

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La question de la fusion de la common law et de l'*equity* en droit anglais. À propos de l'ouvrage *Equity* de Sarah Worthington

Eric DESCHEEMAEKER*

Résumé

À l'instar du droit romain, le droit prétorien anglais est divisé en deux corps de droit parallèles, le droit strict (common law au sens propre) et l'équité (*equity*). Cette division apparaît aujourd'hui comme une hystérèse, au sens où elle repose sur des causes historiques qui ont désormais disparu. Se pose alors, 130 ans après leur fusion procédurale, la question de leur fusion substantielle. Ce bref article ambitionne de présenter le sens et l'enjeu de cette fusion-intégration à la lumière d'un ouvrage récent de M^{me} Worthington qui, pour la première fois, articule cette option de manière systématique. Pour ce faire, il s'intéresse à un aspect spécifique de la question, qui est l'argument taxinomique en faveur de la fusion : l'idée est de montrer que le concept d'«*equity*», défini de manière procédurale et non matérielle, est un intrus dans l'ordre juridique

Abstract

English judge-made law, like Roman law in its own time, is divided into strict law and equity. Today, this division can be described as hysteretic, insofar as it is based on now by-gone causes. The issue is therefore bound to arise, 130 years after their procedural fusion, of the substantive fusion (or integration) between these two bodies of law. The present shorter article follows up on Professor Worthington's recent *Equity*, in which the writer advocated this option and, for the first time, attempted to flesh it out in a methodical fashion. It sets out to examine the taxonomical argument for fusion. Its gist is that the concept of equity, being defined procedurally rather than substantively, is an intruder within the modern English legal landscape, which is dominated by substance-based categories. This means that the only option for equity

* Fellow and Tutor in Law, St. Catherine's College, Université d'Oxford (Royaume-Uni).

moderne fondé sur la substance du droit. Il doit donc disparaître en tant que catégorie autonome du droit anglais.

is to disappear as an autonomous legal category.

Plan de l'article

Introduction	635
I. La notion d'équité	636
II. Arbitres verts et arbitres rouges	639
III. <i>Equity</i> et taxinomie du droit anglais : l'argument en faveur de la fusion	641
IV. Réponse aux objections	647
Conclusion	649

Equity, le dernier ouvrage de Sarah Worthington¹, fait une nouvelle fois honneur à la collection orange et noire des *Clarendon Law Series* dans laquelle il a été publié. 130 ans après les *Judicature Acts* qui, en 1873-75, unifièrent les deux grands ordres de juridictions qui se partageaient le système judiciaire anglais de l'époque, les cours de common law et celle d'*equity*, il constitue un plaidoyer méthodique pour la fusion substantielle, au sein du droit prétorien anglais, du droit strict (la common law au sens propre) et de l'équité (*equity*). Le but de ce court article est de présenter le sens et l'enjeu de cette fusion. Pour ce faire, il nous faut bien sûr expliquer comment fonctionne la juridiction d'équité, mais surtout quelle place celle-ci occupe dans la structure du droit anglais contemporain. Le débat taxinomique joue en effet un rôle fondamental dans la question de la fusion de la common law et de l'*equity*, et constitue à notre sens le meilleur argument en faveur de l'intégration matérielle de ces deux corps de droit. C'est donc sur celui-ci que nous allons nous concentrer.

Taxinomie signifie *étude de la structure* – en l'occurrence, de la structure du droit. Il existe, de fait, autant de manières d'organiser le droit que de critères de distinction à partir desquels on peut classer les règles de l'ordre juridique. Toutes, bien sûr, ne se valent pas ; d'où l'importance d'une réflexion à ce sujet.

L'une de ces méthodes consiste à s'intéresser à la source de la règle en termes procéduraux. En droit interne anglais, si l'on exclut les règles ayant leur origine dans l'ordre européen, on peut en distinguer deux principales : une règle peut émaner soit d'un acte du Parlement (droit législatif), soit des cours de justice du Royaume (droit prétorien). Dans le premier cas, on parlera de *statute* (ou *statutory law*), dans le second, de common law au sens large. Historiquement, cette dernière a joué un rôle prééminent, le droit législatif ne venant, dans la plupart des matières, que corriger ou réformer à la marge la common law. Cela est toutefois de moins en moins vrai aujourd'hui, les interventions du Parlement étant à la fois plus nombreuses que dans le passé et plus vastes d'envergure.

¹ Sarah WORTHINGTON, *Equity*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006 [1^{re} éd., 2003]. M^{me} Worthington est professeure à la London School of Economics, et désormais vice-directrice (*Deputy Director*) de cette institution.

Parmi les règles ayant leur source dans la juridiction du préteur, on peut distinguer deux sous-ordres : la common law au sens étroit (et propre²), et l'*equity*. Pour comprendre cette distinction, il nous faut remonter à la séparation historique du droit entre *droit strict* et *équité*. C'est là une distinction qui, pour des raisons qu'il ne nous appartient pas d'explorer ici, a disparu de la tradition romaniste moderne, et notamment du droit français et des droits qui en sont historiquement issus – pour qui *droit* et *droit strict* sont devenus synonymes – mais qui fit également partie intégrante du développement du droit romain, et n'est donc en rien une spécificité de la famille de droit anglo-américaine³. La seule différence est que celle-ci a conservé cette division, du moins en partie, jusqu'à nos jours. Avant d'examiner la fusion de ces deux corps de droit, il nous faut donc nous intéresser à la cause de leur séparation.

I. La notion d'équité

En droit anglais, comme en droit romain, l'équité (*ius honorarium, equity*) apparaît comme un corps de droit *second* – tant chronologiquement qu'analytiquement – qui vient suppléer le droit strict et adoucir la rigueur de certaines de ses solutions. Hétéronome (au sens où elle ne se suffit pas à elle-même, mais présuppose au contraire l'existence du droit strict⁴), l'équité vient s'ajouter au droit et s'articuler avec lui de telle manière que, sans contredire explicitement

² Propre car originaire. À l'origine, le terme « common law » désignait en effet le droit *commun* à tout le royaume d'Angleterre, commun parce que décidé de manière centralisée par les cours royales de justice à Westminster. En ce sens, la common law s'opposait à tous les droits locaux, qui étaient essentiellement basés sur la tradition et variaient donc d'un endroit à l'autre. Mais ce nom de « common law » est resté, même après que les juridictions locales dont on le distinguait eurent disparu. Plus tard, ce droit secrété par les cours de justice de Westminster fut contrasté avec le droit parlementaire et avec l'équité. L'emploi du mot « droit commun » apparaît toutefois quelque peu absurde dans ce contexte, dans la mesure où le droit parlementaire et l'équité sont, bien sûr, tout aussi uniformes dans leur application que la common law.

³ Il est d'ailleurs à noter que de nombreux systèmes juridiques fondés sur le droit anglais, notamment aux États-Unis, ont eux aussi aboli cette distinction.

⁴ Alors bien sûr que la réciproque n'est pas vraie, comme le prouve l'existence de systèmes de droit ne possédant pas de droit équitable. Dans l'expression « common law et *equity* », l'ordre des mots n'est pas seulement traditionnel ; il reflète l'irréductible primauté du droit strict sur l'équité.

ses solutions, elle permette d'en imposer d'autres, considérées comme seules à même de rendre justice aux parties⁵.

Cette proposition n'allant pas de soi pour un juriste de tradition romaniste, nous nous proposons de l'illustrer brièvement. Imaginons ainsi que A possède un bien x. Le droit (au sens de droit strict) dit que A en est propriétaire. Cependant, l'ordre juridique n'est pas satisfait par ce résultat – par exemple, A ne doit son titre qu'au non-respect d'une formalité par B. L'équité intervient alors⁶ et décide que, en conscience, c'est en réalité B qui est propriétaire. Sa solution diffère donc de celle du droit : elle veut la faire prévaloir, mais ne peut heurter celui-ci de front, l'autorité du droit s'imposant à tous. Pour ne pas désavouer le droit strict, l'équité va alors utiliser une formule oblique : par exemple, elle va déclarer que B possède un « intérêt » réel (*in rem*) dans x. Qui est alors propriétaire de x : A ou B ? Le droit (strict) répond « A ». L'équité ajoute : « certes, A est propriétaire – propriétaire selon le droit strict – et nous ne pouvons ni ne voulons changer cela ; mais B possède également un intérêt dans x que l'ordre juridique se doit de protéger ». Une conséquence possible serait alors que l'équité fasse rentrer B en possession de x. A reste propriétaire, conformément au droit, mais il doit exercer ses prérogatives au bénéfice exclusif de B, qui acquerra donc notamment la jouissance de la chose (et d'autres avantages). Au final,

⁵ Nous laissons ici de côté l'histoire de l'*equity* pour nous concentrer sur son rôle dans le droit anglais moderne. Le lecteur intéressé pourra se référer par exemple à John BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 2002, p. 97.

⁶ L'existence ou la non-existence d'une juridiction équitable dépend donc de la possibilité même d'une telle proposition. Pour un juriste de tradition romaniste, il s'agit aujourd'hui d'une contradiction dans les termes : l'ordre juridique est contenu tout entier dans le droit ; et rien ne peut se faire en dehors de lui. Quel peut alors être l'explication théorique à l'existence de l'équité en droit anglais ? Il est possible d'adopter le raisonnement suivant. Toute justice appartient au souverain (à l'origine le Roi, aujourd'hui le Roi [ou la Reine] avec le Parlement : *the King in Parliament*). L'une des manières dont celui-ci exerce son droit de faire régner la justice dans le royaume (qui est d'ailleurs aussi un devoir) est en créant des cours et tribunaux chargés d'entendre les requêtes de ses sujets. Mais en créant ces cours, le Roi n'a pas épuisé ses prérogatives souveraines ; et si le résultat auquel elles aboutissent s'avère insatisfaisant, il conserve le droit (peut-être même le devoir) de se ré-impliquer directement dans l'administration de la justice, par tout moyen qu'il juge bon. On peut alors voir dans la création d'une juridiction parallèle d'équité l'exercice de cette prérogative. De la même manière, il serait parfaitement loisible aujourd'hui au souverain de supprimer l'*equity*, ou à l'inverse de la suppléer à son tour par un troisième corps de droit.

c'est bien la position de B qui est la plus désirable ; et pourtant, A est toujours le seul propriétaire au regard du droit. On voit par cet exemple comment l'équité peut parvenir à réformer le droit strict, tout en faisant mine de le compléter et non de le contredire. C'est de cette manière qu'a notamment émergé la notion de *trust* en droit anglais : un *trust* est essentiellement un mécanisme juridique par le biais duquel la propriété d'un bien peut être divisée entre deux personnes, un propriétaire selon le droit strict (le *trustee*) et un « propriétaire »⁷ selon l'équité (le *beneficiary*), qui jouit effectivement des bénéfices de la chose.

L'*equity* vient donc compléter et réformer les règles, déjà établies mais considérées comme imparfaites, de la common law. Cela explique que son influence se soit fait sentir dans tous les domaines de l'ordre juridique. Cela est particulièrement vrai du droit des biens, comme le montre l'exemple des *trusts*⁸ ou bien les règles relatives au *tracing*, qui permettent aux actions réelles de suivre des biens substitués l'un à l'autre, et constituent une arme formidable pour protéger les créanciers. Mais l'autre pilier du droit privé, le droit des obligations, a lui aussi été largement affecté. Dans le domaine du droit des contrats, on peut ainsi mentionner la reconnaissance par l'équité d'un droit (certes limité) à l'exécution en nature (*specific performance*), là où la common law s'en était toujours tenue au principe de condamnation pécuniaire⁹. Historiquement, en effet, l'action mise à la disposition des créanciers contractuels non satisfaits était l'action d'*assumpsit*, une forme de *trespass on the case*, et par conséquent une action de nature délictuelle – résolue donc, selon

⁷ L'*equity* prend garde de ne jamais employer ce terme, précisément pour ne pas donner l'impression de remettre en cause la décision du droit strict, qui est que A est (seul) propriétaire. Déjà, les Romains disaient de celui que nous appelons le « propriétaire bonitaire » qu'il « avait la chose parmi ses biens » (*in bonis*), réservant le nom de « propriétaire » au seul propriétaire quiritaire. Mais ces précautions oratoires ne font que dissimuler la réalité des choses ; il n'y a donc aucune raison que nous les employions.

⁸ Même si ceux-ci produisent aussi des effets d'ordre personnel, *in personam*, ressortissant ainsi au droit des obligations – d'où la difficulté de positionner l'institution sur une carte du droit inspirée du schéma institutionnel romain.

⁹ À l'instar du droit romain, mais pour des raisons différentes. C'est essentiellement pour des raisons pratiques, tenant à l'impossibilité de faire appliquer des décisions d'exécution en nature, que le droit romain s'était toujours cantonné aux sanctions monétaires.

le droit commun, en dommages-intérêts. Seule l'intervention de l'équité a, ici comme ailleurs, permis de contourner la rigidité de la common law.

Dans le même ordre d'idées, l'*equity* a reconnu un nouveau « remède », l'injonction, en cas de continuation ou de répétition de certains délits civils spécifiques (notamment ceux de *trespass to land* et *nuisance*) – venant s'ajouter aux traditionnelles sanctions monétaires. Mais ce qui est remarquable en la matière est moins la manière dont l'équité a réformé les règles de certains *torts*, que celle dont elle a créé de toutes pièces de nouveaux délits civils, généralement connus sous le nom d'*equitable wrongs*. Autrement dit, elle a consenti à sanctionner des devoirs qui n'étaient pas reconnus par la common law, permettant ainsi de remédier à leur violation alors même que l'autre versant du droit prétorien ne donnait aucune cause d'action. C'est ainsi que, dans le cadre d'un certain nombre de relations professionnelles, l'*equity* a reconnu un devoir de respecter la confiance (*confidence*) placée en soi par l'autre partie. La violation de ce devoir constitue alors le délit de *breach of confidence*. Rien, à part ses origines procédurales, ne permet de le distinguer des autres *torts* ; mais pour des raisons historiques il n'est jamais appelé par ce nom, ni ne trouvera sa place dans un manuel de *law of tort*.

Ces quelques exemples issus de trois des principales matières du droit privé ne sont bien sûr pas exhaustifs : de par sa nature même, l'*equity* s'étend à tous les continents de l'ordre juridique.

II. Arbitres verts et arbitres rouges

La coexistence du droit strict et de l'équité n'a de sens que dans un système juridique où il existe deux autorités distinctes pouvant être source de droit – une seule autorité ne saurait en effet être divisée contre elle-même. La métaphore employée par M^{me} Worthington, celle des « arbitres verts » et des « arbitres rouges », est à cet égard très parlante. Dans le cas du droit romain, il s'agissait des comices (ou, par le biais du plébiscite, de la plèbe elle-même) et du préteur ; dans celui du droit anglais, des cours de common law (suppléées par le Parlement) et de celles d'*equity*. La Court of Chancery, la plus importante de ces cours, a été instituée pour permettre de remédier à certaines injustices occasionnées par l'opération de la common law, notamment du fait de l'extrême rigidité des formes d'action qui

la structureraient, et en dehors desquelles le droit ne se reconnaissait aucune autorité pour intervenir dans un litige¹⁰.

Cette distinction entre deux ordres de juridiction s'est perpétuée pendant cinq siècles et a permis d'écrire quelques-unes des plus belles pages du droit anglais – même si elle a aussi donné lieu à des batailles mémorables, dont l'exemple le plus célèbre reste sans doute l'affaire dite de l'« Earl of Oxford » (1615), dans laquelle un jugement de Lord Coke, le Lord Chief Justice d'Angleterre et du Pays de Galles (c'est-à-dire le plus haut juge des cours de common law), fut attaqué devant la Court of Chancery par la partie perdante, qui réussit à obtenir du Lord Chancellor (le plus haut juge des cours d'*equity*), Lord Ellesmere, une injonction de ne pas appliquer le jugement premier. Coke répliqua en faisant libérer par une procédure d'*habeas corpus* les prisonniers condamnés par Ellesmere pour non-respect de l'injonction¹¹. En fin de compte, le roi Jacques I^{er} dut intervenir et, par le biais de son Attorney-General, Sir Francis Bacon (lui-même grand rival de Coke), donna raison au Chancelier, établissant ainsi définitivement le principe de la suprématie de l'équité sur le droit strict¹² : en cas de conflit entre arbitres verts et arbitres rouges, c'est la décision de ces derniers qui doit prévaloir.

¹⁰ Après avoir, pendant longtemps, créé de nouvelles formules d'action au fur et à mesure que le contentieux se développait, afin de répondre aux demandes nouvelles des plaignants, la Chancellerie royale se vit imposer vers le milieu du 13^e siècle des conditions drastiques à toute nouvelle expansion des *writs* (Provisions d'Oxford, 1258). Il faudra un siècle aux cours de common law pour trouver la parade leur permettant de contourner cette restriction procédurale : ce fut l'action dite de *case* (ou *trespass upon the special case*), par le biais de laquelle les plaignants se voyaient autorisés à plaider le caractère délictuel de n'importe quelle situation de fait – là où toutes les actions de la première génération étaient limitées à la lésion d'un type d'intérêts particulier. Mais l'*equity* avait entre-temps pris son envol, sous la pression des parties défaites en appelant directement à la justice du Roi contre les décisions de ses tribunaux. Sans les Provisions d'Oxford, ou si l'action de *case* avait été développée plus tôt, la juridiction d'équité n'aurait peut-être jamais vu le jour.

¹¹ Aujourd'hui encore, la désobéissance à un jugement d'une cour, ou le fait par exemple d'insulter en public un de ses juges, constitue l'infraction de *contempt of court*, qui rend en théorie son auteur passible d'emprisonnement.

¹² Principe qui, même s'il n'était pas mentionné explicitement, est consubstantiel à l'idée même d'équité en tant que corps de droit second : celle-ci n'aurait en effet aucune raison d'être si ses décisions ne permettaient pas de réformer le droit strict, et ne s'imposaient donc à lui.

Parallèlement à l'abolition des formules d'action, la deuxième moitié du 19^e siècle – ère d'ébullition au cours de laquelle le droit anglais moderne a émergé des ruines du système médiéval – a vu la fusion des cours de common law et d'*equity*. Par les *Judicature Acts* de 1873 et 1875, les deux ordres de juridictions sont devenus un. Il y a donc eu fusion *procédurale*, mais non substantielle, du droit strict et de l'équité : les deux corps de droit demeurent, mais les tribunaux sont unifiés. Dorénavant, ce sont donc les mêmes cours qui vont appliquer les deux systèmes de règles. La cour unique se retrouve ainsi dans une situation paradoxale où elle possède deux chapeaux, l'un vert et l'autre rouge, et ces deux chapeaux constituent les deux sources d'autorité hors desquelles, on l'a dit, la distinction même entre common law et *equity* n'aurait pas de sens : le juge commun se voit donc forcé, le cas échéant, de penser contre lui-même. L'on crut un temps, à la fin du 19^e siècle, que cette fusion des cours avait aussi entraîné celle des règles. Mais il apparut rapidement qu'il n'en était rien : l'équité continuait bel et bien à exister.

III. *Equity* et taxinomie du droit anglais : l'argument en faveur de la fusion

La distinction de fond demeurant, il existe aujourd'hui encore au sein du droit prétorien anglais (que, d'une manière trompeuse, on appelle également common law, mais cette fois-ci dans un sens plus large¹³) des règles issues de la common law au sens strict et d'autres de l'*equity*. Si l'on en revient à nos sources procédurales du droit interne mentionnées au début de cet article, nous trouvons donc, aux côtés de la *statute law*, la common law et l'*equity*.

Il suffit d'un instant de réflexion pour se rendre compte que cette division ne nous apprend strictement rien sur la substance du droit : n'importe quelle règle peut venir, en principe, de n'importe laquelle de ces trois sources ; et les regrouper ne nous est d'aucun secours. Personne n'aurait ainsi idée d'écrire un traité, ou de proposer un cours d'université, sur le droit législatif en tant que tel, passant en revue tout le droit d'origine parlementaire depuis le Moyen Âge jusqu'à nos jours ; ou sur la common law, examinant tous les arrêts rendus par la Chambre des Lords et les cours inférieures

¹³ Le sens encore plus étendu de « tradition juridique issue du droit anglais » n'ayant émergé que plus tard.

depuis les Normands. Non seulement la tâche serait colossale, mais elle serait à l'évidence une perte de temps et d'intelligence abyssale. On n'aurait pas plus idée de décrire le droit en le divisant, par exemple, selon la date d'apparition de la règle : « droit de 1945 », « droit de 1946 », etc. Ce serait absurde.

Et pourtant, c'est exactement la situation dans laquelle se trouve l'une de ces trois sources de droit, à savoir l'*equity*. Il existe ainsi des manuels appelés *Equity*, de même que des cours d'université intitulés « *Equity* ». On ne peut saisir l'enjeu de la fusion entre common law et *equity*, et par ricochet celui du livre de Sarah Worthington, que si l'on a au préalable saisi le caractère *a priori* invraisemblable d'une telle catégorisation du droit. Pour reprendre la métaphore animalière chère à Peter Birks, diviser le droit en, par exemple, *constitutional law*, *administrative law*, *land law*, *personal property*, *contracts*, *torts*, *unjust enrichment* et *equity* (pour prendre une liste complètement arbitraire), revient au même que dire que tous les oiseaux sont soit blancs, soit bleus, soit gris, soit jaunes, soit noirs, soit herbivores : la classification change de direction au milieu du gué, et se détruit donc elle-même. L'équité apparaît pour cette raison comme un intrus processuel au sein d'un ordre juridique organisé autour des grandes catégories du droit matériel.

Certes, il est exact que ce corps de droit défini de manière procédurale qu'est l'*equity* a donné naissance à des institutions juridiques matérielles que l'on peut examiner par et pour elles-mêmes – au premier rang desquelles, on l'a dit, se trouvent les *trusts*. Telle est d'ailleurs l'importance de cette matière que la plupart des manuels dits d'*equity* sont en réalité des manuels consacrés au droit des *trusts*, agrémentés d'une introduction historique et de quelques appendices divers¹⁴ : lorsque l'on parle d'« *equity* », on veut alors parler du « *trust* », qui est une institution juridique aussi autonome et stable que, par exemple, le contrat (*contract*) ou le délit civil (*tort* ou *wrong*), et donc un objet d'étude parfaitement légitime. Dans ce cas, le problème n'apparaît comme guère plus qu'un problème de terminologie, sans grande incidence sur la substance du droit. Mais cette

¹⁴ Voir, par exemple, le manuel de référence de Harold HANBURY et Jill MARTIN, *Modern Equity*, 17^e éd. par Jill MARTIN, Londres, Sweet and Maxwell, 2005, manuel organisé de la manière suivante : I. Introduction, II. Trusts and Powers, III. Trustees, IV. Miscellaneous Equitable Remedies and Doctrines.

remarque est loin de suffire à faire s'évanouir le problème. Un manuel d'*equity* voulant réellement parler d'*equity* (en tout cas de ses principaux éléments, puisqu'il ne serait pas pensable d'être exhaustif), ainsi du classique manuel des trois juges australiens Meagher, Gummow et Lehane¹⁵, va nécessairement se trouver confronté à un problème de structure : comment organiser des principes de droit qui touchent à toutes les provinces de l'ordre juridique, et dont le seul point commun est d'avoir vu le jour à l'occasion des décisions de cours d'*equity*? Un simple coup d'œil au manuel en question suffit à montrer que, à l'évidence, le problème n'a pas été résolu de manière satisfaisante. Un coup d'œil un peu plus prolongé révèle d'ailleurs qu'il n'a apparemment pas été identifié – en tous les cas, qu'il a été complètement ignoré¹⁶.

Que faire? La réponse de Sarah Worthington est aussi simple que spectaculaire : il faut, nous dit-elle, en finir avec l'*equity*. En finir, non pas en tant que source de droit (cela n'est pas possible sans réforme législative profonde, et il resterait d'ailleurs à démontrer que cela soit souhaitable) ; mais en tant que catégorie autonome de l'ordre juridique¹⁷. Les juristes doivent cesser de penser l'*equity* en tant que telle. L'équité devrait par conséquent être fusionnée avec le droit strict, représenté par le droit législatif et la jurisprudence des cours de common law. « *The most productive course of action* », écrit-elle, « *is to take all the learning, from both equity and the common law, and attempt to map it into a coherent analytical structure* »¹⁸. Autrement dit, il faut briser l'unité factice de l'*equity* et, à l'instar du droit législatif ou de la common law, en redistribuer les morceaux dans la catégorie substantielle à laquelle ils appartiennent, en suivant pour ce faire le schéma institutionnel de base auquel, *volens nolens*,

¹⁵ Roderick MEAGHER, William GUMMOW et John LEHANE, *Equity: Doctrines and Remedies*, 4^e éd. par Roderick MEAGHER, John HEYDON et Mark LEEMING, Sydney, Butterworths LexisNexis, 2002. L'ouvrage exclut en réalité les *trusts* de son champ d'étude, qu'il définit comme étant « tout le reste de l'équité ».

¹⁶ Voir à ce propos la recension de Peter BIRKS, (2004) 120 *L.Q. Rev.* 344.

¹⁷ En ce sens, il nous semble préférable de parler d'*intégration* que de *fusion*, même si nous avons conservé ici le terme de « fusion », qui est celui consacré par l'usage.

¹⁸ S. WORTHINGTON, *op. cit.*, note 1, p. 293. Il faudrait bien sûr leur ajouter le droit parlementaire et le droit européen : une intégration partielle n'aurait guère de sens.

le droit anglais s'est rallié après l'abolition des formes d'action¹⁹ : ainsi, les morceaux se rapportant au droit des contrats iraient dans le droit des contrats, ceux concernant le droit des *torts* dans le droit des *torts*²⁰, ceux ayant trait aux principes généraux du droit dans les ouvrages généraux de droit, etc.

Dans une large mesure, bien sûr, cela est déjà le cas. Aucun manuel de droit des contrats n'aurait aujourd'hui l'idée de faire l'impasse sur le « remède équitable », la sanction accordée par l'*equity*, que constitue l'exécution en nature – pas plus qu'on aurait idée de passer sous silence les réformes législatives en la matière ou les règles d'origine européenne, au motif qu'elles seraient précisément d'origine législative ou européenne, et appartiendraient donc de ce fait à la catégorie « droit législatif » ou « droit européen », et non au « droit des contrats ». Autrement dit, le droit matériel des contrats (pour ne prendre que cet exemple) a déjà réalisé cette fusion entre son cœur, constitué historiquement des jugements des cours de common law, et ses différents « appendices » comprenant les règles législatives, européennes ou d'*equity* en la matière. Et bien sûr, la chose est tellement logique que personne ne songerait à y redire ; c'est la solution inverse qui serait, pour reprendre l'expression de Birks, « *maddeningly inconvenient* »²¹.

Cette fusion entre common law et *equity* dans le traitement des différentes matières juridiques est donc, dans une certaine mesure, déjà réalité. Mais l'opération est loin d'avoir été finie. Pour ne citer à nouveau qu'un seul exemple, les « torts d'équité » (*equitable wrongs*) continuent à se voir rejeter des manuels de *torts* et à devoir se trou-

¹⁹ Il ne nous est pas possible d'examiner ici pourquoi la structure romaine, dans une forme modernisée, est la meilleure armature possible pour le droit anglais. M^{me} Worthington l'admet sans discussion. On pourra trouver quelques arguments dans notre article : Eric DESCHEEMAERKER, « Mapping the Common Law: On a Recent English Attempt and its Links with Scottish Jurisprudence », (2003) 115 *Juridical Rev.* 295.

²⁰ Qu'il faudrait au passage renommer « *wrongs* », le terme « *tort* » ayant progressivement acquis le sens restreint de délit civil ayant ses origines procédurales dans la common law. En finir avec la catégorie des « *torts* » est d'ailleurs une des meilleures choses qui pourraient arriver au droit anglais des obligations. Au passage, cela permettrait au droit français (et aux droits apparentés) de se réapproprier le mot, qui sonne aujourd'hui comme un anglicisme alors qu'il s'agit en réalité d'un gallicisme en anglais. « Tort » est le meilleur mot dont nous disposions en français pour désigner un acte illicite civil quelconque.

²¹ P. BIRKS, *loc. cit.*, note 16, p. 344.

ver une place sur les rayonnages consacrés à l'*equity*, alors que rien ne les distingue au fond. Certes, dans une avancée audacieuse, *Clerk & Lindsell on Torts*, l'ouvrage pratique de référence, a introduit le délit civil équitable de *breach of confidence* dans sa 16^e édition en 1989, puis celui de *breach of fiduciary duty* dans l'avant-dernière édition (2000)²². Mais ces deux pas en avant – que la doctrine a d'ailleurs complètement manqué de souligner – ont été immédiatement suivis d'un pas en arrière, les directeurs de l'ouvrage s'empressant de signaler dans leur préface que ces *equitable wrongs* ne pouvaient pas « à proprement parler » être « considérés comme des *torts* »²³, ce qui n'est vrai que parce que le mot « *tort* » n'a plus aujourd'hui le sens qu'il devrait avoir – et ce, précisément à cause de la distinction arbitrairement posée il y a un siècle et demi entre ces deux types de délits civils.

Paradoxalement, le fait que cette fusion plaidée par l'auteur entre common law et *equity* ait déjà commencé rend le programme de M^{me} Worthington non pas moins, mais bien *plus* urgent. Pourquoi ? On l'a dit, le maintien de l'équité comme catégorie juridique autonome, enseignée aux côtés de celles de *contracts*, de *torts* ou encore de droit administratif, est absurde. Mais il y a une chose pire qu'un système absurde : c'est un système incohérent dans son absurdité. Si une barrière étanche avait été érigée entre la common law et l'équité, une certaine logique aurait été conservée au système. On saurait alors qu'après avoir étudié une matière, il faudrait systématiquement aller chercher l'éventuel appendice équitable pour voir si l'*equity* ne venait pas changer la réponse obtenue. Mais tel qu'il est, à cheval entre deux paradigmes, le système est confus en plus que d'être inepte. Il apparaît donc impossible de défendre le *statu quo*.

Cette situation illustre une nouvelle fois l'inquiétante indifférence de la common law anglaise à sa propre structure ; et c'est la détermination raisonnée de l'auteur à y mettre un terme qui rend l'ouvrage de Sarah Worthington remarquable. C'est un fait que le droit anglais, après avoir été structuré par les formules d'action

²² Toutefois, les éditeurs ont supprimé le chapitre consacré à ce dernier dans l'édition la plus récente, même s'ils ne l'ont pas exclu en principe du champ du livre : Anthony DUGDALE, Michael JONES et autres (dir.), *Clerk and Lindsell on Torts*, 19^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 2006, p. 5.

²³ Anthony DUGDALE et autres (dir.), *Clerk and Lindsell on Torts*, 18^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 2000, p. 8.

jusqu'au 19^e siècle, s'est tourné à contre-cœur vers le schéma institutionnel romain lorsqu'il lui a fallu trouver une structure de rechange : c'est la raison pour laquelle nous avons aujourd'hui des manuels de « *contracts* » et de « *torts* », non de « *debt* » et de « *trespass* ». Mais il a suivi ce chemin de manière imparfaite, inavouée et, le plus souvent, inconsciente, contribuant ainsi à la confusion actuelle. « *Equity* » est une catégorie qui n'a pas de place, et ne peut pas avoir de place, dans un schéma institutionnel, même remanié par le *mos anglicanus* : la catégorie ressortit à une division du droit selon la source formelle, et est donc du même ordre que « droit législatif », « common law », « droit européen » ou encore « droit international ». Un système est condamné à perdre sa cohérence s'il mélange des catégories définies selon des logiques différentes. Il lui faut impérativement choisir.

Dans la mesure où un système fondé sur la source de la règle serait d'une absurdité patente, il ne saurait constituer une alternative à la solution actuelle (certes elle-même loin d'être parfaite). Il s'ensuit fatalement que l'*equity* doit disparaître de la carte. Il faut applaudir Sarah Worthington non seulement d'avoir soutenu cette thèse, qui en soi n'est pas révolutionnaire, mais surtout, de manière beaucoup plus concrète, d'avoir commencé ce travail de détricotage de l'*equity* au profit des grandes catégories substantielles du droit, ce qu'elle a fait en suivant le modèle romaniste et en s'intéressant donc successivement au croisement de l'*equity* avec les catégories de « *property* », « *contracts* », « *civil wrongs* » et « *unjust enrichment* »²⁴. Ces quatre catégories, « biens », « contrats », « responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle » et « enrichissement injustifié » n'épuisent certes pas le contenu de l'*equity* ; mais il ne reste guère au-delà qu'un fourre-tout que l'on pourrait appeler « *miscellany* » (« divers »), et dont l'existence n'a pas lieu de nous inquiéter.

²⁴ Il y a toutefois un léger problème d'articulation dans cet agencement, « *property* » représentant un type de droits, les droits réels, sur le même plan qu'« *obligations* », c'est-à-dire les droits personnels ; alors que les trois autres catégories désignent des *causes* de droit, autrement dit des événements auxquels l'ordre juridique attache comme conséquence la création d'un droit, certes généralement de type personnel, mais qui pourrait tout aussi bien être un droit réel.

IV. Réponse aux objections

Peut-on s'opposer à ce programme de réforme ? Au vu de ce qui précède, il semblerait que non. Pourtant, nombreux – majoritaires, en réalité – sont ceux qui le croient. Leurs arguments, lorsqu'ils ne convoquent pas la nostalgie d'un temps révolu, tournent généralement autour de l'idée que les deux corps de droit fonctionnent de manière différente, fondés qu'ils sont sur des valeurs opposées et utilisant des logiques distinctes. M^{me} Worthington consacre un chapitre de son livre à réfuter ces arguments et montre, de manière fort convaincante à notre sens, que les dichotomies invoquées par les adversaires de la fusion, qui se réfèrent en l'espèce à une « *fusion fallacy* », sont des caricatures de la réalité. Cela ne veut pas dire bien sûr que ces arguments soient sans valeur, mais simplement qu'il n'est pas possible de s'en servir pour rejeter *a priori* toute idée de fusion-intégration. La réalité est beaucoup plus nuancée et doit donc être examinée en tant que telle.

Un simple exemple permet d'illustrer ce point. Ainsi, une idée reçue est que la common law imposerait ses sanctions, en général l'allocation de dommages-intérêts, de *droit* (pourvu bien sûr que les conditions légales fixées à l'avance soient réunies) ; alors que l'*equity* conserverait toujours un pouvoir discrétionnaire d'allouer ou non un « remède », en prenant en compte la situation globale des parties. Cela, dit-on, est dans la nature de l'équité, qui existe pour rendre justice aux parties – et l'idée sous-jacente semble être que l'on ne peut être juste qu'en adaptant les règles à chaque cas d'espèce (d'où, d'ailleurs, l'accusation d'arbitraire lancée contre le système par John Selden au milieu du 17^e siècle : « *equity varies with the length of the Chancellor's foot* »). Cependant, non seulement ce caractère purement discrétionnaire de l'équité n'est absolument plus vrai de nos jours, mais la common law aussi s'arroge le droit de refuser de sanctionner un droit lorsque cela lui apparaît déraisonnable. Sarah Worthington reprend ici l'exemple, bien connu des étudiants en droit des contrats, de la piscine défectueuse : si mon co-contractant a construit dans mon jardin une piscine profonde de 2 m 80 au lieu des 3 m spécifiés, la common law refusera de m'accorder des dommages-intérêts équivalant au coût du remplacement du bassin non-conforme par un bassin conforme à mes attentes contractuelles, ce qui est pourtant la règle en la matière. Tout ce que je pourrai obtenir en l'espèce est une sanction pécuniaire pour le préjudice d'agrément (*loss of amenity*) consécutif à la mauvaise exécution contractuelle par l'autre partie. L'argument selon lequel l'*equity* est

là pour remédier à la rigidité de la common law, et doit donc en demeurer distincte, est en retard d'au moins quatre siècles sur la réalité.

Il n'est donc pas possible d'opposer systématiquement common law et *equity*. Or, si l'argument *a priori* de l'impossibilité de fusionner les deux corps de droit tombe, il nous semble que la charge de la preuve devrait être renversée : aux partisans du *statu quo* de prouver la supériorité de la situation actuelle. La séparation du droit prétorien entre droit strict et équité n'est évidemment pas neutre, et elle se doit donc d'être justifiée. Comme toutes les divisions procédurales, elle a un coût : il faut tracer la ligne de démarcation, la faire respecter, et organiser l'appareil juridique et judiciaire de chacun des deux côtés : règles différentes, procédures différentes, avocats spécialisés, etc. Une comparaison peut être faite à cet égard avec la séparation entre juridictions judiciaires et juridictions administratives en droit français, même si la division anglaise est bien plus coûteuse parce qu'elle s'applique potentiellement à toutes les situations de fait, et donc à tous les litiges. Face à ces coûts rien moins que négligeables, quels sont les bénéfices ? Ils nous apparaissent à peu près inexistantes. La rationalité du système est purement historique : l'équité est née au Moyen Âge de la rigidité des formules d'action, qui rendait en certains cas injustes les solutions apportées par le droit strict. Les formules d'action ont été abolies, et la common law n'est aujourd'hui pas plus rigide que l'*equity* ; elle l'est même parfois moins. Il s'ensuit logiquement que cette dernière a perdu sa raison d'être. Par un phénomène d'hystérésis, fréquent en droit, l'effet demeure après que la cause a disparu. Mais il s'agit là d'une situation anormale, à laquelle il faudrait remédier.

Bien sûr, M^{me} Worthington n'est pas la première à avancer la solution de la fusion. Le grand Frederic Maitland avait déjà proposé il y a près d'un siècle ce programme de fragmentation et de redistribution de l'équité (qu'il définissait comme « une collection d'appendices ») parmi les différentes catégories substantielles du droit²⁵. Plus récemment, Peter Birks (qui était d'ailleurs éditeur de la *Clarendon Law Series* au moment de la publication d'*Equity*) avait commencé à explorer l'articulation des règles de l'équité avec les catégories

²⁵ Voir : Wesley HOHFELD, « The Relations Between Equity and Law », 11 *Mich. L. Rev.* 537 (1913).

romanistes autour desquelles s'organise le droit strict²⁶. Mais le présent ouvrage, qui s'attaque pour la première fois à ce projet de manière systématique, constitue un jalon d'une importance considérable dans ce processus qui, nous l'espérons, conduira à terme le droit anglais à se réapproprier sa structure.

Il serait toutefois naïf de croire que ce petit livre suffira à venir à bout des conservatismes. Aussi grande que soit l'autorité de l'auteur (et celle de la *Clarendon Law Series* et de son défunt directeur), il en faudra à l'évidence bien plus pour réformer un droit anglais intrinsèquement conservateur. Mais à l'inverse, il est faux de croire que ce qui a toujours été est condamné à demeurer, et que ce genre de tentative, même si elle peut se justifier en principe, est en réalité vaine. Il ne faut jamais oublier en effet la dimension historique du droit, qui contient en elle non seulement la possibilité, mais la quasi-certitude du changement. Mieux, nous avons en la matière, avec les États-Unis, un exemple historique de réunification au sein de la tradition de common law. Après avoir amené cette séparation dans leurs malles, comme tout le droit de la métropole, les colons américains, devenus indépendants, ont en effet décidé de s'en défaire – dans un processus volontaire de distanciation d'avec Londres qui a conduit les États-Unis, à la fin du 18^e et au début du 19^e siècle, à se tourner vers la tradition romaniste. La Nouvelle-Angleterre a entraîné dans son sillage la quasi-totalité (mais non l'intégralité) des États américains. Aujourd'hui, dans un contraste frappant avec l'Angleterre, la plupart des juristes de ce pays ont perdu jusqu'à la mémoire de l'ancienne séparation. Le droit évolue; et le progrès demeure donc une possibilité. Si l'Angleterre en vient à suivre le chemin de ses colonies rebelles, Sarah Worthington aura droit à une place de choix dans l'histoire de cette réunification.

*

* *

Le droit anglais est, depuis la fin du 19^e siècle, un champ de bataille entre ce que l'on pourrait appeler *anciens* et *modernes*, partisans de la tradition et réformateurs désireux de surmonter les fantômes du passé actionnel. La question des relations entre common law et *equity*, droit strict et équité, après leur fusion procédurale, en

²⁶ Peter BIRKS, «Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy», (1996) 26 *Western Australian L. Rev.* 1.

fournit un exemple emblématique. Les modernes veulent tirer les conséquences du fait que nous sommes entrés, fort heureusement d'ailleurs, dans une nouvelle ère : il n'y a donc aucune raison que nous soyons condamnés à subir pour toute éternité les défauts hérités du système tel qu'il existait au milieu du règne de la reine Victoria – par exemple, l'irrationnelle double casquette que portent aujourd'hui les juges de *common-law-et-equity*. Les anciens, pour des raisons diverses, n'en veulent rien savoir. Nous avons tenté de montrer dans ces quelques pages, à travers le prisme spécifique de la taxinomie juridique, pourquoi l'intégration était une nécessité : l'argument découle essentiellement de l'absurdité de la catégorie d'« *equity* » au sein d'un droit anglais moderne organisé autour des grandes catégories du droit matériel. La raison est donc en cette affaire, croyons-nous, du côté des modernes – et avec la raison, la justice. Certes, ces modernes ont déjà marqué de nombreux points ces vingt dernières années, grâce notamment aux efforts infatigables de leur fer de lance, Peter Birks. Mais la bataille pour la réappropriation par le droit anglais de sa propre structure ne fait que commencer. Sarah Worthington, qui appartient au camp des modernes, doit donc être soutenue avec force. Il est même à espérer que son ouvrage, qui constitue un petit chef d'œuvre de cette pensée juridique anglaise *moderne*, parvienne à détruire son objet d'étude, et soit par conséquent le dernier livre dans l'histoire du droit anglais à s'appeler *Equity*.