette qui ne peut être entendue), puisque rien n'avait été stipulé à ce sujet dans le contrat et qu'un juge ne peut prononcer d'après des conditions indéterminées »⁹. Dans les *Leçons sur l'éthique*, la raison de l'absence de droit de contrainte à l'observation de ce qui est pourtant explicitement un droit, provient de l'absence de contrat et de déclaration, tandis que dans la *Doctrine du droit*, la cause en est à la fois l'absence de contrat et l'indétermination qui en résulte. Il convient d'observer que l'indétermination ne signifie ici aucunement une impossibilité d'identifier la solution équitable précise correspondant au cas considéré. L'indétermination signifie seulement que cette solution équitable n'a pas été *fixée* dans un contrat. En effet, il est tout à fait possible de déterminer, dans le premier cas, la valeur

5. E. Kant, *Leçons d'éthique*, 355 ; voir aussi *Doctrine du droit*, VI 234 : « L'équité admet un droit sans contrainte ».

6. E. Kant, *Leçons d'éthique*, 355.

7. *Ibid.*, 355.

8. *Ibid.*, 355.

9. E. Kant, *Doctrine du droit*, VI 234.

Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010

ajoutée apportée par le travail supplémentaire, et dans le second cas, le montant correspondant à la hausse des prix afin d'obtenir un pouvoir d'achat constant. La difficulté insurmontable à faire valoir cette cause devant un tribunal civil provient donc, dans les deux cas, de l'absence de contrat. S'il n'était pas possible d'identifier la solution équitable précise correspondant à chaque cas considéré, il ne saurait pas plus exister de « tribunal de la conscience », qui est le « le tribunal de l'équité » d'après Kant, qu'il ne peut exister de « tribunal de droit civil »¹⁰.

Au premier des trois points on pourrait objecter soit que l'équité n'est pas un droit, soit qu'elle est un droit ambigu, et donc pas un droit au sens plein du terme. Ces deux assertions sont fausses. Aussi bien dans les *Leçons sur l'éthique* que dans la *Doctrina du droit*, Kant écrit explicitement qu'il s'agit d'un droit : « l'équité (objectivement considérée) n'est aucunement un principe au nom duquel on exhorte les autres au seul devoir éthique (à la bienveillance et à la bonté) ; au contraire, celui qui exige quelque chose en vertu de ce principe s'appuie sur son droit [...] »¹¹. Par ailleurs, Kant traite certes de l'équité, puis du « droit de nécessité (*jus necessitatis*) » dans un « Appendice à l'introduction à la doctrine du droit » intitulé « Du droit équivoque (*jus aequivocum*) », qu'il qualifie de « droit, véritable ou supposé »¹². Toutefois, le caractère « véritable ou supposé » n'est pas attribué indifféremment à l'équité et au droit de nécessité, mais distribué comme suit : l'équité est un droit véritable, tandis que le droit de nécessité est un droit supposé, puisque la tradition jusnaturaliste utilise à son sujet le terme de « *ius* » et que cette supposition s'avère fausse. En effet, le droit de nécessité n'est pas un droit. Kant écrit en effet explicitement : « L'équité admet un droit sans contrainte, la nécessité une contrainte sans droit [...] »¹³. Je ne pense toutefois pas que cette explication suffise à dissiper l'équivoque. Car le terme droit (*Recht*) est bel et bien équivoque, en allemand tout autant qu'en français. Il ne s'agit pas ici de l'équivoque entre le droit au sens du système juridique (*the law*) et le droit au sens des droits individuels ou collectifs (*rights*). Cette équivoque existe certes, et nous devons déplorer que la traduction anglaise de la *Doctrina du droit* de Kant soit *Doctrine of Right* et non pas *Doctrine of Law* (la même remarque vaut pour la traduction des œuvres de Fichte et Hegel). Mais, si l'anglais évite cette première équivoque, le terme « *right* » présente lui-même une seconde équivoque. Il peut désigner aussi bien des droits positifs (*legal rights*) que des

10. *Ibid.*, VI 235.

11. *Ibid.*, VI 234.

12. *Ibid.*, VI 234.

13. *Ibid.*, VI 234.

droits moraux (*moral rights*), dont des auteurs comme Ronald Dworkin¹⁴ ou Joel Feinberg¹⁵ ont souligné l'importance. Or, cette distinction conceptuelle est précisément celle dont Kant traite, quoiqu'il ne connaisse naturellement pas les dénominations usitées par les théories du droit contemporaines.

L'ÉQUITÉ COMME DROIT MORAL

Les droits moraux présentent en effet les mêmes caractéristiques que l'équité chez Kant. *Premièrement*, à la différence des droits légaux, les droits moraux ne sont pas exigibles. Néanmoins, contrairement à ce que suggère une tradition qui va de Jeremy Bentham à Herbert Hart, on ne saurait transformer la revendication de droits non positifs en exigence de voir l'état du droit changer pour rendre positifs ces droits non positifs. En effet, si une partie des droits moraux peut devenir, ou est déjà l'objet de droits positifs correspondants, comme le note Dworkin dans le chapitre 7 de *Prendre les droits au sérieux*, qui en localise beaucoup dans la Constitution américaine, certains droits moraux tels que le droit de résistance à la tyrannie, le droit à se voir adresser la parole poliment ou le droit à être soumis à une sélection exempte de préjugé ne pourraient pas devenir l'objet de droits positifs. Par ailleurs, lorsque nous jugeons que les mutilations sexuelles rituelles pratiquées dans un pays qui ne les interdit pas violent les droits moraux des personnes qui y sont soumises, ce que nous voulons dire en premier lieu n'est pas que le droit positif devrait changer. L'exigence de voir le droit positif changer n'est que la conséquence secondaire de ce que nous voulons dire en premier lieu, à savoir que ces pratiques violent un droit, lequel est un droit moral, qui est en l'occurrence un droit de l'homme à l'intégrité de son corps. En effet, *deuxièmement*, les droits moraux ne sont pas de simples exigences morales, mais présentent bien la caractéristique du droit, qui est d'être le corrélatif d'un devoir et de ne pas exister isolément, mais d'être pensé dans un système de limitation mutuelle des droits et des libertés. Or, Kant définit le droit comme « le concept de l'ensemble des conditions auxquelles l'arbitre [la liberté extérieure] de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre d'après une loi universelle de la liberté »¹⁶.

La manière dont Kant conçoit le système des droits moraux ou de l'équité montre que, contrairement à Schmalz et Hufeland, il ne place pas l'équité dans la perspective téléologique de la morale du développement de la raison. Il

14. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, chap. 6.

15. J. Feinberg, *Problems at the Roots of Law*, Oxford University Press, 2003, chap. 2.

16. E. Kant, *Doctrine du droit*, VI 230.

Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010

existe deux manières d'interpréter la définition selon laquelle « le droit est [...] le concept de l'ensemble des conditions auxquelles l'arbitre [la liberté extérieure] de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre d'après une loi universelle de la liberté »¹⁷. L'interprétation libérale voit dans la « loi universelle de la liberté » la simple loi d'égalité de traitement ou la simple égalité de prise en considération entre tous les sujets de droits. L'autre interprétation de la « loi universelle de la liberté », qui me semble philologiquement plus juste, mais philosophiquement dommageable au concept de droit, consiste à y voir la loi morale au sens fort, de laquelle dérive l'impératif catégorique¹⁸. « La loi universelle de la liberté » est alors la « loi universelle de la liberté de la volonté », qui se détermine selon ce qui promeut le développement de la raison. La tension entre ces deux options marque de son empreinte l'ensemble des parties de la *Doctrine du droit*. L'équité se situe nettement dans le cadre du concept libéral du droit. Dans un autre exemple donné par Kant, « celui qui, dans une société de commerce établie sur l'égalité des profits, tout de même qu'il a fait davantage que les autres membres, [...] peut en toute équité exiger de la société davantage qu'un simple partage à égalité entre les membres »¹⁹. Le principe sous-jacent est celui d'égalité prise en considération. Cela correspond à la schématisation du concept de droit qui précède immédiatement le passage sur l'équité dans la *Doctrine du droit*. Kant y schématise le droit par « la seule ligne (la perpendiculaire) qui ne penche pas plus d'un côté que de l'autre et qui divise l'espace en deux parties égales ; suivant laquelle analogie aussi la doctrine du droit veut connaître précisément (avec une exactitude mathématique) ce qui pour chacun est le sien, ce que l'on ne saurait attendre dans la doctrine de la vertu, laquelle ne peut refuser de ménager un certain espace (*latitudinem*) pour les exceptions »²⁰. L'équité kantienne correspond entièrement à cette analogie, car elle limite le droit moral de l'un par le droit moral de l'autre, au lieu de limiter le droit moral par une destination morale de type téléologique. Ce même sens kantien de l'équité comme droit réglé par un principe d'égalité prise en considération de chacun se retrouve de nos jours dans l'équité au sens de John Rawls, par exemple lorsqu'il explique ainsi « l'idée principale » du principe d'équité (*fairness*) : « quand un certain nombre de personnes s'engagent dans une entreprise de coopération mutuellement avantageuse selon des règles et donc imposent à leur liberté des limites nécessaires pour produire des avantages pour tous, ceux

17. *Ibid.*, VI 230.

18. J.-Ch Merle, « Die zwei Kantischen Begriffe des Rechts », in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 12, 2004, p. 331-346.

19. E. Kant, *Doctrine du droit*, VI 234.

20. *Ibid.*, VI 233.

qui se sont soumis à ces restrictions ont le droit d'espérer un engagement semblable de la part de ceux qui ont tiré avantage de leur propre obéissance. Nous n'avons pas à tirer profit de la coopération des autres sans contrepartie équitable »²¹.

Kant cite deux éléments qui manquent à l'équité ou droit moral pour constituer un droit légal ou positif : le droit de contrainte, ainsi que le contrat. L'absence de contrat doit plutôt être classée sous une catégorie plus générale : l'absence d'autorisation. En effet, le contrat privé doit ici être considéré comme une source de droit positif, car il résulte d'un pouvoir, au sens de Hohfeld. Parmi les autres sortes de pouvoir, on trouve naturellement aussi les pouvoirs plus connus que sont le pouvoir constituant, le pouvoir législatif, le pouvoir de décréter, de juger, de réviser, le pouvoir réglementaire, etc. Le sujet de droit a le pouvoir de créer des droits positifs, car il a le pouvoir de conclure des contrats ; or ce pouvoir confère une autorisation, mais doit être lui-même autorisé et il est soumis aux règles dictées par d'autres pouvoirs. Les modèles actuels du droit, d'auteurs aussi divers que Hart, Dworkin et Joseph Raz, attribuent une part majeure de la complexité des systèmes juridiques positifs à la coexistence d'une cohérence de contenus juridiques avec un ensemble de chaînes d'autorisations. Kant fait de même, qui juxtapose au concept de droit susmentionné, c'est-à-dire à la limitation mutuelle des libertés extérieures, l'élément du contrat, du juge civil, et plus loin dans la *Doctrina du droit*, du législateur et du gouvernant. Par contre, l'équité est un droit moral, car son existence ne dépend pas de la décision de pouvoirs autorisés, même si certains droits moraux peuvent être adoptés par des pouvoirs autorisés, et placés notamment dans des articles constitutionnels relatifs aux droits fondamentaux. L'absence de droit de contraindre lié à l'équité ou aux droits moraux est une simple conséquence, certes importante, de l'absence de pouvoirs ou de chaînes d'autorisations relatifs aux droits moraux ou aux droits d'équité.

LA SYNTHÈSE MALHEUREUSE DE SCHMID

La troisième conception de l'équité présente dans le corpus kantien constitue une sorte de synthèse malheureuse entre les deux précédentes, dont nous pouvons cependant tirer un enseignement. À première vue, Carl Christian Erhard Schmid apparaît comme un simple vulgarisateur de Kant, notamment lorsqu'il écrit : « Est *équitable* le droit qui ne confère aucune autorisation de contraindre autrui, par exemple à payer un salaire supérieur lorsqu'autrui a travaillé davantage qu'il n'était convenu. D'un point de vue moral, ce qui est équitable est juste, et l'inéquité et l'ingratitude sont

21. J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1997, §18, p. 142.

Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010

équivalentes. Mais, devant le tribunal extérieur, on doit considérer les contrats exprès et déterminés »²². La remarque suivante présente en revanche davantage d'intérêt : « Je restreins l'usage de mon droit, de ma liberté extérieure, pour le plus grand bien d'autrui : c'est de l'équité positive [*positive Billigkeit*] »²³. Ici, « positif » doit s'entendre non pas comme l'opposé de « moral », mais de « négatif ». L'équité positive n'est ainsi rien d'autre que l'équité au sens de Schmalz et de Hufeland, à savoir l'équité comme la bienveillance qui soit modère et détermine la justice, soit jouit de la priorité sur la justice. Chez Schmid, il existe aussi une « inéquité positive » [*positive Unbilligkeit*], définie comme étant « un abus de confiance [*Untreue*] qui se rapporte à des contrats ou des promesses tacites ou indéterminés ». Schmid précise : « Par ce biais aussi, on déçoit des attentes que l'on avait suscitées chez autrui, quoique seulement de manière incertaine ou indéterminée, en acceptant de lui un service ou un cadeau ». Il en donne deux exemples : « les devoirs envers les parents et envers les bienfaiteurs »²⁴. Par opposition et combinaison, nous pouvons compléter par les deux catégories que Schmid ne présente pas explicitement. L'inéquité négative doit être l'opposé de l'équité positive, et donc consister à ne pas restreindre l'usage de mon droit, de ma liberté extérieure, pour le plus grand bien d'autrui. Enfin, l'équité négative doit être l'opposé de l'inéquité positive, et consister à remplir les contrats ou les promesses tacites ou indéterminés. L'équité négative recouvre donc le célèbre exemple, donné par Kant dans le *Fondement de la métaphysique des mœurs*, de devoir parfait envers autrui qu'est l'interdiction de la fausse promesse. Soulignons que ce devoir parfait envers autrui est aussi dit par Kant être un devoir *de droit*. C'est chez Kant un droit moral, dont l'exemple donné par Schmid, relatif aux contrats et promesses tacites ou indéterminés, correspond par ailleurs à la sociabilité kantienne ou à la disposition à coopérer qui définit le caractère raisonnable chez Rawls, lequel permet de construire les principes de justice. Schmid qualifie certes l'équité négative de « rapport sociable [*geselliges Verhältnis*] », mais pas de droit moral : il ne s'agit pas de société civile, mais explicitement de l'amitié [*Freundschaft*]. L'équité positive de Schmid donne en revanche la priorité à la bienveillance sur la justice. L'équité négative est adoptée chez Rawls par la conduite de l'égoïste limité, au désintérêt limité, qui n'est pas mû par l'envie envers autrui, tandis que l'équité positive correspondrait à l'altruiste, qui accorde la priorité à la bienveillance sur l'usage de ses propres droits moraux. L'équité positive peut exiger un sacrifice de soi

22. C. Ch. E. Schmid, *Versuch einer Moralphilosophie*, 3^e édition augmentée, Jena, 1795, § 566, 881.

23. *Ibid.*, §604, 933.

24. *Ibid.*, §566, 880.

que l'équité négative interdit. La différence est nette si l'on se rapporte au passage de la *Doctrine du droit* où Kant compte parmi les trois « devoirs de droit » les suivants : « Ne fais tort à personne (*neminem laede*) » et « entre [...] dans une société telle que chacun y puisse conserver ce qui est sien »²⁵. Le devoir de droit, semblable ici à l'équité négative schmidienne, exclut donc le sacrifice, aussi bien d'autrui que de soi-même. Équité négative et équité positive sont incompatibles.

Le contraste est flagrant entre les deux aspects de Schmid. D'un côté, il reprend l'exemple du salaire équitable que Kant donne pour illustrer l'équité comme droit moral. D'un autre côté, il est manifeste qu'il commet un lourd contresens implicite sur le sens de cet exemple, ce qui est d'autant plus fâcheux qu'il se sert de cet exemple comme d'une prémisse à sa conception de l'équité. Il entend l'exemple de Kant comme signifiant qu'il n'existe pas de droit à un salaire équitable. Cela suppose que Schmid présume que l'absence d'un droit *positif* à un salaire équitable implique l'absence de *tout* droit à un salaire équitable. En même temps, il doit réintroduire, au moyen de la distinction entre équité positive et équité négative, une distinction entre un salaire qui n'est pas exigible en droit positif, mais qui est justifié sur une base d'égalité de prise en considération de chaque personne, d'une part, et un salaire qui n'est ni exigible en droit positif, ni justifié sur une base d'égalité de prise en considération de chaque personne, mais qui relève d'un devoir de bienveillance ou de charité, par exemple envers le mendiant. Par la réintroduction de cette distinction, Schmid témoigne bien involontairement à la fois du fait qu'il n'a pas compris l'innovation conceptuelle de Kant, et qu'il en a pourtant perçu confusément la nécessité. À tous ces égards, Schmid représente malheureusement le parangon d'innombrables interprétations et vulgarisations actuelles de Kant.

CONCLUSION

L'innovation de Kant pourrait sembler à certains étrangement indifférente à la perspective aristotélicienne classique qui fait de l'équité un correctif à la loi destiné à intégrer l'exception à la loi dans la loi elle-même, l'exception à la loi étant due au fait que, d'après Aristote, « sur certaines choses, il n'est pas possible de formuler un énoncé universel correct »²⁶, c'est-à-dire que la loi présente un défaut d'universalité. L'équité comble ce défaut en interprétant la loi. À la différence d'Aristote, Kant ne traite pas de l'équité à partir de la loi, mais à partir des droits. Fichte traite bien du droit moral, mais sous le terme

25. E. Kant, *Doctrine du droit*, VI 236 sq.

26. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, J. Vrin, 1997, 1137b14.

Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010

de « droit originel » (*Urrecht*), et non pas d'équité. Puisque Hegel ne place pas les droits au centre de sa théorie du droit, il ne reprend pas l'innovation kantienne. Cependant, malgré cette innovation, Kant conserve un élément du traitement aristotélicien de l'équité. Il cherche à intégrer aux droits ce dont l'appartenance aux droits semble équivoque : l'équité. En reconnaissant les droits d'équité ou droits moraux comme droits à part entière, Kant rend caduque la distinction entre droits stricts et équité en les réunifiant, ce qui permet alors à Fichte de parler de droits originels et de droits appartenant au système du droit, c'est-à-dire de droits positifs, car si l'auteur du *Fondement du droit naturel* n'a pu lire avant la rédaction de son ouvrage la *Doctrine du droit*, parue en 1797 après son propre ouvrage, dont la première moitié fut publiée en 1796, il avait connaissance des *Leçons sur l'éthique* et de l'ouvrage de Schmid, qu'il cite à d'autres endroits²⁷. En permettant de parler de droits d'équité, Kant met par ailleurs également en relief le caractère commun que possèdent droits positifs et droits moraux, malgré leur différence évidente. C'est pourquoi, en quelques lignes, Kant a ouvert à la pensée de l'équité une voie qui n'est pas moins féconde que la voie aristotélicienne.

27. J. G. Fichte, *Fondement du droit naturel selon les principes de la Doctrine de la science*, trad. A. Renaut, Paris, Presses Universitaires de France, 1984.