
LE RECOURS AU CONCEPT D'EQUITE PAR LE JUGE DE LA FAMILLE

Stéphane KAUFFMANN

Mémoire présenté dans le cadre du Master 2 Droit
privé fondamental pour la discipline du Droit de la
famille

Soutenu le 21 juin 2016

Mention droit privé

Sous la direction de Monsieur Patrice HILT

PLAN

Partie 1 : Un difficile recours au concept d'équité par le juge de la famille	7
Chapitre 1 : Impossibilité de principe à recourir au concept d'équité en droit de la famille ..	7
Chapitre 2 : Le recours au concept d'équité par le juge de la famille permis par des renvois explicites.....	16
Partie 2 : Le droit de la famille, domaine propice au recours au concept d'équité	26
Chapitre 1 : Un recours par le juge de la famille à l'équité pour combler les lacunes de la loi	26
Chapitre 2 : Un recours au concept d'équité appelé à se développer en droit de la famille ..	35

Liste des principales abréviations

AJ fam.	L'actualité juridique : Famille
Al.	Alinéa
A.N.	Assemblée Nationale
A.P.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Bull.	Arrêt publié au Bulletin
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
D.	Recueil Dalloz
DP	Recueil périodique
Dir.	Sous la direction
Dr. fam	Revue Droit de la famille
Éd.	Édition
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
JCP G	La Semaine Juridique, édition générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF.	Presses Universitaires de France
Rep. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rep. Pr. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. Arb	Revue de l'arbitrage
RG	Répertoire général
RJPF	Revue juridique des personnes et de la famille
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Soc.	Chambre sociale de la Cour de Cassation

Carbonnier écrivait que l'équité « *se sent, elle ne se définit pas* »¹. Ainsi, notre première difficulté se dessine sans horizon lorsqu'on souhaite étudier le recours au concept d'équité par le juge de la famille.

Précisons d'ores et déjà qu'un concept est « *une représentation mentale abstraite et générale, objective, stable, munie d'un support verbal* »². Précisons que lorsque nous parlerons de la notion d'équité, nous viserons cette représentation générale.

Pour mieux cerner l'équité, il faut savoir que les auteurs posent les jalons de ce qu'elle représente par rapport au droit depuis l'Antiquité. Les philosophes et les juristes l'ont fait évoluer pour aboutir à l'équité contemporaine. Cette évolution représente un point très important car elle a permis non seulement d'en donner les sens, mais surtout ses différentes fonctions.

Certains de ces auteurs nous éclairent sur ces fonctions. Pour Aristote, l'équité ou EPIEIKEIA est « *un correctif de la justice légale* »³. Sa fonction première est donc corrective de la règle : elle comble les lacunes de la loi et écarte sa rigidité lorsque les circonstances le commandent, le cas échéant. Pour Cicéron, *l'équité est une source de droit*⁴. Chez les canonistes du 12^{ème} siècle, *Hostiensis définira l'équité comme « la justice tempérée par la douceur de la miséricorde »*⁵.

Ces quelques exemples nous montrent que la détermination du sens et des fonctions de l'équité a été longue. Quid de sa définition moderne ? Selon un dictionnaire des termes usuels, *l'équité est une « notion de la justice naturelle (...) [et une] vertu qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injuste »*⁶ ou encore « *la conception d'une justice naturelle qui n'es pas inspirée par les règles du droit en vigueur* »⁷. Les idées de ce qui est équitable et de justice prédominent.

La difficulté réside dans les sens plus nombreux du vocabulaire juridique. Selon le vocabulaire Cornu, le terme d'équité provient du latin *aequus* qui signifie égal, équitable.

¹ J. Carbonnier. *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in C. PERELMAN et R. VANDER (dir.), *Les notions à contenu variable en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p 99 s.

² ATILF (Analyse et traitement informatique de la langue française) et al., *Le trésor de la langue française informatisé [en ligne]*, disponible sur Internet: <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>

³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 14

⁴ CICERON, *Rhétorique à Herennius*, Livre II. XIII. 19

⁵ HOSTIENSIS, *Summa aurea*, 1, V, De Dispensationibus, vers 1250

⁶ *Le nouveau petit robert de la langue française*, 2010

⁷ *Ibid.*

L'équité répond à plusieurs sens différents. Ainsi, on retrouve la « justice fondée sur l'égalité », la « justice du cas particulier, effort pour rétablir l'égalité », l'« atténuation apportée au droit, à la loi en considération des circonstances particulières », la « manière de résoudre les litiges en dehors des règles de droit, selon les critères tels que la raison, l'utilité, l'amour de la paix, la morale » ou encore le « sentiment de justice » se rapprochant de « l'intime conviction ».

Tous ces sens doivent être retenus et surtout, aucun d'eux ne peut être rejeté. Un juge qui y recourt peut utiliser chacun de ces sens. Par exemple, pour corriger la règle, il pourrait utiliser son sentiment de la justice. L'équité permet donc de tempérer et de corriger les effets iniques d'une l'application mécanique d'une règle de droit à des circonstances particulières. A cette fin, il pourra également tenter de rétablir une égalité en mettant en balance les intérêts d'une partie avec l'application d'une règle. Ainsi, l'équité permet une recherche d'équilibre entre divers intérêts. Enfin, dans une certaine mesure, l'une des fonctions d'équité est une fonction normative.

Précisons d'ores et déjà qu'il faut exclure un terme qui se rapproche du concept d'équité. Nous ne prendrons pas en considération le respect à un procès équitable car il se distingue trop du recours au concept d'équité. Il s'agit du respect à un procès équitable c'est-à-dire un ensemble de règles destinées à permettre le « respect d'une procédure juste favorisant le prononcé de justes sentences »⁸. De son côté, le recours au concept d'équité est l'utilisation de ce concept par un juge, quel que soit le domaine.

A ce sujet, l'équité a été traitée dans de nombreux domaines et de diverses manières : le droit des contrats, le droit privé etc. Cependant, rares sont les écrits dans lesquels les auteurs se penchent sur le droit de la famille. La famille peut se définir comme « l'ensemble des personnes descendant d'un auteur commun et rattachées entre elles par le mariage et la filiation »⁹. Ainsi, il en découle que le droit de la famille concerne l'ensemble des règles patrimoniales ou extrapatrimoniales qui gouvernent la famille et les rapports de famille. Entendons par là tous les litiges qui peuvent survenir au sein des couples mariés ou non, les questions relatives au droit des successions ou encore les difficultés ayant trait aux enfants et aux parents, comme par exemple les obligations alimentaires, la filiation ou l'autorité parentale.

⁸ L. CADIET, L'équité dans l'office du juge civil, in Revue Justices, revue général de droit processuel, Justice et EQUITE, ss.dir. L. CADIET et S. GUINCHARD, Dalloz, 199, numéro spécial 9, p. 105

⁹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2010

Ces difficultés et litiges sont soumis au juge de la famille mais qu'entend-on par cette dénomination ? De manière étroite, le juge de la famille est le juge aux affaires familiales, juge principal et naturel de la famille mais la famille couvrant tant de domaines, le juge de la famille s'entend également de façon large. Ainsi, on retrouve le juge des enfants, le juge des tutelles, le président du tribunal de grande instance etc. On retrouve ainsi également l'ensemble des cours d'appels qui tranchent dans ce domaine ainsi que la Cour de cassation. Dans un sens plus large, nous pourrions entendre par juge de la famille toute personne à qui est attribuée la fonction de trancher un litige comme par exemple les arbitres.

De plus, le droit de la famille a d'original qu'il est continuellement mouvant et en constante évolution. En effet, la famille étant centrale dans notre société, le droit de la famille même est dépendant de son évolution. Plus encore, il s'agit d'une matière assujettie à l'évolution des mœurs, à la sociologie, à la politique, à l'économie, aux sciences biomédicales, à la religion ou encore à la philosophie.

Du fait de ces évolutions constantes, il peut arriver qu'« *il se crée rapidement un décalage entre le Droit et ce qui apparaît équitable. Ce décalage ne fera que s'accroître au fil du temps* »¹⁰. Le recours au concept d'équité semble être alors la manière de réduire ce décalage car le juge pourrait corriger, tempérer etc. la règle de droit pour adapter le droit en le combinant à « *son souci de dire le juste* »¹¹.

Un problème se dessine dans notre droit français car il existe une méfiance à l'égard de l'équité qui date du Moyen-Age. En 1298, le roi permet aux juges « *d'écarter une coutume jugée déraisonnable* »¹². Cela sera à l'origine de tant d'abus et d'excès qu'un dicton restera célèbre : « *Dieu nous garde de l'équité des parlements* ». En effet, le recours à l'équité peut être une source d'arbitraire car il s'agit d'un concept dont la perception est personnelle et variable d'une personne à l'autre. Ainsi une situation peut paraître inéquitable pour un juge et équitable pour un autre. Ce danger a été pris en compte par les fondateurs de notre système moderne car il se trouve que l'équité n'est « *jamais qu'un supplément à la loi positive* »¹³. A fortiori, cela limite très fortement son recours.

¹⁰ C. POMART, *La magistrature familiale*, L'Harmattan, 2003, p.110

¹¹ Ibid.

¹² D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

¹³ Ibid.

Aujourd'hui, la place de l'équité dans notre droit est par conséquent très restreinte. Nous pouvons alors nous demander légitimement si le juge de la famille peut recourir au concept d'équité et dans la positive, dans quels objectifs et par de quelles manières ?

Afin de répondre à cette question, nous nous préoccupons dans un premier temps de la difficile mais non impossible tâche pour le juge de la famille à recourir au concept d'équité (Partie 1). Dans un second temps, nous tenterons de démontrer que le droit de la famille est un domaine propice au recours au concept d'équité (Partie 2).

Partie 1 : Un difficile recours au concept d'équité par le juge de la famille

Le droit français connaît un principe général interdisant aux juges de recourir au concept d'équité (Chapitre 1). Ce principe est atténué lorsque le législateur permet ponctuellement des recours encadrés au concept d'équité de la famille (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Impossibilité de principe à recourir au concept d'équité en droit de la famille

Cette impossibilité résulte d'une interdiction générale posée dans notre droit (Section 1). Ce principe connaît une exception directe : l'amicable composition (Section 2).

Section 1 : Une interdiction générale de statuer en équité

L'interdiction, provenant de l'obligation de statuer en droit (Paragraphe 1) pousse parfois les juges de la famille à statuer différemment (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Mise en œuvre par le juge de la famille des seules règles de droit

L'article 12 du Code de procédure civile dispose en son premier alinéa que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »¹⁴. Outre l'obligation exclusive de statuer en droit, cet article a une conséquence considérable. En effet, l'alinéa premier « *sous-entend l'interdiction de statuer selon l'équité* »¹⁵.

De cette manière, notre droit se rapproche de la conception aristotélicienne. Michelle CUMYN écrivait à ce propos que « *l'équité et la loi s'opposent* »¹⁶. L'équité est le pendant du droit et sont tous deux contradictoires. Il faut en conclure que « *l'équité n'est pas une règle de droit* »¹⁷. Toutefois, nous nous apercevons qu'elles peuvent se confondre. Le juge de la

¹⁴ L'article 12 alinéa 1 du Code de procédure civile

¹⁵ Droit judiciaire privé, L. CADIET, E. JEULAND, LexisNexis, 8ème édition, 2013, p. 430

¹⁶ M. CUMYN, La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles, LGDJ, 2002, p.58

¹⁷ M. CUMYN, op. cit. p.60

famille doit statuer selon le droit et selon le droit positif, le « droit légiféré en vigueur »¹⁸. De manière anticipée, nous pouvons nous demander ce qu'il se passe lorsque le droit permet un recours à l'équité¹⁹ : le juge applique-t-il le droit ou l'équité ? Si le juge applique l'équité conformément à une règle de droit, il n'existe donc aucune contradiction avec l'alinéa de l'article 12 du Code civil.

Cette double règle, d'obligation de statuer en droit et d'interdiction de recourir au concept d'équité, est rappelée régulièrement par la Cour de cassation. A titre d'illustration, nous pouvons citer une décision qui nous intéresse particulièrement. Cette dernière nous enseigne que le juge de la famille doit également respecter cette règle.

La Cour l'a également rappelée à l'égard du juge de la famille en matière de divorce. Plus spécifiquement, cela avait trait aux pièces pouvant être présentées devant le juge aux affaires familiales. Par une décision de la Cour d'appel de Bourges, en date du 19 décembre 2001, elle a jugé que le juge aux affaires familiales ne pouvait « *statuer qu'en faisant application de la règle de droit et en se fondant sur les éléments de preuve qui lui sont soumis, mais qu'il ne saurait prononcer sur des considérations d'équité* »²⁰

Par conséquent, l'interdiction de statuer en équité joue également à l'égard du juge de la famille. Deux remarques doivent être formulées. D'une part, la prohibition est ferme et le juge de la famille ne devra pas, sauf si la loi le lui permet, faire apparaître des considérations d'équité puisqu'il rend « *la justice en droit, au moyen d'une décision soutenue par des motifs de droit* »²¹. Cela a toute son importance au regard des contrôles des cours supérieures car le juge n'échapperait pas à la censure dans le cas contraire. D'autre part, si le recours au concept d'équité est prohibé, il est évident que l'usage de l'équité objective l'est tout autant. Cette notion renvoie à la « *faculté d'élaborer une règle, un principe, de portée générale et impersonnelle* »²². De plus, cela est justifié et entériné par l'article 5 du Code civil²³ qui

¹⁸ C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000. p.69

¹⁹ Cf. infra p. 16 s.

²⁰ CA Bourges, 19 déc. 2001, RG n°01/00525 ; AJ fam. 2002 p.182

²¹ MARTZLOFF, *L'équité devant le juge civil français* in Justice, médiation et équité, Droit et démocratie, 1992, p. 57

²² C. ALBIGES, op. cit. p.68

²³ L'article 5 du Code civil dispose : « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* »

interdit les arrêts de règlements²⁴. Le juge de la famille ne peut pas créer de règle. Bien que le débat ne soit pas fermé²⁵, il n'en demeure pas moins que le juge de la famille ne peut normalement pas écarter le droit.

Cette interdiction peut entrer en opposition avec le fait que le juge, aux vues d'une situation donnée, pourra vouloir trancher selon son idée de justice et d'équité. Cela est d'autant plus vrai devant le juge de la famille puisque le droit de la famille est un droit touchant aux rapports humains, à la morale, à la sociologique etc. Le juge de la famille sera nécessairement amené à trancher selon ses opinions personnelles puisque relativement touchées par telle ou telle situation. Toutefois, cela étant interdit, une pratique a vu le jour sous le nom de syllogisme « *à rebours* »²⁶

²⁴ L'article 5 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n°1803-03-05 du 15 mars 1805 dispose : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »

²⁵ Cf. infra pp 41-42

²⁶ M.FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, (2^{ème} édition), Que sais-je, n°1808, Chap. V, L'argument en droit, III, Raisonner, 2014, p.80

Paragraphe 2 : La place d'un syllogisme « à rebours » au sein du droit de la famille

Le juge de la famille ne peut juger qu'en droit mais il ne peut ignorer le concept d'équité en droit de la famille. En effet, « *la notion d'équité est inhérente à l'acte de juger. (...). La règle de droit est le repère, la référence mais l'interprétation est souvent dictée par l'équité* »²⁷

Un problème demeure : si le juge de la famille veut éviter la censure sur le fondement de l'article 12 du Code de procédure civile, il doit déguiser son syllogisme pour dissimuler les considérations d'équité. En théorie, toute décision judiciaire doit se construire grâce au mécanisme syllogistique. Ainsi, le juge, à partir d'un fait et d'une règle, « *tire la conclusion d'un raisonnement et rend, ainsi, son jugement* »²⁸. Seulement, loin de la démonstration froide et mécanique d'Aristote, « *le juge est un homme, non pas une machine à syllogisme* »²⁹. Ainsi le syllogisme à rebours s'analyse comme logique : les juges exécutent l'opération à l'envers c'est-à-dire qu'ils « *commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à la règle de droit.* »³⁰ Ce syllogisme inversé se construit aux différentes phases du syllogisme. Ce peut être lors de la qualification des faits, « *au moment de l'appréciation des faits par le juge* »³¹, dans le choix de la règle etc.

La difficulté réside dans la motivation car les considérations d'équité ne doivent pas être apparentes. Cependant, les juges agissent avec délicatesse et dextérité et « *savent fort bien revêtir l'équité d'une forme juridique* »³². Le juge de la famille recourra à des arguments humains tout en les articulant avec des supports de droit : « *c'est tout un art et réciproquement d'ailleurs dans la rédaction des décisions de justice* »³³.

Dans un domaine où l'humain est au centre des préoccupations, n'est-il pas inéluctable pour le juge d'être amené à user d'un tel mécanisme ? Evidemment, nous ne pouvons pas donner d'exemples pour lesquels il est certain que le juge de la famille a recouru à un tel syllogisme. Cependant, nous pouvons vous présenter, et ce, en étant extrêmement prudent, une décision dans laquelle le syllogisme à rebours a pu être utilisé. Il s'agit d'un arrêt très récent en date du 31 mars 2016³⁴.

²⁷ Cf. annexe pp. 49 s.

²⁸ J. Van Compernelle, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, in Mélanges François Rigaux, Bruylant, 1993, p. 495

²⁹ J. CARBONNIER, Introduction, Paris, P.U.F., coll. « Thémis », 26ème édition, 1999, n°9, p.32

³⁰ J. CARBONNIER, *Introduction*, op. cit, n°9, p.33

³¹ D. BERTHIAU, *le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999, p. 314

³² D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, p.104

³³ Cf. annexe pp. 49 s.

³⁴ Civ. 1^{ère}, 31 mars 2016, 15-18.065, Inédit

En l'espèce, une épouse perçoit, en raison de la dissolution de la communauté, une somme d'environ 250 000 euros. La Cour d'appel décide de lui refuser une prestation compensatoire sur des considérations d'équité en raison de circonstances particulières sur le fondement de l'article 270 du Code civil. La chambre civile casse la décision car « *la liquidation du régime matrimonial des époux étant égalitaire* »³⁵, il n'y avait pas lieu de tenir compte de la part de communauté et qu'« *les circonstances de la rupture (...) n'apparaissent pas particulières au sens des dispositions précitées* »³⁶.

Cette décision donne davantage à l'épouse de ce qui fut décidé par les juges du fond. D'une part, en ne tenant pas compte des 250 000 euros, la disparité se creuse plus encore. D'autre part, en jugeant que les circonstances ne sont pas particulières, les chances d'avoir une prestation généreuse sont bien plus nombreuses. Même si ce peut paraître injuste pour le mari, l'épouse se trouve nettement plus avantagée. Il y a ainsi une transformation de la qualification des faits et cela en modifie certainement la solution du syllogisme.

Encore une fois, soyons prudent : il ne s'agit peut-être pas d'un syllogisme à rebours mais il semblerait que la décision soit plus équitable sur le plan de l'épouse. Cependant, si tel est le cas, cela est une preuve que la vision de l'équité est personnelle et diffère selon les juges.

Emettons une dernière remarque : si le juge de la famille use fréquemment d'un tel mécanisme, les avocats en droit de la famille ont tout intérêt à poursuivre des stratégies contentieuses pour faire infléchir le juge à recourir au syllogisme inversé lorsque les règles de droit ne vont pas dans le sens. Prudence, car en usant « *d'arguments humains pour cette matière (...), ils ne sont pertinents que lorsqu'ils les réfèrent à un support de droit* »³⁷

Le principe de l'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile n'est donc pas si robuste, d'autant plus qu'outre l'utilisation de ce syllogisme à rebours par certains juges de la famille, une exception est expressément prévue par l'alinéa 4 dudit article.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Cf. annexe pp. 49 s.

Section 2 : Le recours au concept d'équité par le juge de la famille par le biais de l'amicable composition

Faisant exception à l'interdiction générale de statuer en équité, l'amicable composition n'est possible qu'à certaines conditions (Paragraphe 1). Reste à savoir dans quelle mesure l'amicable composition a une place en droit de la famille (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le recours au concept d'équité encadré par des conditions strictes

Faisant suite à l'obligation de statuer en droit, l'article 12 du code de procédure civile alinéa 4 dispose que : « *Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* »³⁸.

Lorsque le juge est investi de la mission de statuer en amiable composition, il reçoit le droit de rendre sa décision en équité et sans observer les règles ordinaires de la procédure. Ainsi, il peut « *tempérer l'application stricte du texte de loi lorsque l'équité l'impose* »³⁹. Notons que le jugement rendu en amiable composition est un jugement libre de pression. En effet, « *les motifs de la décision échappent au contrôle de la Cour de cassation* »⁴⁰. C'est ce qu'avait jugé la cour de cassation dans un arrêt du 9 janvier 1979.⁴¹

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'équité peut être une source d'insécurité juridique et d'arbitraire. L'équité étant personnelle, une solution peut paraître, ou non, équitable d'un juge à l'autre. C'est pour cela que l'amicable composition est entourée de garde-fous.

D'abord, le juge ne peut pas décider de son propre chef de statuer en amiable compositeur. S'il voit que la solution du litige pourrait lui sembler inéquitable, seule la solution du syllogisme à rebours est envisageable. En effet, l'article 12 du code de procédure civile est très formel : ce sont les parties qui confèrent au juge le pouvoir d'y recourir. Plus encore, elles doivent le faire par un « *accord exprès* »⁴².

³⁸ L'article 12 alinéa troisième, selon la rédaction du décret du 9 septembre 1971

³⁹ C. ALBIGES, op. cit. p.240

⁴⁰ D'AMBRA D., *Conciliation et arbitrage in* GUINCHARD, S. (dir.) *Droit et pratique de la procédure civile*, 2014, Dalloz, coll. Dalloz action 2014, n°325.15

⁴¹ Com. 9 janv. 1979, n°76-14.963, *Bull. civ.* IV, n°11 ; D. 1979. 291, obs. Julien; D. 1980. 204 note Robert; Rev. arb. 1979. 468, note Loquin.

⁴² Soc. 20 mars 1996, Caisse nationale de garantie des ouvriers dockers (CAINAGOD) c/ SA Docks industriels et a.; n°93-19471, *Bull. civ.* V, n° 104, p. 71 ; JCP G 1997, n° 18, II, 22835

De plus, la deuxième condition nous posera plus de difficultés dans le cadre du recours par le juge de la famille. Les parties ne peuvent donner mission au juge de statuer en tant qu'amiable compositeur que pour les droits dont elles ont la libre disposition. Ainsi, même par accord, une partie « *ne peut pas donner pouvoir au juge d'écarter les prescriptions impératives* »⁴³. Pour rappel, il s'agit des droits auxquels une personne peut renoncer. On retrouve dans cette catégorie tous les droits touchant à l'état des personnes, des incapacités etc.

Que se passe-t-il lorsque le juge endosse le rôle d'amiable compositeur ? Cornu écrivait que « *le juge a mission de statuer ex aequo et bono : il demeure permis de trancher le litige par application des règles de droit, mais il acquiert spécifiquement vocation à écarter, en l'espèce, l'application du droit, pour donner au litige une solution équitable* »⁴⁴. Cela signifie que tout juge statuant en amiable compositeur se définit par le résultat de la solution : tant qu'elle est équitable, peu importe les moyens utilisés, droit ou équité. C'est en cela que réside également le danger puisque les parties pourraient être surprises par une solution qui n'est pas équitable à leurs yeux.

Ce danger a été soulevé et certains estiment qu'il faudrait prévoir un contrôle et « *même si la référence à la notion demeure facultative, plusieurs décisions récentes ont ainsi permis de préciser l'intérêt du contrôle de cette conformité. Le juge mais aussi l'arbitre (...) sont tenus de « confronter la solution qu'ils adoptent avec l'équité* »⁴⁵ comme l'indique une décision de la Cour d'appel de Paris »⁴⁶. Ce n'est pas notre avis puisque le juge est censé être souverain et indépendant lorsqu'il apprécie des faits. Le concept d'équité participant à cette appréciation souveraine, le juge ne devrait pas pouvoir être contrôlé.

Il y a donc une recherche d'aboutir à une solution juste, équitable, peu importe que la règle de droit le soit plus ou non. Si le recours à l'équité ne s'envisageait que par le résultat souhaité, alors recourir à la règle de droit suffirait. Le recours à l'équité par le biais de l'amiable composition est entouré d'un certain nombre de conditions qui contreviennent à l'application en droit de la famille. Intéressons-y nous.

⁴³ Soc. 20 mars 1996, Caisse nationale de garantie des ouvriers dockers (CAINAGOD) c/ SA Docks industriels et a. [arrêt 1350 P] ; n° 93-19471, *Bull.civ.* V, n°104, p.71 ; JCP G 1997, n° 18, II, 22835

⁴⁴ G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrétien p. 72

⁴⁵ Paris, 11 janvier 1996, D.1996, p.351, note E. LOQUIN ; *Rev. Arb.* 1996, p. 100, note E. GAILLARD

⁴⁶ C. ALBIGES, op. cit. p.248

Paragraphe 2 : Application trop restreinte pour le droit de la famille

Comme nous venons de le voir, l'une des conditions de l'amiable composition est la suivante: les parties ne peuvent donner mission au juge de statuer en amiable compositeur que pour les droits dont ils ont la libre disposition. C'est la raison pour laquelle une partie « *ne peut pas solliciter un jugement en équité pour les matières relatives à l'état des personnes, comme le droit du divorce par exemple* »⁴⁷.

Par conséquent, l'amiable composition est exclue du droit extrapatrimonial de la famille et ne serait possible qu'en droit patrimonial de la famille. Des parties peuvent demander au juge de la famille de statuer en amiable compositeur en matière de liquidation de régimes matrimoniaux, d'indivision, de succession ou même en matière de donation. Lorsqu'on étudie la jurisprudence, on trouve quelques traces de l'amiable composition en droit de la famille. On constate une distinction à opérer entre les juges étatiques et les arbitres.

En premier lieu, nous pouvons citer un arrêt de la cour de cassation du 24 mars 1993⁴⁸. En l'espèce, un homme décède et laisse pour lui succéder son épouse, son ex-épouse et sa fille née d'un premier mariage. Après dépôt d'un rapport d'expert pour le partage et après des supposées donations déguisées, l'épouse du *de cuius* et sa fille demandent au président du tribunal de statuer comme amiable compositeur en applicable de l'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile. Outre le pourvoi, qui avait trait au fait que la Cour d'appel était investie de la même mission d'amiable composition que le premier juge, cet arrêt démontre qu'il est possible de demander à un juge de la famille de statuer en l'amiable composition.

En second lieu, une partie peut donner à un tiers, autre qu'un juge étatique, le pouvoir de statuer en amiable compositeur. Le droit patrimonial de la famille connaît davantage de décisions même si elles ne sont guère plus nombreuses.

En matière de succession, la Cour de cassation⁴⁹ a pu se pencher sur la nature d'un acte⁵⁰ par lequel des héritiers chargeaient deux arbitres de faire l'inventaire des biens de la succession et de procéder à leur évaluation. Dans une autre affaire⁵¹, les héritiers du *de cuius* avaient nommés un tiers « *arbitre amiable compositeur [avec] le soin de procéder au partage de la succession* » du prédécédé. Egalement, nous pouvons noter, par exemple, une décision de la

⁴⁷ C. ALBIGES, op. cit. p.249

⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, n°90-22136, Bull. civ. I, n° 120 p. 80

⁴⁹ Civ. 2^{ème}, 7 novembre 1974, n°73-12190, Bull. Civ. II, n° 287 p. 239

⁵⁰ Il s'agissait d'un compromis car un litige portait « *sinon sur l'inventaire des biens du moins sur leur valeur* ».

⁵¹ Civ. 1^{ère}, 5 juin 1973, n°72-10870, Bull. civ. I, n°192, p. 173

deuxième chambre civile du 25 janvier 1963⁵² qui avait trait à « *la liquidation des droits matrimoniaux des parties après leur divorce* ». Cette affaire était intéressante puisque, s'agissant d'une « *évaluation et d'une attribution en équité* » des éléments de la communauté, les parties devaient se remettre à « *leur estimation souveraine* ».

Ces quelques exemples nous indiquent que l'amicable composition porte exclusivement sur le droit patrimonial de la famille. La seule solution pour permettre un tel recours en droit extrapatrimonial de la famille serait d'édicter de nouvelles dispositions. Cependant ce serait une solution malheureuse car un tel élargissement engendrerait un risque « *d'une décadence de l'institution matrimoniale en tant que l'un des piliers du droit de la famille ?* »⁵³.

De plus, il ne s'agit pas de juges étatiques dans la majorité des cas. De cette manière, le recours au concept d'équité par le biais de l'amicable composition par le juge de la famille se trouve extrêmement restreint. De plus, même si les parties confèrent au juge de la famille la mission de statuer en amiable compositeur, le recours à l'équité n'est pas obligatoire. En effet, il peut utiliser les règles de droit strict tant qu'il aboutisse à une solution équitable.

Par nos développements précédents, nous avons pu déterminer que le juge de la famille n'a guère de choix : il doit recourir à la règle de droit et uniquement à la règle de droit. Ce n'est qu'en trichant et en déguisant son raisonnement qu'il peut faire une place, peu glorieuse, au concept d'équité. De plus, l'exception de l'amicable composition, qui fait une place nette à l'équité, est réduite à peau de chagrin en droit de la famille du fait de ses traits caractéristiques.

Même si ce premier chapitre tend vers un difficile, sinon quasi-impossible recours au concept d'équité par le juge de la famille, ce recours n'est pas inconcevable. Comme nous l'avons indiqué, le législateur a coloré la loi de quelques touches d'équité et l'y renvoie en l'encadrant.

⁵² Civ. 2^{ème}, 25 janvier 1963, Bull. civ. II, n°87

⁵³ B. MALLEY-BRICOURT, *Arbitrage et droit de la famille in Droit et Patrimoine* 2002, n°104, p.61

Chapitre 2 : Le recours au concept d'équité par le juge de la famille permis par des renvois explicites

Il arrive que le droit permette au juge de la famille de recourir au concept d'équité par le biais du mécanisme du « renvoi explicite »⁵⁴. Par ce dernier, le législateur inscrit dans la loi les termes d'équité, d'inéquitable etc. *Ipsa facto*, le juge de la famille peut recourir légalement à l'équité. Tandis que la loi limite parfois le recours à l'équité par le biais de ses renvois (Section 1), les renvois permettent parfois des recours laissant une certaine marge de manœuvre au juge de la famille (Section 2)

Section 1 : Des renvois explicites limitant et encadrant le recours au concept d'équité par le juge de la famille

Par l'existence même des renvois, le recours au concept d'équité par le juge de la famille est limité (Paragraphe 1). De plus, ces recours sont strictement encadrés (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 : Les renvois limitant les recours du juge de la famille au concept d'équité

Le législateur les a voulus tant limités que limitant le recours et ce, pour de nombreuses raisons.

En premier lieu, le nombre de renvois explicites est un indicateur manifeste. D'une part, parmi les milliers de dispositions de droit strict, les renvois à l'équité sont rarissimes : trente-trois occurrences dans l'ensemble des codes et en des domaines multiples (pêche, sport, architecture etc.).

D'autre part, en droit de la famille, nous pouvons dénombrer trois utilisations du terme équité et une seule pour celui d'« inéquitablement » dans le Code civil. Le Code de procédure civile compte une seule fois celui d'« équité ». Pour résumer, le juge de la famille ne dispose que de cinq textes. Nous pouvons d'ores et déjà dire que le recours par le juge de la famille au concept d'équité est déjà doublement limité. D'abord, il n'est permis d'y recourir que dans ces cas précis et ensuite, l'équité est une fois de plus exclue de la matière extrapatrimoniale et ne concerne que le droit patrimonial de la famille.

⁵⁴ D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, p.101

En deuxième lieu, les renvois limitent le recours au concept d'équité par le juge de la famille par la place qu'occupent ces renvois. En effet, le législateur a voulu à l'évidence que le recours à l'équité soit exceptionnel.

D'abord, en matière de prestation compensatoire, le premier renvoi du Code civil est situé à l'article 270 alinéa 3. Depuis la loi du 26 mai 2004, la prestation compensatoire est de droit si certaines conditions sont remplies. Le renvoi à l'équité est placé en exception de cette règle en dernier alinéa afin de pouvoir refuser le versement. Egalement, en matière de convention homologuée, l'article 278, qui connaît également d'un renvoi explicite, prévoit de manière exceptionnelle le recours à l'équité à l'alinéa second⁵⁵.

De plus, lorsque l'équité n'est pas placée physiquement en exception, le recours au concept par le juge de la famille est limité par son vocabulaire. Les articles 270 alinéas 3 et 278 du Code civil usent du terme « *toutefois* » pour introduire l'usage de l'équité (pour refuser la prestation ou pour refuser l'homologation). Pour sa part, l'article 1579 du Code civil permet au tribunal de « *déroger* » en se fondant sur l'équité.

En troisième lieu, les renvois peuvent parfois limiter le recours au concept d'équité par le juge de la famille en amoindrissant la liberté du juge d'en user. Les renvois au recours d'équité s'accompagnent d'un certain nombre de termes freinant son usage. A cet égard, l'article 280-1 ancien du Code civil et abrogé par la loi du 26 mai 2004 prévoyait qu'un époux condamné aux torts exclusifs pouvait « *obtenir une indemnité à titre exceptionnel (...) si (...) il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation* »⁵⁶.

De même, l'article 1579 du Code civil illustre le manque de liberté d'appréciation du juge de la famille. Selon cet article, le tribunal peut déroger aux règles d'évaluation si leur application « *devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité* ». Si une application est « *manifestement contraire* », c'est que cela relève de l'évidence : cela signifie que la marge d'appréciation du juge est restreinte.

À quoi sert le pouvoir souverain du juge s'il ne peut agir que lorsqu'il valide une situation passablement évidente ? La même logique figure à l'article 270 du Code civil. Le juge a le pouvoir de refuser l'octroi d'une prestation compensatoire « *si l'équité le commande* ». Ici également sauf figure de style, on retrouve cette idée d'évidence qui commande au juge en dehors de son pouvoir d'appréciation.

⁵⁵ L'article 278 alinéa second du Code civil dispose : « *le juge, toutefois, refuse d'homologuer la convention si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux* ».

⁵⁶ L'article 280-1 ancien du Code civil selon sa rédaction issue de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975

Le juge de la famille peut se retrouver par moment limité lorsqu'il souhaite mettre en œuvre l'équité visée par les renvois et il faut préciser également que ces renvois, non content de limiter son recours, l'encadrent dans un certain nombre de carcans.

Paragraphe 2 : Les renvois encadrant les recours du juge de la famille au concept d'équité

Le législateur a entendu vouloir encadrer les recours au concept d'équité de plusieurs manières.

En premier lieu, les renvois encadrent le recours au concept d'équité en ce sens que seuls certains domaines sont visés. Ainsi, le juge de la famille dispose des articles 270 et 278 du Code civil en matière de divorce, de l'article 815-13 du même code en matière d'indivision et 1579 dudit code dans le régime de la participation aux acquêts. Plus encore, les domaines sont nettement plus restreints.

D'abord, la prestation compensatoire est une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Il arrive que, selon les situations, l'accorder semble inéquitable (même si une disparité existe). Le juge de la famille peut ainsi recourir à l'équité mais uniquement pour refuser une prestation qui serait de droit. Un domaine qui est, à notre sens, malheureusement trop étroit puisque le juge n'a pas « *la possibilité d'en accorder une lorsque les conditions objectives s'y opposent mais que l'équité le justifierait* »⁵⁷.

De plus, l'article 278 alinéa 2 ne laisse au juge que l'unique possibilité de refuser l'homologation si elle fixe inéquitablement les droits et obligations.

Ensuite, en matière d'indivision, l'équité ne peut s'appliquer que dans le seul cas du calcul d'indemnité due par l'indivision à un indivisaire. Plus encore, cela ne fonctionne que lorsque ce dernier a financé des travaux d'amélioration ou de conservation du bien indivis.

Enfin, l'article 1579 du Code civil vise le cas où les règles d'évaluation des patrimoines originaire et final de chacun des époux. Même s'il y a source d'insécurité tenant au concept d'équité, elle est canalisée en quelques endroits.

⁵⁷ Dr. fam. 2015, n°1, étude, le refus de la prestation compensatoire : panorama de jurisprudence, par G. KESSLER

En deuxième lieu, il y a parfois un encadrement des recours au concept d'équité par l'obligation d'y recourir à l'équité. Cela a pour conséquence de l'obliger d'y recourir dans certains domaines, le législateur espère-t-il que le juge s'abstienne dans d'autres ? Toujours est-il que le juge de la famille est obligé de recourir à l'équité du fait de deux renvois.

D'abord, il en va ainsi de l'article 700 du Code de procédure civile qui oblige le juge de la famille à systématiquement opérer un contrôle d'équité des situations qui lui sont présentées. En effet, le recours au concept pour les dépens n'est pas seulement obligatoire, mais est incontournable.

De même, l'article 815-13 du Code civil opère un renvoi de recours obligatoire. En effet, le législateur a bien choisi ses mots : « *il doit être tenu compte selon l'équité* » et « *il doit lui être pareillement tenu compte* ». Même si cela peut paraître trivial, la remarque selon laquelle le législateur oblige le juge de la famille par l'utilisation du verbe devoir à l'indicatif (valant impératif) est très importante : le recours à l'équité est en temps normal interdit⁵⁸ et le législateur a voulu l'encadrer en obligeant le juge à y recourir.

Enfin, nous pouvons dire que le renvoi limite le recours au concept d'équité dans les cas où le juge n'est pas maître du recours dans son initiative. Ainsi, l'article 1579, qui précise que « *c'est seulement à la demande de l'un des époux que le tribunal peut se fonder sur l'article 1579 pour corriger le dispositif légal* »⁵⁹, porte un certain coup à la liberté du juge. Nuancez nos propos car, une fois que les parties ont saisi le juge, il a tout pouvoir de corriger les règles d'évaluation des patrimoines originaire et final. Cela permet de combattre « *l'iniquité manifeste des résultats auxquels conduirait l'application fidèle des règles légales* »⁶⁰.

Les renvois explicites dont nous venons de voir qu'ils peuvent limiter le recours au concept d'équité par le juge de la famille, tant par leur place que par leurs vocables peuvent encadrer son travail d'appréciation en le privant de liberté. Cependant, il faut savoir que cette limitation n'est que restreinte, sinon illusoire, puisque les renvois aux recours autorisés de l'équité peuvent s'avérer être gage de liberté.

⁵⁸ Cf. supra pp. 7-9

⁵⁹ GRIMALDI M., Droit patrimonial de la famille, 2015/2016, 5ème édition, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, n°172.81 à 171.84.

⁶⁰ Ibid.

Section 2 : Des renvois permettant une marge de manœuvre certaine du juge de la famille

Les renvois explicites peuvent être à l'origine d'un recours étendu du concept d'équité (Paragraphe 1). Lorsque le juge de la famille use de ces renvois, des contrôles sont exercés par les juges supérieurs (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Ouverture et extension des recours autorisés par les renvois explicites

Trois domaines permettent un recours étendu où la marge de manœuvre du juge de la famille est importante.

En premier lieu, quelques remarques peuvent être soulevées en matière de prestation compensatoire. Le renvoi explicite en la matière a permis d'étendre le rôle de l'équité et de la prestation compensatoire par le même temps.

D'abord, le juge de la famille peut prendre en compte la liste non exhaustive de l'article 271 du Code civil. Il peut donc recourir à l'équité sans limite. Par exemple, en prenant en compte les « *choix personnels et communs des époux pendant le mariage* »⁶¹, son jugement en équité se verra ainsi valideur ou sanctionneur de ces choix. Le juge vérifiera, par exemple, si un choix est une « *décision de confort ou [constitue] un sacrifice non nécessaire et librement consenti* »⁶²,

Ensuite, grâce à la possibilité de prendre en considération les « circonstances particulières de la rupture », le juge de la famille a pu rendre la prestation compensatoire punitive. Toutefois, le législateur a eu la prudence de préciser dans une circulaire du 23 novembre 2004⁶³ qu'il faut interpréter de façon stricte la notion de circonstances particulières. Nous pouvons dire que le juge de la famille est respectueux de cette volonté puisque « *les juges appliquent effectivement avec parcimonie cette possibilité* »⁶⁴. En effet, la jurisprudence nous enseigne même qu'il faut que l'épouse (ou l'époux) cumule plusieurs fautes. Par exemple, sont particulières les circonstances où l'on constate l'abandon de ses enfants, la non-contribution à leur entretien et

⁶¹ Dr. fam. 2015, n°1, précit.

⁶² Ibid.

⁶³ Précision La circulaire du 23 novembre 2004 (Circulaire de présentation de la loi relative au divorce, du décret portant réforme de la procédure en matière familiale et du décret fixant les modalités de substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire : CIV 2004-16 C1/23-11-2004

NOR : JUSC0420849C) : « il résulte des débats parlementaires que le législateur a souhaité que la notion de « circonstances particulières de la rupture » ne recouvre que les situations les plus graves afin de ne pas réintroduire le lien entre la faute et la prestation compensatoire dont l'effet serait d'amoindrir la réforme. »

⁶⁴ Cf. annexe pp. 49 s.

l'inexistence d'efforts entrepris pour suivre une formation⁶⁵. Egalement, est retenu « *le fait pour le mari d'avoir une liaison avec l'employer de maison, qui vivant au foyer familial et avec laquelle il a eu un enfant* »⁶⁶ ou bien encore la conclusion de multiples crédits qui a conduit à la vente de la maison commune et à la condamnation à une peine d'emprisonnement de l'épouse⁶⁷.

Remarquons que ce renvoi explicite a l'intérêt d'avoir pu garder une trace du lien entre refus de prestation compensatoire et attributions des torts, supprimé par la loi de 2004. Ainsi, dans certaines situations précises, le juge de la famille peut rétablir ce lien et sanctionner certains comportements « délictueux ». C'est une solution heureuse et équitable et comme se le demande Nathalie NEFUSSY, « *comment par exemple, une épouse qui a quitté sans raison valable son mari et qui vit depuis de nombreuses années avec un concubin, peut-elle demander après coup à son mari une aide financière que son concubin ne peut plus lui fournir ?* »⁶⁸

En deuxième lieu, le juge de la famille a également une importante liberté en termes d'équité lorsqu'il use de l'article 700 du Code de procédure civile. Ce dernier dispose que « *le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer* » puis qu'en « *tous les cas, le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée* ». Ainsi, le juge prend en considération l'équité dans tous les cas qui lui sont présentés, qu'il souhaite condamner ou non : les dépens ont donc toujours vocation à être équitables.

Cela a son importance car comme cela a déjà été soulevé par un auteur, la « *répartition des dépenses en matière familiale* »⁶⁹ peut se révéler inéquitable puisque rendant couteux « *chaque acte d'exécution forcée* »⁷⁰. A notre sens, si le juge de la famille souhaite rendre sa décision plus équitable, les textes le lui permettent : en effet, d'une part, l'article 1127 lui permet d'en disposer autrement et d'autre part, l'article 700 alinéa 2 permet un recours direct au concept d'équité afin de ne pas condamner.

⁶⁵ Civ. 1ère, 8 juill. 2010: Bull. civ. I, no 165; D. 2010. 2952, note Mauger-Vielpeau; AJ fam. 2010. 492, obs. Siffrein-Blanc; Dr. fam. 2010, no 161, obs. Douris; RLDC 2010/75, no 3973, obs. Serra; RTD civ. 2010. 770, obs. Hauser.

⁶⁶ CA Paris, Pôle 3, ch. 2, 11 mars 2014, n° 12/17333 : JurisData n° 2014-004551.

⁶⁷ CA Rennes, 6e ch., sect. B, 24 juin 2014, n° 13/03367 : JurisData n° 2014-015854.

⁶⁸ N. NEFUSSY, Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'un devoir unique d'entraide conjugale, LPA 2009, n° 256

⁶⁹ Dalloz actualité, 3 juin 2010, C. ROTH

⁷⁰ Ibid.

En troisième lieu, en matière d'indivision, nous devons nous intéresser à deux points importants relatifs à l'équité.

D'abord, il y a une obligation de tenir compte de l'équité. De ce fait, le juge de la famille a indirectement recouru à l'équité lorsqu'il décide qu'une dépense est d'amélioration ou de conservation. Tel est le cas quand la Cour de cassation décide que des « *règlements d'échéances d'emprunts immobiliers (...) constituent des dépenses nécessaires à la conservation de l'immeuble indivis* »⁷¹. A fortiori, c'est également le cas lorsqu'il étend cette jurisprudence à un nouvel emprunt contracté seul faisant suite à la renégociation de l'emprunt originaire⁷². Il est aisé de comprendre que le juge de la famille recourt au concept d'équité lorsqu'on se demande ce qu'il serait advenu du bien sans cette initiative. En effet, un tel remboursement assure sa conservation car lui évite « *au final, la saisie du bien* »⁷³.

De plus, nous pouvons citer un arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2014⁷⁴ dans lequel « *l'équité a justement permis de moduler le montant de la créance* »⁷⁵. En l'espèce, un époux avait remboursé un emprunt contracté par l'ensemble du couple pour l'acquisition d'un ex-bien commun. Par l'application stricte du principe d'évaluation suivant la plus forte des deux sommes entre dépense faite et profit subsistant, la créance de l'indivisaire sur l'indivision s'élevait à 77,81% de la valeur du bien indivis alors qu'il avait payé au titre des remboursements seulement 55,62%. Grâce au renvoi de l'article 815-13 du Code civil, les juges ont pu « *corriger la rigueur de la règle en effectuant une pondération sur l'indemnité allouée* »⁷⁶. Le juge de la famille a décidé, en prenant en compte le poids de la créance sur l'actif net à partager, que la créance s'élevait à 62,50% de la valeur du bien. Il a donc pu tempérer une règle dont la stricte application serait « *apparue comme inéquitable* »⁷⁷.

Cependant, bien que le recours ait permis de diminuer ce déséquilibre, cet arrêt est une démonstration de l'usage arbitraire du concept d'équité. L'époux a droit à plus de la moitié de la valeur du bien mais comment le juge avait-il décidé d'un tel ratio et non davantage.

⁷¹ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 04-11524 *Bull. civ. I*, n° 284 ; D. 2006. IR, 1913 ; JCP 2006. I. 193, n° 23, obs.

Tisserand-Martin. Voir également Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, n° 13-18197, *Bull. civ. I*, n° 151

⁷² Com. 10 févr. 2015, n° 13-24659 ; D. 2015. 429 ; Defrénois flash 2 mars 2015, p. 13, n° 13, n° 127 ; Defrénois, 2015, n° 24, note A. Chamoulaud-Trapiers

⁷³ Defrénois, 2015, n° 24, note A. Chamoulaud-Trapiers

⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2014, n° 13-18197, *Bull. civ. I*, n° 151

⁷⁵ Defrénois, 2015, n° 24, note A. Chamoulaud-Trapiers

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

Paragraphe 2 : Une liberté d'appréciation des renvois explicites vérifiée par les contrôles existants

Lorsque le juge de la famille use des renvois explicites, les contrôles dont il peut faire l'objet tendent-ils vers une marge de liberté ? En étudiant la jurisprudence, deux renvois se sont avérés intéressants.

En premier lieu, en matière d'indivision, un contrôle existe suite à l'application de l'article 815-13 du Code civil. Comme nous l'avancions, le juge de la famille recourt doublement à l'équité en la matière. D'une part, lorsqu'il applique l'article puisqu'il en a l'obligation. D'autre part, de façon indirecte en décidant que telle dépense est une dépense d'amélioration ou de conservation les faisant ainsi tomber dans le giron de l'article 815-13.

Dans un premier temps, nous pouvons dire que la marge de liberté est importante pour deux raisons. D'abord, le contrôle de la Cour de cassation y est limité car elle a jugé qu'« *une cour d'appel apprécie souverainement que les travaux réalisés constituent une dépense nécessaire à la conservation du bien indivis* »⁷⁸. De plus, le juge de la famille est « *souverain dans son appréciation de l'équité [et] n'est pas tenu d'explicitier en quoi il est « équitable » de retenir un montant moindre que celui du profit subsistant pour l'indivision, mais supérieur à la dépense faite par l'indivisaire. Il doit seulement se référer à l'équité* »⁷⁹.

Dans un second temps, nous pourrions nous demander si la Cour de cassation n'opère par un contrôle indirect et si elle n'impose pas « *sa propre marque, son sentiment du « juste » et même de l'utile (...)* »⁸⁰ aux juges du fond. Telle est notre impression lorsqu'elle casse un arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas « *recherché, comme il lui était demandé, si ce solde correspondait à des dépenses nécessaires à la conservation de l'immeuble* »⁸¹. Aurait-elle voulu que ce solde soit une dépense de conservation afin que le recours fût obligatoire ?

⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, *Bull. civ. I*, n°228 ; D.2006. IR 1483 ; RTD civ. 2006. 542, obs. Hauser

⁷⁹ Defrénois, 2015, n°24, note A. Chamoulaud-Trapiers

⁸⁰ R.W. Richard OUEDRAOGO, La notion de devoir en droit de la famille, thèse, Bruylant, 2014, p. 263

⁸¹ Civ. 1^{ère} ; 24 septembre 2014, n°13-18197, *Bull. civ. I*. 2014, n° n° 151

En deuxième lieu, intéressons-nous à la prestation compensatoire et plus précisément aux cours d'appel puis à la Cour de cassation.

Dans un premier temps, on assiste avec étonnement à des contrôles, positifs, des cours d'appel sur les juges de première instance. Par exemple, nous pouvons citer une décision de la Cour d'appel de Bordeaux du 17 mai 2011⁸². En l'espèce, une épouse avait profité du fait que son mari travaille à l'étranger pour « *le tromper sexuellement puis pour imiter sa signature et le rendre débiteur à sa place* ». La cour d'appel a jugé : « *Comme le premier juge, la cour estime que l'équité commande(...) de refuser de lui accorder la prestation compensatoire sollicitée par elle* ». De la même manière, il est fréquent que les Cours d'appel vérifient les circonstances de la rupture pour donner raison au premier juge⁸³.

Dans un second temps, la Cour de cassation contrôle-t-elle le recours à l'équité ? Juge du droit, la Cour de cassation respecte le pouvoir laissé au juge du fond pour statuer en équité car « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation (...) que la cour d'appel, (...) a estimé que l'équité commandait, (...) de rejeter la demande de prestation compensatoire de l'épouse* »⁸⁴. De même, au regard de l'article 280-1 ancien du Code civil, elle a jugé que c'est souverainement qu'une cour d'appel a « *estimé conforme à l'équité de lui (l'époux) octroyer une indemnité exceptionnelle* »⁸⁵.

Cependant, d'apparence extérieure, la Cour de cassation n'est pas si étrangère au contrôle du recours à l'équité et ce pour deux raisons. D'une part, il peut arriver que sans juger des faits, la cour de cassation valide le raisonnement relatif à l'équité. Tel avait été le cas dans un arrêt du 12 septembre 2012 dans lequel elle jugeait « *qu'en retenant que si M. X... ressent vivement les fautes commises par son épouse, l'équité ne commande cependant pas de le dispenser du versement d'une prestation compensatoire, la cour d'appel a fait une exacte application des dispositions de l'article 270, alinéa 3, du code civil* »⁸⁶.

D'autre part, à l'instar de ce que nous avançons en matière d'indivision, la Cour a parfois son idée de l'équitable. Pour illustrer nos propos, citons une décision de 2012. En l'espèce, les juges du fond avaient condamné un époux à verser une prestation compensatoire à sa femme. La Cour casse la décision car la cour d'appel ne répond pas « *aux conclusions de M. X qui prétendait qu'en application de l'article 270 alinéa 3 du Code civil, les circonstances*

⁸² CA Bordeaux, 17 mai 2011 RG n°10/04980

⁸³ CA Bastia, 4 avril 2012, RG n° 10/00499. Voir également CA Versailles 17 mars, RG n° 15/02921

⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 30 avril 2014, n°13-16649 ; Voir également Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n°10-17153

⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 6 juin 2012, n°11-18272

⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 12 septembre 2012, n°11-12140

particulières de la rupture justifiaient le non-paiement d'une prestation compensatoire à son épouse aux torts exclusifs de laquelle le divorce était prononcé »⁸⁷. En faisant cela, la Cour souhaite plus d'explications et même souhaite-t-elle éventuellement que la décision soit tout autre.

Cette première partie nous permet de dire que les textes de la loi limitent le recours au concept d'équité tant dans son interdiction que dans ses atténuations. Toutefois, le juge de la famille parvient à s'affranchir de ces entraves afin de corriger et tempérer le droit. Il convient de voir en quoi ce juge s'empare du concept d'équité pour développer le droit de la famille.

⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°10-26937 ; Voir également Civ. 1^{ère}, 24 février 2016, n°15-15424

Partie 2 : Le droit de la famille, domaine propice au recours au concept d'équité

Nous avons vu que l'équité possédait plusieurs sens et plusieurs fonctions. Parmi ces dernières, il faut savoir que le juge peut recourir à l'équité pour combler les lacunes de la loi et particulièrement afin notamment d'obtenir des indemnités (Chapitre 1). De plus, du fait de ses autres nombreuses fonctions et compte tenu de l'évolution des mœurs et du droit de la famille, le recours au concept par le juge de la famille semble être appelé à se développer (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Un recours par le juge de la famille à l'équité pour combler les lacunes de la loi

Le juge de la famille traite des litiges pouvant survenir entre concubins ou entre partenaires pacsés⁸⁸. En raison des lacunes de la loi, il se trouve qu'il a vocation à recourir au concept d'équité pour permettre le versement de diverses indemnités tant pour les couples non mariés (Section 1) que pour les couples mariés (Section 2).

Section 1 : Les couples non mariés

Le recours au concept d'équité en matière de concubinage a pu se développer par le biais de la théorie de l'enrichissement sans cause (Paragraphe 1). Il se trouve que le recours à l'équité a permis de se diriger vers une contribution aux charges du ménage (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Recours au concept d'équité par application de la théorie de l'enrichissement sans cause aux concubins

Le recours à l'équité est parfois utilisé pour créer une règle de droit⁸⁹, ou du moins, d'influer sur le droit positif. Parmi les jurisprudences de la Cour de cassation, « *il en est pourtant de célèbres, comme celle qui fonde, depuis plus d'un siècle, l'action de in rem verso* »⁹⁰. En effet, par l'arrêt dit Boudier contre Patureau du 15 juin 1892, la chambre des

⁸⁸ Article L213-3 du Code de l'organisation judiciaire

⁸⁹ Cf. infra pp. 41-42

⁹⁰ L. CADIET, L'équité dans l'office du juge civil in CADIET L. et GUINCHARD S. (dir.) Justice et équité, Justices, Dalloz, 1999, n° 9, p. 88

requêtes de la Cour de cassation a jugé qu'« *attendu que cette action, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est pas soumis à aucune condition déterminée* »⁹¹.

A notre sens, étant donné que la théorie dérive de l'équité, le juge de la famille qui recourt à la théorie de l'enrichissement sans cause recourt indirectement au concept d'équité. En effet, en appréciant l'appauvrissement et l'enrichissement, de même que l'intention libérale avérée ou non, le juge de la famille fait preuve d'une appréciation équitable.

Comme l'indique l'article 515-8 du Code civil⁹², le concubinage est une union de fait et son mode d'union est libre. La dissolution d'un concubinage l'est donc également⁹³. Ainsi, les juges sont privés de fondement textuel pour le versement d'une indemnité contrebalançant une éventuelle rupture. En effet et notamment, « *les dispositions du Code civil relatives à la prestation compensatoires [sont] réservées aux époux* »⁹⁴.

Plus encore, il n'est pas rare que l'un des concubins s'appauvrisse au détriment de l'autre. Par exemple, il arrive qu'un concubin participe gratuitement à l'activité professionnelle de l'autre et souhaite en être indemnisé. Pour y parvenir, deux moyens existent. D'une part, l'un des concubins peut démontrer fastidieusement l'existence d'une société créée de fait afin de se voir restituer les apports lors de la liquidation de ladite société. D'autre part, le concubin demandera au juge de recourir à la théorie de l'enrichissement sans cause. Précisons que l'action a un caractère subsidiaire depuis une décision de la chambre civile du 2 mars 1915⁹⁵ et la Cour de cassation le rappelle régulièrement.⁹⁶ Comme nous le verrons également pour les époux⁹⁷, ces deux mécanismes font l'objet d'une stratégie contentieuse de la part des concubins. Il n'est pas rare que ces derniers agissent au principal en demande de reconnaissance d'une société créée de fait constituée avec un concubin puis d'une demande subsidiaire pour obtenir une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause⁹⁸. Précisons que le juge vérifiera de toute manière l'existence d'une intention libérale. L'action

⁹¹ Req. 15 juin 1892, S 1893. I. 281, note Labbé

⁹² L'article 515-8 selon sa rédaction issue de la loi n°99-944 du 15 nov. 1999 dispose : « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présenter un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différents ou de même sexe, qui vivent en couple »

⁹³ Civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, n°05-17475

⁹⁴ W. BABY, Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité, thèse, Defrénois, Lextensoeditions, 2013, p.298

⁹⁵ Civ., 2 mars 1915, D.P. 1920.1.102

⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 10 février 2016, n°15-10150, non publié

⁹⁷ Cf. infra p.34

⁹⁸ A titre d'exemples, V° notamment : Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, n°08-16105 ; Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, n°08-16348 ; Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1987, n°85-15767, *Bull. civ.* I, n°335, p.241

est ainsi rejetée lorsque « *le concubin a, dans son intérêt personnel, financé les travaux de rénovation avec l'intention de s'installer dans l'immeuble avec sa concubine* »⁹⁹.

Afin de demander des indemnités puisqu'inexistantes légalement, le juge de la famille peut se retrouver à recourir au concept d'équité pour permettre leur versement afin de rééquilibrer les situations. Cependant, nous nous devons d'émettre une importante réserve.

Les concubins ou les partenaires sont susceptibles de vivre dans une communauté de fait c'est-à-dire une situation où chacun partage le logement de famille (même si appartenant à l'un exclusivement), des revenus etc. Dans ce cas précis, qui n'est pas rare tant notre économie tend vers une solidarité réciproque, les concubins peuvent vivre et partager un même fonds de commerce, un même logement. Est-il équitable de l'indemniser davantage de ce qu'il a déjà pu récupérer en nature ? Il incombe au juge de la famille pondérer les intérêts de chacun afin de répondre à cette question.

Ce problème a fait l'objet d'une controverse mise en exergue par Wilfried BABY au sujet des partenaires pacsés. Il écrit que « *certain auteurs excluent toute application de cette théorie entre partenaires* »¹⁰⁰ car la cause de l'enrichissement réside dans le Pacs. Il poursuit en rapportant que « *d'autres l'excluent dès lors que les partenaires ont choisi le régime de l'indivision des acquêts* »¹⁰¹. Nous rejoignons ces derniers car les partenaires peuvent choisir le régime de l'indivision, permis par l'article 515-5-1 du Code civil¹⁰². Certes, l'article 515-4 dudit code prévoit que « *les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune ainsi qu'une aide matérielle et une assistance réciproque* »¹⁰³. Mais rien ne nous garantit que ces dernières soient respectées. Le juge de la famille appréciera donc au cas par cas.

Outre cette controverse, le juge de la famille a pu recourir au concept d'équité pour tendre vers un devoir de contributions aux charges du ménage.

⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, *Bull.civ.* I, n°212 ; D. 2008. AJ 2430, obs. Gallmeister ; *ibid.* 2009. 140, note Lemouland ; JCP 2009, n°28, p.45, obs. Favier ; *LPA* 24 nov. 2008, note Boussard ; *AJ fam.* 2008. 431, obs. Chénéde ; *RJPF* 2008-12/19, obs. Vauvillé ; *Defrénois* 2008. 2516, obs. Savaux ; *ibid.* 2009. 545, obs. Massip ; *RLDC* 2008/54, n° 3198, obs. Jeanne ; *ibid.* 2008/55, n° 3231, obs. Serra ; *ibid.* 2009/60, n°3427, obs. Bernard-Xemard ; *RTD civ.* 2008. 660, obs. Hauser

¹⁰⁰ W. BABY, *op. cit.*, 2013, p.300

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² L'article 515-5-1 du Code civil selon sa rédaction issue de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 dispose : « *les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions* »

¹⁰³ L'article 515-4 du Code civil selon sa rédaction issue de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006

Paragraphe 2 : Du recours au concept d'équité à un devoir de contribution aux charges du ménage

Pour les couples mariés, l'article 214 du Code civil est le fondement au devoir de contribution aux charges du mariage. Pour les concubins, aucune contribution aux charges du concubinage n'est prévue. Cela signifie que « *celui des deux concubins qui a assumé les charges du ménage ne peut pas invoquer l'article 214 du Code civil pour exercer un recours contre l'autre* »¹⁰⁴.

Une décision très importante a été rendue par la cour de cassation le 24 septembre 2008. Elle y juge qu'« *aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées; les juges du fond apprécient souverainement si les travaux réalisés et les frais exceptionnels engagés par un concubin dans l'immeuble appartenant à l'autre excèdent, par leur ampleur, sa participation normale à ces dépenses et s'ils ne peuvent être considérés comme une contrepartie des avantages dont il a profité pendant la période du concubinage, ce qui exclut ainsi une intention libérale* »¹⁰⁵.

Cette jurisprudence nous enseigne deux choses. D'une part, elle nous permet de dire que la Cour de cassation pose les jalons d'une ligne d'équité dans le concubinage : même si cela relève de l'évidence, il est (évidemment) équitable de supporter ses propres dépenses. D'autre part, nous pouvons dire qu'il y a un léger assouplissement en matière de contribution aux charges du mariage. En effet, même si elle reprend la formule selon laquelle « *aucune disposition légale ne règle la contribution aux charges du ménage de la vie commune des concubins* »¹⁰⁶, elle ouvre la voie à la théorie de l'enrichissement sans cause en matière de « *dépenses de la vie courante* », autrement dit pour les charges du ménage.

Le recours au concept d'équité serait un excellent moyen de surpasser ce manque juridique. Néanmoins, soyons prudent car les concubins n'ont aucune obligation de participer aux charges du ménage. Par conséquent, le juge de la famille pourra dépasser cette barrière que lorsqu'une situation s'avérera manifestement déséquilibrée entre les concubins. Tel sera le cas si ce déséquilibre est né d'un trop versé ou d'un trop perçu. Ces derniers s'analyseraient en

¹⁰⁴ R.W. Richard OUEDRAOGO, La notion de devoir en droit de la famille, thèse, Bruylant, 2014, p. 261

¹⁰⁵ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008: *Bull. civ. I*, n° 211; *D.* 2008. *AJ* 2430, obs. *Gallmeister*; *ibid.* 2009. 140, note *Lemouland*; *LPA* 24 nov. 2008, note *Boussard*; *AJ fam.* 2008. 431, obs. *Chénéde*; *RJPF* 2008-12/19, obs. *Vauvillé*; *Defrénois* 2008. 2516, obs. *Savaux*; *ibid.* 2009. 545, obs. *Massip*; *RLDC* 2008/54, n° 3198, obs. *Jeanne*; *ibid.* 2008/55, n° 3231, obs. *Serra*; *RTD civ.* 2008. 660, obs. *Hauser*

¹⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n°02-19277

une indemnité due par l'un des concubins à l'autre. Ainsi, le juge « *va en effet parfois en tirer un devoir de contribution aux charges communes, et ce, dans le but de mieux redistribuer certains biens acquis directement ou indirectement par des fonds propres des concubins* »¹⁰⁷.

Cela se vérifie puisque la jurisprudence ne semble pas « *exclure entre concubins, la présence d'un devoir comparable à celui posé par l'article 214 du Code civil* »¹⁰⁸. En effet, le juge de la famille progresse et l'affirme de manière explicite. Ainsi, en 2010, la Cour de cassation usait des vocables de « *contribution aux charges de la vie commune* »¹⁰⁹ mise en parallèle avec les « *principes gouvernant l'enrichissement sans cause* ». En 2015, on s'aperçoit que les juges ont changé leurs vocables : ils vérifient, par exemple, que « *l'épargne constituée et les intérêts qui l'ont alimentée dépassaient l'aide que chaque concubin devait apporter au titre de sa contribution aux charges du ménage et ne traduisaient aucune intention libérale de M. Y...* »¹¹⁰.

Nous pouvons conclure par dire que le juge de la famille aura tendance à devoir recourir de plus en plus au concept d'équité. Il faut toutefois être prudent puisque l'existence d'un tel devoir dépend de l'appréciation changeante d'un juge à l'autre.

Sous la forme de l'enrichissement sans cause, le juge de la famille serait capable de créer un régime complet et s'approchant de celui du mariage. Ainsi, même si la Cour de cassation rappelle que « *si l'un des concubins subvient aux besoins de l'autre, ce n'est qu'à titre bénévole et sans engagement pour l'avenir* » se pourrait-il (sans parler de l'obligation naturelle) qu'une obligation alimentaire se crée par impulsion de l'équité. Nous nous rattachons aux mots de R. W. RICHARD OUEDRAOGO qui écrivait que « *la notion d'équité se dévoile de plus en plus comme une exigence fondamentale dans l'appréciation judiciaire des rapports complexes entre concubins* »¹¹¹.

¹⁰⁷ R.W. Richard OUEDRAOGO, op.cit., p. 261

¹⁰⁸ P. BERTHET, Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, thèse, L'Harmattan, 2000, p.154

¹⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, n°08-13400, non publié

¹¹⁰ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-13449, non publié

¹¹¹ R.W. Richard OUEDRAOGO, op. cit, p. 259

Section 2 : Recours au concept d'équité pour les couples mariés

L'équité joue un rôle très important tant en matière d'obligations alimentaires entre époux (Paragraphe 1) que dans le domaine de la contribution aux charges du mariage (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le recours au concept d'équité en matière d'obligation alimentaire

Avant toute chose, il faut savoir que « *le droit français ne restreint pas les rapports alimentaires aux seuls liens de parenté. Le lien matrimonial constitue également le fondement de droits alimentaires relativement étendus. Les époux sont les premiers concernés* »¹¹². Le juge de la famille a vocation à intervenir en matière d'obligation alimentaire et il recourt au concept d'équité en se basant sur un fondement particulier.

Dans nos développements, nous avons vu, qu'outre le mécanisme particulier du syllogisme à rebours¹¹³, le juge peut recourir tant sur l'amicable composition que sur les renvois explicites. Il arrive également que le juge de la famille puisse recourir au concept d'équité en se fondant sur un autre type de renvoi : les renvois implicites¹¹⁴. Il s'agit de règles écrites qui n'emploient pas expressément des termes comme ceux d'équité, d'iniquité, d'équitement etc. mais qui l'évoque « *sans la nommer, en utilisant des périphrases qui ne font qu'orienter vers la recherche d'une solution équitable dans le cas considéré* »¹¹⁵.

Le domaine des obligations alimentaires connaît quelques renvois implicites, permettant au juge, notamment par son travail d'appréciation, de recourir au concept d'équité.

En premier lieu, l'article 207 alinéa 2 du Code civil dispose que : « *néanmoins, quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie alimentaire* »¹¹⁶. Le juge de la famille aura nécessairement recours au concept d'équité. Le fait que le créancier manque gravement à ses obligations rend la situation du débiteur inéquitable. Cette iniquité permet au juge de recourir à l'équité pour corriger la situation.

A l'instar de l'application des renvois explicites, le recours à l'équité implicite est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, le juge de la famille a toute liberté pour décider que tel ou tel manquement est grave et qu'il justifie la décharge de la dette. Par

¹¹² P. BERTHET, op. cit., p.51

¹¹³ Cf. supra pp 10-11

¹¹⁴ D. D'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, 1994, p.103

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ L'article 207 alinéa 2 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n°72-3 du 3 janvier 1972

exemple, « *c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond ont déchargé pour partie le mari de sa dette alimentaire à l'égard de sa femme, au vu des manquements graves de celle-ci à ses obligations, du fait de nombreux abandons de foyer* »¹¹⁷. Cela est rappelé de façon régulière par la Cour de cassation¹¹⁸.

En deuxième lieu, un autre renvoi implicite réside en l'article 208 du même code qui prévoit que « *les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit* »¹¹⁹. Le juge de la famille lorsqu'il se retrouve face à des époux débiteurs ou créanciers alimentaires, doit apprécier leurs fortunes et doit voir s'il faut tendre vers une égalité. En d'autres termes, il doit répondre à la question de savoir s'il serait juste ou non d'accorder des aliments. De cette manière, l'article 208 du Code civil permet d'inclure le concept d'équité dans la fixation des montants. De plus, le juge de la famille a la possibilité d'« *assortir la pension alimentaire d'une clause de variation* »¹²⁰. Non seulement il peut recourir à l'équité mais il dispose d'un instrument : on lui permet d'arrondir les angles, de préciser, d'être mieux à même de rendre une décision juste, tant au sens de justice qu'à celui d'être de précision. Il va pouvoir faire varier la pension afin que l'équité soit préservée dans le futur.

Nous nous demandons s'il ne serait pas plus efficace de permettre le recours à l'équité par renvoi explicite dans les textes qui ont trait aux obligations alimentaires ? En effet, le juge de la famille ne peut pas ne pas statuer en faisant fi de toutes les particularités personnelles, humaines, sociologiques. Un juge ne pourra pas statuer froidement en raison de l'importance des considérations humaines, Carbonnier ne disait-il pas que le juge regarde d'abord ce qui lui paraît humainement désirable ?

¹¹⁷ Civ. 2^{ème}, 11 févr. 1981: *Gaz. Pal.* 1982. 1. 105, note Massip

¹¹⁸ Voir notamment Civ. 2^{ème}, 11 févr. 1981: *Gaz. Pal.* 1982. 1. 105, note Massip ; Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2012, n° 11-22719, non publié ; Civ. 1^{ère}, 1 avril 2015, n°14-14154, non publié

¹¹⁹ L'article 208 alinéa 1 du Code civil selon sa rédaction issue de la loi n°72-3 du 3 janvier 1972

¹²⁰ Ibid.

Paragraphe 2 : Le recours au concept d'équité en matière de contribution aux charges du mariage

Comme précédemment indiqué, la contribution aux charges du mariage est régie par l'article 214 du Code civil. En la matière, le juge de la famille a parfois recouru au concept d'équité, que ce soit de manière dissimulée ou explicite.

En premier lieu, le juge y recourt de manière discrète du fait de la situation qui lui est présentée.

D'abord, en dehors d'une procédure de divorce, les époux peuvent saisir le juge car un « conjoint ne remplit pas ses obligations »¹²¹. Le juge devra alors « fixer le montant de la part contributive qui lui incombe »¹²². Le juge devra examiner chaque situation pour fixer justement les contributions de chacun. Cela peut être un travail fastidieux, notamment si les époux décident de se séparer de fait sans divorcer car « les biens communs ou indivis ne [peuvent] pas toujours être partagés ou vendus en raison d'un emprunt »¹²³.

Ensuite, il arrive que le juge de la famille doive décider que telle dépense est une charge du mariage. Dans un tel cas, le recours à l'équité est parfois nécessaire. Pascal BERTHET pose la question suivante : en cas de remariage, les frais occasionnés par l'enfant d'un premier lit du conjoint sont-ils des charges du mariage¹²⁴ ? En d'autres termes, est-il juste d'obliger parâtres ou marâtres à pourvoir aux besoins des enfants de son conjoint ? Il appartiendra au juge souverain d'y répondre. Précisons que le recours à l'équité étant presque obligatoire, le juge de la famille est contraint d'user du mécanisme de syllogisme à rebours¹²⁵.

En second lieu, le recours à l'équité est mise en œuvre de façon plus explicite par l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

D'abord, cette dernière a vocation à n'être utilisée qu'aux litiges relatifs aux époux séparés de biens. A l'instar de ce que nous avançons précédemment¹²⁶, la théorie semble s'appliquer qu'aux époux séparés de biens puisqu'ils n'ont pas – autant – profiter d'avantages en nature que les époux vivant en communauté.

¹²¹ N. NEFUSSY, Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'une devoir unique d'entraide conjugale, LPA 2009, n° 256

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ P. BERTHET, op. cit., p.181

¹²⁵ Cf. supra pp. 10-11

¹²⁶ Cf. supra pp.27-28

Ensuite, la théorie de l'enrichissement sans cause est utilisée pour se voir octroyer un remboursement d'un prétendu trop versé. Ce peut être le cas lorsque l'un des époux participe à l'activité professionnelle de l'autre et que cela « excède les limites du devoir de contribuer aux charges du mariage »¹²⁷. Pour un exemple beaucoup plus récent, tel est le cas lorsqu'une épouse participe à l'exploitation de l'officine de pharmacie de son époux¹²⁸.

De plus, des stratégies contentieuses se créent, comme c'est le cas entre concubins¹²⁹. Ainsi, les époux en instance de divorce ont intérêt à recourir tant à la théorie de l'enrichissement sans cause qu'à celle de la société de fait. A ce propos, ils agissent fréquemment en faisant une double demande : une au principal pour la reconnaissance d'une société de fait et une subsidiaire pour l'indemnité tenant à un enrichissement sans cause.¹³⁰ L'enrichissement réside alors dans le fait que « l'époux séparé de biens qui, faisant l'économie d'un employé au moins profite de l'activité non rémunérée de son conjoint »¹³¹.

Une limite demeure car la théorie de l'enrichissement sans cause peut ne pas fonctionner car l'époux qui se prévaut d'un appauvrissement au profit de l'autre doit justifier d'une cause. Ainsi, lorsque le juge de la famille cause « l'enrichissement qui a son origine dans l'un des modes légaux d'acquisition des droits »¹³². Le juge de la famille pourrait ne pas connaître pas d'une action fondée sur l'enrichissement tenant à la dévolution d'une succession¹³³.

Nous avons vu que le juge de la famille pouvait recourir au concept d'équité de façon cachée, de façon explicite car autorisée par certains renvois, et même de façon implicite du fait de la rédaction de certaines dispositions. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'équité remplit de nombreuses fonctions et le juge de la famille a vocation à les mettre en œuvre en droit de la famille.

¹²⁷ Civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, n° 09-71511, non publié

¹²⁸ Civ. 1^{ère}, 3 février 2016, n° 15-14227, non publié

¹²⁹ Cf. supra pp. 27-28

¹³⁰ Voir notamment Civ. 1^{ère}, 3 février 2016, n° 15-14227, non publié ; CA Limoges, 5 janvier 2015, RG n° 14-00173 ; Com. 22 octobre 1991, n° 89-13522

¹³¹ Rep. Civ. *Enrichissement sans cause*, Anne-Marie ROMANI, 2015, n° 50

¹³² Civ. 1^{ère}, 10 mai 1984, n° 83-12370, *Bull. civ.* I, 1984 n° 153

¹³³ Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991 ; *Bull. civ.* I, n° 167 ; RTD civ. 1992.96, obs. J. Mestre

Chapitre 2 : Un recours au concept d'équité appelé à se développer en droit de la famille

L'équité se pare de nombreux sens et fonctions parmi lesquels on retrouve la recherche d'égalité. Cependant, cette dernière étant quasiment impossible entre les parties, le juge de la famille recourt à l'équité pour tendre vers un équilibre souhaité par les parties (Section 1). De plus, le concept d'équité peut être à l'origine d'impulsion de règle de droit (Section 2).

Section 1 : Le recours au concept d'équité par la recherche d'un équilibre entre intérêts

Le juge de la famille peut tendre vers cet équilibre consenti en usant de renvois implicites (Paragraphe 1) ou à travers de mécanismes de conciliation. (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le recours implicite par le juge de la famille à l'équité afin de tendre vers un équilibre familial

Loïc CADIET écrivait que « *L'équité est un étalon un instrument de mesure. Il s'agit toujours de comparer entre deux termes (...) deux intérêts individuels* »¹³⁴. Ainsi, il s'agit d'une « *œuvre de pesée. La balance est son symbole, la proportionnalité son critère* »¹³⁵. Cette œuvre de pesée est permise lorsque le législateur a pris soin de permettre l'équité par le biais de renvois implicites. Nous avons pu voir que ces derniers permettaient d'obtenir des versements en matière d'obligations alimentaires. Ils existent également sous le prisme de cette recherche souhaitée d'équilibre entre les parties.

En premier lieu, l'article 232 du Code civil opère un renvoi qui a toute son importance en matière de divorce. Le juge de la famille a spécifiquement un rôle crucial dans le divorce par consentement mutuel où « *les conventions conclues par les époux qui doivent non seulement s'entendre sur le principe du divorce, mais également parvenir à régler l'ensemble des conséquences de leur divorce, se doivent de respecter l'intérêt des enfants ainsi que l'intérêt de chacun des époux* ». ¹³⁶

¹³⁴ L. CADIET, L'équité dans l'office du juge civil in CADIET L. et GUINCHARD S. (dir.) Justice et équité, Justices, Dalloz, 1999, n° 9, p. 97.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ C. POMART, La magistrature familiale, L'Harmattan, 2003, p.310

L'alinéa second de cet article dispose que le juge « *peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.* »¹³⁷. La vision du recours à l'équité est présente dans cet article en ce sens que, si des intérêts ne sont pas suffisamment préservés, la solution sera inéquitable. Plus encore, un tel déséquilibre aura également pour but de sanctionner l'un des époux sans pourtant qu'il y ait faute.

Une décision illustre cette recherche d'équilibre. En l'espèce, une convention prévoyait une prestation compensatoire sous forme de rente qui prenait fin en cas de remariage ou de concubinage notoire de l'attributaire. Les juges du fond ont refusé d'homologuer la convention au motif que la « *formule employée par les époux fait peser sur la femme (...) une contrainte matérielle et morale et ne préserverait pas assez ses intérêts* »¹³⁸. On retrouve l'idée selon laquelle il ne doit pas y avoir de déséquilibre.

Plus encore, le juge de la famille doit être vigilant à ce que la convention préserve suffisamment les intérêts de chacun des époux puisque « *la mission et le devoir du magistrat sont essentiellement de vérifier (...) le respect de l'équité entre les parties, un divorce qu'il soit par consentement mutuel ou non, ne doit faire ni gagnant ni perdant* »¹³⁹. Il faut être attentif à l'idée selon laquelle le recours à l'équité dans ce domaine est un recours qui tend vers un équilibre accepté, dans une souci de pacification.

Un tel recours est doublement important. D'une part, outre l'appréciation équitable d'une convention qui s'appliquera dans le futur des ex-époux, elle s'appliquera de manière ferme. Il s'avère que ce « *contrôle préalable d'équité de la convention élève une fin de non-recevoir à toute prétention contraire* »¹⁴⁰. D'autre part, le juge de la famille a un rôle primordial par rapport aux autres juges car, comme le soulève Nathalie FRICERO, « *l'accord amiable qui, en dehors du contentieux familial, peut faire l'objet d'une homologation allégée par le juge compétent, est au contraire intégré dans la procédure traditionnelle familiale et est soumis à un contrôle lourd du juge aux affaires familiales dès qu'il s'agit du divorce, de la séparation de corps ou de l'autorité parentale.* »¹⁴¹

¹³⁷ L'article 232 alinéa second du code civil selon sa rédaction issue de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975

¹³⁸ TGI La Rochelle, ord. JAM, 19 oct. 1977, D. 1978. IR 435, obs. Bénabent

¹³⁹ M. JUSTON, Le juge aux affaires familiales, garant de la liberté et de l'altérité, Gaz. Pal. 26 avril 2009, n° 106

¹⁴⁰ Gaz. Pal. 16 novembre 2008, n° 106

¹⁴¹ N. FRICERO, *Le cadre juridique des modes amiables de résolution juridique des litiges familiaux in ANTONINI-COCHIN L. (dir.), La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.77

En deuxième lieu et de façon plus brève, l'article 232 du Code civil n'est pas le seul article à renvoyer implicitement à l'équité pour protéger les intérêts d'un époux. D'autres textes conduisent « *apprécier les intérêts respectifs des deux époux qui s'opposent soit de manière très apparente, soit beaucoup plus discrètement* »¹⁴². Cela est d'autant plus important lorsque ces intérêts sont en balance avec ceux de la famille. Tel est le cas si le juge est saisi sur la base de l'article 220-1 du Code civil¹⁴³. Son application peut entraîner de lourdes mesures¹⁴⁴ qui reviennent à sanctionner l'un des époux pour ses manquements à ses devoirs. Là encore, l'équité est sanctionnatrice.¹⁴⁵

Le recours au concept d'équité dans la recherche de la conciliation des intérêts est peut-être plus efficace lorsque les parties se retrouvent en conciliation ou en médiation.

¹⁴² C. POMART, op. cit., p.312

¹⁴³ L'article 220-1 du Code civil selon sa version en vigueur au 1 octobre 2010 dispose : « *si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts* »

¹⁴⁴ A titre d'exemples, voir CA Nancy, 12 déc. 1968: D. 1969. 300, note Cl.-I. Foulon-Piganiol

¹⁴⁵ Cf. supra p. 20

Paragraphe 2 : Le recours au concept d'équité par le juge de la famille par le biais des modes amiables de résolutions des conflits

Le droit de la famille connaît divers modes alternatifs de résolutions des conflits. Nous nous concentrerons sur la conciliation et la médiation familiale, d'autant plus que « *c'est dans la conciliation au sens juridique du terme que s'exprime le mieux la pondération des intérêts et, partant, l'équité* »¹⁴⁶.

Dans un premier temps, rappelons que cette « pondération » renvoie vers un recours à l'équité qui est bien plus qu'une simple mise en solution d'un sentiment de justice. Les parties intègrent le processus conduisant à la solution. Spécialement, en matière de médiation familiale, « *les personnes ont encore le sentiment d'avoir « une carte à jouer »* »¹⁴⁷. De cette façon, la solution sera équitable pour les justiciables, même si elle n'est pas idéale. Cela est d'une très grande importance puisqu'une décision qui semble équitable aux parties sera moins contestée. La médiation familiale ou la conciliation sont « *des instruments de politiques familiale [et] permettent de prévenir des crises véritables* »¹⁴⁸.

Par conséquent, le recours au concept d'équité permet d'influer sur la paix sociale. De plus, il s'agit d'un instrument de l'objectif de pacification, sans cesse rappelé par nos hommes politiques en matière de droit de la famille. Par exemple, Dominique PERBEN en 2006 écrivait que la réforme du divorce offrirait « *une procédure (...) gage de pacification* »¹⁴⁹. Plus récemment, le ministre de la justice, Monsieur URVOAS, expliquait à propos de la « réforme de la justice du XXI^e siècle » que l'un des objectifs est « la pacification des relations entre époux ».¹⁵⁰

Dans un second temps, intéressons-nous plus au recours proprement dit par le biais de la conciliation et de la médiation familiale.

En premier lieu, selon l'article 21 du Code de procédure civile¹⁵¹, le juge a le devoir général de concilier quel que soit le contentieux. La conciliation permet la recherche d'un équilibre et

¹⁴⁶ CADIET L. *L'équité dans l'office du juge civil* in CADIET L. et GUINCHARD S. (dir.) Justice et équité, Justices, Dalloz, 1999, n° 9, p. 101

¹⁴⁷ L. WEILLER, *la médiation familiale*, in *Les transformations du contentieux familial* ss.dir. Laura WEILLER, PUAM 2012, p. 59

¹⁴⁸ C. POMART, op. cit., p135

¹⁴⁹ D. PERBEN, La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale, guide méthodologique, 2004 in http://www.justice.gouv.fr/art_pix/gmreformedivorce.pdf

¹⁵⁰ Article de l'Huffington post en date du 05 mai 2016, in http://www.huffingtonpost.fr/2016/05/05/divorce-par-consentement-mutuel_n_9846428.html

¹⁵¹ L'article 21 du Code de procédure civile

même s'il s'agit d'une obligation, il dispose d'une certaine marge de manœuvre car la conciliation « *peut intervenir à tout moment au cours de l'audience* »¹⁵². Aussi, le juge pourra attendre le moment auquel les parties seront susceptibles de donner une issue positive.

Spécifiquement, la conciliation est prévue par les articles 252 et suivants du Code civil. Le juge de la famille a, dès lors, un rôle non négligeable dans la recherche d'équilibre des intérêts. Non seulement le juge a l'obligation de chercher à concilier les époux « *tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences* »¹⁵³ mais il lui est permis de laisser aux époux « *des temps de réflexion* »¹⁵⁴ qu'il peut allonger jusqu'à six mois.

En second lieu, le juge de la famille a également un rôle important à jouer en matière de médiation familiale¹⁵⁵. Il « *peut recourir à la médiation en vertu des articles 373-2-10 et 255 du code civil* »¹⁵⁶. Ici, le rôle du juge est extrêmement poussé : même si un tiers intervient, il encadre l'ensemble du processus. En effet, la décision de recourir « *demeure à la discrétion du juge* »¹⁵⁷ et « *garde (...) le contrôle du processus* »¹⁵⁸. L'article 373-2-11 du Code civil permet au juge de proposer et même d'enjoindre les parties de rencontrer un médiateur familial. Plus encore, selon les articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile, il fixe la durée de la médiation, peut y mettre fin, peut fixer la rémunération du médiateur etc.

Plus encore, la médiation familiale n'est pas réservée aux questions visées par ces articles. En effet, « *la médiation peut intervenir pour d'autres questions que celles visées, par exemple pour tenter de résoudre des conflits transgénérationnels (...) pour désamorcer des conflits avec les grands-parents d'un enfant mineur (...) différends relatifs à l'obligation alimentaire entre parents et alliés* »¹⁵⁹.

Une limite est commune à la conciliation et à la médiation familiale : il se peut qu'elles échouent. Madame LARRIBAU-TERNEYRE expliquait que « *la seule limite est donc celle de l'impossibilité d'un accord de médiation* »¹⁶⁰.

¹⁵² C. ALBIGES, op. cit. p.144

¹⁵³ L'article 252 du Code civil

¹⁵⁴ L'article 252-1 alinéa 1 du Code civil

¹⁵⁵ La médiation a été définie par le conseil national consultatif de la médiation familiale : processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation, dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifiée et sans pouvoir de décision – le médiateur familial- favorise entendre dans sa diversité et dans son évolution

¹⁵⁶ L. WEILLER, op. cit p. 60

¹⁵⁷ L. WEILLER, op. cit p.60

¹⁵⁸ V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le cadre juridique général de la médiation familiale*, in L. ANTONINI-COCHIN (dir.) La résolution amiable des différends dans le contentieux familial, Bruylant, 2014, p. 10

¹⁵⁹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le cadre juridique général de la médiation familiale*, in L. ANTONINI-COCHIN (dir.) La résolution amiable des différends dans le contentieux familial, Bruylant, 2014, p. 12

¹⁶⁰ Ibid.

Le juge de la famille a pu, en recourant au concept d'équité, contribuer à développer le droit de la famille dans un souci de pacification. Voyons à présent que ce développement peut sembler parfois relatif.

Section 2 : Le développement relatif du concept d'équité en droit de la famille

Grâce au concept d'équité, le juge de la famille a pu développer le droit de façons diverses. Dans cette optique, demandons-nous s'il peut y recourir par son pouvoir normatif (Paragraphe 1). Toutefois, il s'agit d'un développement relatif car il se heurte à d'autres notions (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un recours à l'équité normative par le juge de la famille

Comme nous l'avons annoncé en introduction, Cicéron écrivait déjà dans la Rhétorique à Herennius : « *le droit repose sur l'équité, lorsqu'il paraît bien conforme à l'idée que l'on se fait généralement de ce qui est juste* ». ¹⁶¹ Pour les auteurs contemporains, il s'agit de l'équité objective. Celle-ci, « *également qualifiée d'équité générale ou normative* », est créatrice d'un système de règles de droit parallèle au droit positif en vigueur » ¹⁶².

La question est la suivante : le juge de la famille peut-il recourir à l'équité objective ? En d'autres termes, peut-il y recourir afin de créer des règles de droit. Cette question partage la doctrine. Dominique D'AMBRA écrivait que « *le jugement en équité même s'il ne pose pas une règle générale (...) n'en crée pas moins du droit. (...)* » ¹⁶³. Le doyen Carbonnier écrivait à propos du jugement d'équité, que ce dernier « *n'ambitionne pas de passer en jurisprudence, de fonder une règle de droit qui entrerait en concurrence avec la règle générale* » ¹⁶⁴.

De son côté, la jurisprudence est également partagée. D'une part, la Cour de cassation a jugé, dans une décision du 4 décembre 1996 ¹⁶⁵ que « *l'équité n'est pas une source de droit* ». D'autre part, il est difficile ne pas considérer l'équité comme source de droit au regard de l'arrêt Boudier contre Patureau du 15 juin 1892 ¹⁶⁶. Ce dernier fixe l'action *de in rem verso* comme « *dérivant du principe d'équité* ».

En majorité, il semble que le juge de la famille ne soit pas autorisé à créer une règle de droit, d'autant plus qu'il est soumis à l'article 5 du Code civil interdisant les arrêts de règlements. Se peut-il alors que ce juge agisse de façon cachée ? La jurisprudence de la famille nous donne des exemples ambigus. Intéressons-nous à deux d'entre elles.

¹⁶¹ Cicéron, Rhétorique à Herennius, Livre II. XIII. 19

¹⁶² Rep. Civ. Dalloz, *Equité*, C. ALBIGES, 2009, n°34

¹⁶³ D. D'AMBRA, op. cit., p.101

¹⁶⁴ J. Carbonnier. *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in C. PERELMAN et R. VANDER (dir.), *Les notions à contenu variable en droit en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p 112

¹⁶⁵ Soc., 4 déc. 1996, n°94-40693 94-40701, *Bull. civ.* 1996, V, n° 421 p.304 ; JCP 1997.I.4064, n° 11, obs. L. Cadiet ; Molfessis, *RTD civ.* 1998. 221

¹⁶⁶ Req. 15 juin 1892, S 1893. 1. 281, note Labbé

D'une part, la loi prohibe toute procréation médicalement assistée pour les couples homosexuels de sorte qu'une femme, dont l'épouse recourt à une insémination artificielle à l'étranger, ne peut pas adopter l'enfant né de cette dernière. En septembre 2014, la Cour de cassation rend deux avis par lesquels elle affirme qu'une telle pratique « *ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère* »¹⁶⁷.

Même si la Cour a pris en considération la réalité du nombre de femmes allant à l'étranger, nous pourrions y voir un recours caché au concept d'équité. En effet, n'est-il pas équitable de permettre l'adoption ? Ou alors serait-il inéquitable de ne pas leur permettre ? De plus, elle crée une règle par ses avis. Si le juge est interdit d'édifier des arrêts de règlements, a-t-il le droit de rendre « des avis de règlements »¹⁶⁸ ?

D'autre part, alors que la loi interdit la gestation pour autrui, la Cour de cassation est allée à l'encontre de la législation par deux arrêts du 3 juillet 2015¹⁶⁹. Elle juge qu'on peut transcrire sur les registres de l'état civil les actes de naissance des enfants nés à l'étranger suite à une gestation pour autrui.

Sans revenir sur les nombreux commentaires, nous souhaitons remarquer que la Cour de cassation se fonde notamment sur l'intérêt de l'enfant. Pourrions-nous également imaginer que le juge de la famille ne recourt pas indirectement à l'équité ? Était-il équitable pour un couple homosexuel de pouvoir recourir à la gestation pour autrui ? Il est certain que les frontières sont floues entre discrimination et équité.

Le juge de la famille ne recourt pas, par conséquent, pas au concept d'équité pour créer une règle de droit de manière explicite. De plus, il n'est pas certain non plus qu'il y procède même de manière dissimulée. Il n'en demeure pas moins que l'équité étant inhérente à la fonction de juger, le juge de la famille pourrait vouloir user du pouvoir normatif de l'équité objective pour créer une règle de droit. Cependant, il s'exposerait à rendre une décision *contra legem*.

Au stade de nos développements, le concept d'équité a pu être développé et a pu servir à développement abondant notre droit. Seulement, il arrive parfois que la notion se heurte à d'autres notions à contenu variable.

¹⁶⁷ Avis, °15011 et 15010 du 22 septembre 2014

¹⁶⁸ <http://mafr.fr/fr/article/par-un-avis-de-deux-lignes-du-22-septembre/> article en date du 25 septembre 2014 par M-A FRISON-ROCHE

¹⁶⁹ AP. 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-20.002, D. 2015. 1438, obs. I. Gallmeister, 1481, édito. S. Bollée, et 1773, point de vue D. Sindres ; AJ fam. 2015. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse Document InterRevues.

Paragraphe 2 : La notion d'équité face aux autres notions floues.

Comme peuvent nous l'indiquer les décisions de la Cour de cassation du 3 juillet 2015, les notions floues sont appelées à jouer un grand rôle dans certaines affaires. Tel est le cas par exemple de l'équité ou de l'intérêt de l'enfant.

Le concept d'équité peut se heurter à d'autres « *notions à contenu variable* »¹⁷⁰. D'abord, le recours à l'équité est parfois possible grâce à ces autres notions pour assouplir une règle de droit injuste. Par exemple, la première chambre civile, dans une décision du 17 décembre 2015, a jugé que la Cour d'appel avait retenu à bon droit que « *l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération* »¹⁷¹. Ici, l'évolution des mœurs permet à l'équité de tempérer, sinon d'aller à l'encontre, de la loi et du devoir de fidélité. N'excusant en rien l'adultère, l'équité permet simplement au juge de dire que l'adultère n'entache pas à elle seule l'honneur du conjoint. Nous retrouvons une fois de plus cette vision personnelle du concept.

Nous avons vu que le recours à l'équité est en quelque sorte un passage obligé pour le juge de la famille. Mais il est un domaine où l'équité doit s'effacer, sinon se confondre avec une autre notion : l'intérêt de l'enfant. Au travers de nos développements, nous avons vu que l'équité semble se confronter le plus souvent à cette notion. En effet, par exemple, lorsqu'on se penche à nouveau sur l'article 232 du Code civil, nous disions précédemment que le juge opère un recours à l'équité pour la préservation des intérêts. Il faut bien se rendre à l'évidence suivante : si le juge s'aperçoit que l'intérêt de l'enfant et ceux des époux divergent, il fera primer celui de l'enfant, son intérêt n'est-il pas « supérieur » à celui des parents ?

En atteste l'homologation d'une convention visée par l'article 373-2-7 du Code civil¹⁷², l'intérêt de l'enfant devient la norme, le repère à suivre. Néanmoins, cela est-il fait au détriment de l'équité ?

Dans l'optique de l'opération tenant à évaluer la situation dans laquelle se situe l'enfant, une question peut se poser ? Le juge peut-il indirectement recourir à l'équité ? Evidemment, il opère une évaluation de la situation dans laquelle se situe l'enfant, et va user de tous les

¹⁷⁰ J. Carbonnier. *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in C. PERELMAN et R. VANDER (dir.), *Les notions à contenu variable en droit en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 112

¹⁷¹ Civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549, publié au Bulletin ; D. 2016. 77 ; *ibid.* 277, obs. E. Dreyer ; AJ fam. 2016. 109, obs. B. de Boyssso ; RTD. Civ. 2016. 81 obs. J. HAUSER

¹⁷² L'article 373-2-7 du code civil selon sa réduction issue de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002

instruments afin de vérifier la préservation de l'intérêt. Mais comment peut-il l'apprécier ? Nécessairement, des considérations d'équité doivent lui permettre de répondre. Le juge recourrait-il au concept d'équité dans cette situation ? Le juge recherche-t-il une solution juste et équitable pour l'enfant ?

Quoi qu'il en soit, nous nous devons de dire qu'au mieux, l'équité est utilisée dans la préservation de l'intérêt de l'enfant. Cependant, la notion d'intérêt de l'enfant suffit largement au juge de la famille et qu'il n'a pas besoin d'une autre notion.

Nous pouvons aller plus loin, si nous nous penchons sur des cas où le juge de la famille se penche sur des aspects pécuniaires, « *l'accord n'a pas besoin d'être soumis à un contrôle lourd du juge aux affaires familiales* »¹⁷³. Par conséquent, il faut conclure que l'équité, s'il y a une hiérarchie, est inférieure, à l'intérêt (supérieur) de l'enfant. Serait-ce également une autre définition de la supériorité de cet intérêt : supérieur car le meilleur intérêt, supérieur car supérieur à celui des parents et ici, supérieur car notion prédominante par rapport aux autres notions à contenu variable.

Ainsi, le concept d'équité permet de développer le droit de la famille dans des domaines divers et variés. Simplement, ce concept flou n'est pas le seul à le permettre et ils peuvent être utilisés de concert par le juge de la famille.

¹⁷³ N. FRICERO *le cadre juridique des modes amiables de résolution juridique des litiges familiaux* in L. ANTONINI-COCHIN (dir) *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant 2014, p.77

Conclusion générale

Afin de conclure ce mémoire qui était intitulé « le recours au concept d'équité par le juge de la famille », nous avons vu que le juge pouvait y recourir de différentes manières, en utilisant différentes fonctions de l'équité et ce, pour différents objectifs. C'est parce que l'équité est inhérente au jugement qu'elle se fait une place évidente. Plus encore, le concept d'équité revêt une double puissance.

D'une part, la famille évoluant sans cesse du fait des mœurs, des opinions politiques etc., le concept d'équité apparaît comme un instrument qui va pouvoir permettre l'adaptation du droit à la réalité. En effet, le juge de la famille recourra à l'équité afin de tempérer notre droit, de le corriger et même de l'écarter si cela est nécessaire. De plus, il est certain que le juge y recourt, de façon dissimulée ou non, de façon consciente ou pas. En étant conscient du danger que représente l'équité du fait de son éventuel caractère arbitraire, nous pouvons émettre un souhait. Nous pourrions prudemment avancer qu'il serait bien, de manière conditionnée et circonspecte, que le législateur ouvre plus largement la porte aux renvois explicites en droit de la famille. Ainsi, le juge ne se retrouverait plus dans cette situation gênante de devoir la déguiser.

D'autre part, il n'est pas seulement un instrument de cette évolution mais représente également son moteur. Le juge de la famille peut donner l'impulsion à la création de règles si ce n'est que pour combler les lacunes éventuelles de la sacrosainte loi. De plus, même si la Cour de cassation considère que ce concept n'est pas une source de droit, on ne peut pas nier qu'il est à l'origine de règles jurisprudentielles. Plus encore, le concept d'équité n'est-il pas déjà souvent une justification pour créer une règle de droit strict ? Nous pouvons répondre par la positive, d'autant plus que cette idée était déjà avancée par le canoniste Peter LANDAU en 1234¹⁷⁴

Cette étude nous permet de dire que même si le recours à l'équité est limité par les termes mêmes de la loi, le juge de la famille use de cette équité omniprésente pour développer le droit de la famille ainsi que pour influencer le droit à venir.

¹⁷⁴ Peter LANDAU, nouvelle collection du droit de l'église avec le grand recueil : les décrétales de Grégoire IX, 1234

Bibliographie

Ouvrages généraux

ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2013, p. 430

CARBONNIER J., *Introduction*, Paris, P.U.F., coll. « Thémis », 26^{ème} édition, 1999, p. 32

CORNU G., *Introduction, Les personnes, Les biens*, 13^{ème} édition, Paris, Montchrétien, p. 72

D'AMBRA D., *Conciliation et arbitrage* in GUINCHARD, S. (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 2014, Dalloz, coll. Dalloz action 2014, n°325.15

FABRE-MAGNAN M., *Introduction au droit*, (2^{ème} édition), Que sais-je, n°1808, Chap. V, L'argument en droit, III, Raisonner, 2014, p.80

FARGE C., *Liquidation du régime matrimonial de participation aux acquêts* in GRIMALDI M. (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 2015/2016, 5^{ème} édition, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015, n°172.81 à 171.84

Ouvrages spéciaux

ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, thèse de doctorat, Droit privé, Montpellier 1, LGDJ, 2000, pp. 68, 69, 144, 240, 248, 249

BABY W., *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité*, thèse de doctorat, Toulouse 1, Defrénois, lextensoeditions, 2013, pp. 298, 300

BERTHET P., *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, thèse, Droit privé, L'Harmattan, 2000, pp. 51, 154, 181

BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, thèse, droit privé, Paris 2, LGDJ, 1999, , 2000, p. 314

CARBONNIER J., *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in PERELMAN C. et VANDER R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp.99-112

CUMYN M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse de doctorat, Droit, Paris 1, LGDJ, 2002, pp. 58, 60

D'AMBRA D., *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, thèse de doctorat, Droit, Strasbourg, LGDJ, 1994, pp. 101,103

FRICERO N., *Le cadre juridique des modes amiables de résolution juridique des litiges familiaux* in ANTONINI-COCHIN L. (dir.), *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.77

LARRIBAU-TERNEYRE V., *Le cadre juridique général de la médiation familiale*, in ANTONINI-COCHIN L. (dir.), *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 10 s.

POMART-NOMDEDEO C., *La magistrature familiale, vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*, thèse de doctorat, droit privé, Lille 2, L'Harmattan, 2003, pp. 110, 135, 310, 312

RICHARD OUEDRAOGO R.W., *La notion de devoir en droit de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Paris 8, Bruylant, 2014, pp. 259, 261, 263

WEILLER L., *La médiation familiale*, in WEILLER L. (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012 pp. 59, 60

Articles

ALBIGES C., Rep. Civ., *Équité*, Dalloz, 2009, n°34

CHAMOULAUD-TRAPIERS A. Defrénois, 2015, n°24

JUSTON M., *Le juge aux affaires familiales, garant de la liberté et de l'altérité*, Gaz. Pal. 26 avril 2009, n°106

CADIET L. *L'équité dans l'office du juge civil* in CADIET L. et GUINCHARD S. (dir.) *Justice et équité, Justices*, Dalloz, 1999, n° 9, p. 87

KESSLER G., étude, le refus de la prestation compensatoire : panorama de jurisprudence Dr. fam. 2015, n°1

La recevabilité d'une action en révision à l'encontre d'un divorce par consentement mutuel, Gaz. Pal. 16 novembre 2008, n° 106

MALLET-BRICOURT B., *Arbitrage et droit de la famille*, Droit et Patrimoine 2002, n°104, p.61

MARTZLOFF, *L'équité devant le juge civil français* in FRYDMAN P. (dir) *Justice, médiation et équité*, Droit et démocratie, 1992, p. 57

NEFUSSY N. *Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'un devoir unique d'entraide conjugale*, LPA 2009, n° 256

ROMANI A.-M., Rep. Civ., *Enrichissement sans cause*, Dalloz, 2015, n°50

Références électroniques

ATILF (Analyse et traitement informatique de la langue française) et al., Le trésor de la langue française informatisé [en ligne], disponible sur Internet: <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>

PERBEN D., *La réforme du divorce et de la procédure en matière familiale, guide méthodologique*, 2004, disponible sur

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/gmreformedivorce.pdf

FRISON-ROCHE M.-A., *Par un avis de deux lignes du 22 septembre 2014, la cour de cassation ouvre le marché des mères et des bébés : que fait le politique ? que peut faire la cour de cassation ?*, 25 septembre 2014, disponible sur <http://mafr.fr/fr/article/par-un-avis-de-deux-lignes-du-22-septembre/>

Vous n'aurez plus à passer devant un juge pour un divorce par consentement mutuel, 5 mai 2016, disponible sur http://www.huffingtonpost.fr/2016/05/05/divorce-par-consentement-mutuel_n_9846428.html

Ouvrages philosophiques

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 14

CICERON, *Rhétorique à Herennius*, Livre II. XIII. 19

HOSTIENSIS, *Summa aurea*, I, V, *De Dispensationibus*, vers 1250

LANDAU P., *nouvelle collection du droit de l'église avec le grand recueil : les décrétales de Grégoire IX*, 1234

Annexes

1) Echange de courriels avec Madame le Juge Josiane BIGOT, présidente de la chambre de la famille de la Cour d'appel de COLMAR – 2 au 18 mai 2016

- Le Lundi 2 Mai 2016 19:30, BIGOT Josiane (Josiane.Bigot@justice.fr) a écrit:
Mme Blecler m'a transmis votre demande
Je répondrai volontiers à vos questions. Voulez-vous les formaliser?
Bien à vous,
Josiane BIGOT
Présidente de Chambre
Cour d'Appel 9 avenue Raymond Poincaré
BP 549
68027 COLMAR
0389208925

- Le mardi 3 mai 2016 10:12 KAUFFMANN Stéphane (stephane.kauffmann@etu.unistra.fr) a écrit :
Chère Madame,
en droit de la famille, les renvois au concept même d'équité sont très restreints (je vise notamment l'article 270 al 3 du Code civil pour ne nommer que lui).
De plus, les juges sont soumis à l'article 12 du code de procédure civile qui vous oblige de statuer exclusivement en droit et de bannir l'équité.
Plusieurs auteurs s'accordent à dire qu'il existe chez les juges un mécanisme de syllogisme inversé ou à rebours, c'est-à-dire que le juge trouve une solution qui lui paraît équitable (ou humainement équitable) et va ensuite déguiser son syllogisme pour arriver à cette solution.
Mes questions sont par conséquent les suivantes :
 - 1) - Avez-vous déjà procédé ainsi ?
- Savez-vous si les juges de la famille (au sens large du terme) y ont recours fréquemment ? Est ce une pratique que l'on peut retrouver régulièrement ? Cela dépend t-il des juges ? de l'expérience qu'ils ont ?
 - 2) - En cas de réponse positive, comment se préserver d'une censure ? Comment "déguiser" une motivation pour ne pas faire apparaître l'équité et risquer ainsi une censure ?
 - 3) - En droit de la famille, les avocats ont ils intérêts à user d'arguments plus humains et moins juridiques pour tenter de faire statuer le juge en équité ? Y a t-il une sorte de stratégie contentieuse à suivre en fin de compte ?
 - 4) - Avez-vous un exemple d'une décision où tel aurait été le cas ?Enfin, j'ai une dernière question relative à l'article 12 alinéa 3 du code de procédure civile qui est relatif à l'amiable composition. Evidemment, étant donné qu'un juge ne peut pas statuer en amiable compositeur pour les droits dont on n'a pas la libre disposition, le droit de la famille est quasiment incompatible avec l'amiable composition :
 - 5) A votre avis, devrions-nous étendre plus largement l'amiable composition au droit de la famille ?Mes questions sont nombreuses et je vous remercie chaleureusement d'avance pour vos précieuses réponses.
Bien à vous,
Stéphane KAUFFMANN
Etudiant du Master 2 droit privé fondamental,

- Le 3 mai 2016 à 12 :37, BIGOT Josiane (Josiane.Bigot@justice.fr) a écrit:

J'ai omis de répondre immédiatement et ai failli oublier mille excuses

Oui la notion d'équité est inhérente à l'acte de juger. La décision de justice cherche à restaurer la paix entre les parties et tout particulièrement en matière familiale. La règle de droit est le repère , la référence mais l'interprétation est souvent dictée par l'équité .Il en est ainsi évidemment pour tout ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale: résidence, droit de visite puisque le seul impératif du juge est l'intérêt de l'enfant. Il en est ainsi aussi pour l'attribution du domicile conjugal.

S'agissant de la prestation compensatoire , le juge statue selon des critères légaux certes, mais les montants ne sont pas appliqués en fonction de barèmes (sauf exception par certains collègues de 1ere instance) et restent déterminés selon chaque situation et par conséquent en équité

En outre l'art 271 CC permet d'écarter une prestation compensatoire qui serait due en application des critères de disparité pour des raisons d'équité lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation. Cependant le législateur a eu la prudence de préciser qu'il faut des circonstances particulières de la rupture pour éviter le retour à l'exclusion de la PC en cas de faute .Et les juges appliquent effectivement avec parcimonie cette possibilité, octroyant facilement une PC à l'époux qui voit le divorce prononcé à ses torts exclusifs. Nous avons de mémoire appliqué cette règle 2 fois en 2 ans

Pour les avocats ils usent forcément d'arguments "humains" pour cette matière mais ils ne sont pertinents que lorsqu'ils les réfèrent à un support de droit; c'est tout un art et réciproquement d'ailleurs dans la rédaction des décisions de justice. Celles ci en la matière doivent non seulement dire le droit mais faire œuvre souvent de pédagogie

Pour ce qui est de l'amiable composition sa définition même empêche qu'elle soit applicable en droit de la famille mais le législateur incite à la médiation de plus en plus fortement et je regrette quant à moi que le juge ait un peu oublié sa 1ere mission de conciliateur qui en cette matière est primordiale

Pour ma part je réalise souvent des comparutions personnelles des parties et nous parvenons ainsi fréquemment à des accords

Vous pouvez revenir vers moi pour des précisions bien entendu

Bien à vous,
- Le 18 mai 2016 à 08:45, KAUFFMANN Stéphane (stephane.kauffmann@etu.unistra.fr) a écrit :

Chère Madame,

Je vous remercie chaleureusement pour vos réponses. Puis-je vous demander, s'il vous plaît, l'autorisation de les inclure dans mon mémoire (en vous nommant) ?

Sincères salutations, Stéphane KAUFFMANN
- Le Mercredi 18 Mai 2016 00:07, Josiane BIGOT (jjbigot@gmail.com) a écrit:

Sans problème

Bien à vous,

JB

Table des matières

PLAN.....	1
Liste des principales abréviations	2
Introduction.....	3
Partie 1 : Un difficile recours au concept d'équité par le juge de la famille	7
Chapitre 1 : Impossibilité de principe à recourir au concept d'équité en droit de la famille ..	7
Section 1 : Une interdiction générale de statuer en équité.....	7
Paragraphe 1 : Mise en œuvre par le juge de la famille des seules règles de droit	7
Paragraphe 2 : La place d'un syllogisme « à rebours » au sein du droit de la famille..	10
Section 2 : Le recours au concept d'équité par le juge de la famille par le biais de l'amicable composition	12
Paragraphe 1 : Le recours au concept d'équité encadré par des conditions strictes	12
Paragraphe 2 : Application trop restreinte pour le droit de la famille	14
Chapitre 2 : Le recours au concept d'équité par le juge de la famille permis par des renvois explicites.....	16
Section 1 : Des renvois explicites limitant et encadrant le recours au concept d'équité par le juge de la famille	16
Paragraphe 1 : Les renvois limitant les recours du juge de la famille au concept d'équité.....	16
Paragraphe 2 : Les renvois encadrant les recours du juge de la famille au concept d'équité.....	18
Section 2 : Des renvois permettant une marge de manœuvre certaine du juge de la famille	20
Paragraphe 1 : Ouverture et extension des recours autorisés par les renvois explicites	20
Paragraphe 2 : Une liberté d'appréciation des renvois explicites vérifiée par les contrôles existants.....	23
Partie 2 : Le droit de la famille, domaine propice au recours au concept d'équité	26
Chapitre 1 : Un recours par le juge de la famille à l'équité pour combler les lacunes de la loi	26
Section 1 : Les couples non mariés	26
Paragraphe 1 : Recours au concept d'équité par application de la théorie de l'enrichissement sans cause aux concubins.....	26
Paragraphe 2 : Du recours au concept d'équité à un devoir de contribution aux charges du ménage	29
Section 2 : Recours au concept d'équité pour les couples mariés.....	31
Paragraphe 1 : Le recours au concept d'équité en matière d'obligation alimentaire.....	31

Paragraphe 2 : Le recours au concept d'équité en matière de contribution aux charges du mariage	33
Chapitre 2 : Un recours au concept d'équité appelé à se développer en droit de la famille .	35
Section 1 : Le recours au concept d'équité par la recherche d'un équilibre entre intérêts	35
Paragraphe 1 : Le recours implicite par le juge de la famille à l'équité afin de tendre vers un équilibre familial	35
Paragraphe 2 : Le recours au concept d'équité par le juge de la famille par le biais des modes amiables de résolutions des conflits.....	38
Section 2 : Le développement relatif du concept d'équité en droit de la famille	41
Paragraphe 1 : Un recours à l'équité normative par le juge de la famille.....	41
Paragraphe 2 : La notion d'équité face aux autres notions floues.	43
Conclusion générale	45
Bibliographie.....	46
Annexes	49