Définir l'équité

Magdi Sami ZAKI
Maître de conférences à l'Université de Paris X

RÉSUMÉ.— Il existe deux définitions principales de l'équité. Selon l'une, faussement attribuée à Aristote, « l'équité est la justice dans le cas concret ». Selon l'autre, « l'équité est une exception au droit strict ». Aucune autre notion fondamentale n'a été entourée d'autant de mystères, d'incertitudes et d'embarras comme en témoigne l'idée reçue assimilant l'équité à une sentence discrétionnaire laissée à la libre appréciation du juge. En réalité, l'équité n'est pas un jugement flou, impressionniste. Elle se dégage d'une démonstration rigoureuse qui ne saurait être réfutée, infirmée, renversée par la preuve contraire.

1. *Faillibilité des lois.* Si les hommes étaient parfaits, ils n'auraient pas besoin de « lois ». Si les « lois » étaient parfaites (1), elles ne s'opposeraient pas à l'équité. Les lois corrigent les hommes. L'équité corrige les lois, les seconde, supplée à leur défaillance selon le mot de Papinien (2).

2. *Aequitas, nivellement.* Le droit romain, *jus civile*, était réservé aux citoyens romains. Les étrangers (*peregrini*) n'ont cessé de grossir la population avec l'extension de l'Empire romain. Un magistrat spécial, le *praeter peregrinus* leur appliquait, à partir du milieu du III^e^ siècle avant J.-C., les principes généraux en vigueur chez les différents peuples méditerranéens. C'est la consécration du droit des gens, le *jus gentium* beaucoup moins formaliste que le droit romain. Le triomphe des règles du droit des gens était tel qu'elles finissaient par s'appliquer aux Romains eux-mêmes. La bonne foi est devenue le fondement des rapports contractuels. Les classifications anciennes se sont estompées peu à peu. Il en est ainsi entre Latins et Grecs, citoyens et étrangers, libres (*ingénus*) et esclaves affranchis, entre praticiens et plébéiens, entre biens précieux (*res mancipi*) et biens non précieux (*res nec mancipi*), entre parenté fondée sur la volonté du *pater familias (agnatio)* et parenté par le sang (*cognatio*). Cette opération consistant à lever les cloisonnements, à supprimer les ségrégations, à faire disparaître les distinctions abstraites s'appelait *aequitas*, l'équité, c'est-à-dire l'égalité, l'équivalence, le *nivellement* entre les choses (3). L'*aequitas* dérive du sanscrit *éka, aika* ou *aikya* qui signifie *un*. *« Mi é tutt'uno », « alles ist mir eins »* (4). Tout est égal, pareil, semblable. Rappel

(1) COTTA, « Le droit à l'infaillibilité et la faillibilité du droit », *in L'infaillibilité*, Paris, 1970, p. 27. BEUDANT disait : « Toute loi en soi est un mal », V. *Le droit individuel et l'État*, 1891, p. 148.

(2) JESTAZ, v° Équité, *Encycl.* Dalloz, t. 4, n° 2.

(3) Henry SUMMER MAINE, *L'ancien droit*, Paris, 1874, trad. Courcelle Seneuil, p. 42 et s., 57, 8. Aly BADAWI, « Recherches sur l'histoire générale du droit », t. 1, éd. Egypte, 1947, p. 70 (en arabe) ; GUARINO, « Equità » (Diritto romano), *Nov. dig. it.*, t. VI, p. 620.

(4) GIANNINI, « L'equità », *Arch. giur.*, 1931, t. XXI, p. 181.

de l'unité des origines, de l'unité cosmique dont l'Antiquité égyptienne avait la profonde intuition puisque Dieu était représenté moitié homme, moitié animal.

3. *L'équité : justice dans le cas concret.* Il est très courant de définir l'équité comme « la justice dans le cas concret » (5). Cette définition remonte aux scolastiques qui résumaient ainsi un passage célèbre de l'*Éthique à Nicomaque* (6). Or cette contraction est une déformation de la pensée d'Aristote, proteste énergiquement le professeur Frosini (7). Jamais un homme d'une telle intelligence, dit-il, n'a proféré une sottise de ce genre (8). Si l'équité est une justice dans le cas concret, en quoi consiste la justice tout court ? Est-ce une justice dans le cas abstrait ? Cela est absurde. La justice est une pratique par excellence. Elle se trouve seulement dans l'action. Elle n'aura pas lieu en dehors des cas concrets. Aristote voulait dépasser la règle écrite conçue pour la généralité des cas en faisant de l'équité le droit (et non la justice) dans le cas concret (9). L'équité serait synonyme d'un droit non écrit comme le droit anglo-saxon forgé par des coutumes et des précédents judiciaires. Elle serait une libération des textes comme le droit musulman « qui devrait être tout entier dans le Coran mais qui, en réalité, est presque tout entier en dehors de lui » (10). Cependant le droit non écrit se laisse figer dans des solutions rigides, comme ce fut le cas de la *common law* anglaise (11). Il s'atrophie sous la pesanteur des traditions, à l'instar du droit musulman (12). Plus qu'un droit non écrit, l'équité est une méthode casuistique, portée vers l'individualisation et la recherche de la solution adaptée à l'espèce.

4. *L'équité : exception au droit strict.* Cicéron avertit : le droit le plus strict est la plus grande injustice, *summum ius summa injuria*. Face aux lois inflexibles, l'équité se présente comme une force d'opposition. Le contraste est frappant au cours de l'histoire entre « *epiekeia* et *nomos, aequitas* et *ius, equity* et *common law, Billigkeit* et *strenges Rechts* » (13).

L'équité est « une exception au droit strict » (14). Cela suppose l'existence d'une règle préalable sévère. Or l'équité opère aussi dans le silence des lois. Le droit strict n'est pas inique en soi. L'équité consisterait parfois à appliquer strictement le droit strict,

(5) MICELI, « Sul principio di equità », *in Studi di diritto... in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, p. 89 ; CARNELUTTI, « L'equità nel giudizio penale », *Gius. pen.* 1945, p. 3 ; Carlo Maria de MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 276.

(6) ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Voilquin, Garnier-Flammarion, Livre V, chap. X.

(7) FROSINI, « Equità (nozione) », *in Enciclopedia del diritto*, t. XV, p. 69.

(8) Intervention aux débats, *L'équité*, Lecce, Giuffré, 1975, p. 127.

(9) FROSINI, *Nozione di Equità, op. cit.*p. 70.

(10) Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 36.

(11) PASLEY, « L'equity en droit anglo-américain », *in Rev. internat. dr. comp.*1961, p. 292.

(12) La notion d'intérêt joue en droit musulman le même rôle que l'équité (TYAN, « Méthodologie et sources du droit en Islam », *Studia islamica*, t. 10, p. 79 ; CHEHATA « L'équité en tant que source du droit hanafite », *ibid.*, t. 25, p. 123 ; Mohammed SULTAN, *L'équité entre le droit musulman et le droit romain*, Beyrouth, 1962 (en arabe)) ; l'intérêt doit cependant, écrit le Professeur KHALLAF, dans son ouvrage *Science des fondements du Figh (doctrine)* (éd. Dar Al Kalam, 1978, p. 86 et s.) être réel et non fictif, l'intérêt serait fictif si l'on retirait à l'homme son droit de répudier sa femme. L'intérêt ne doit pas contredire un texte. On ne tient pas compte, selon cet auteur, de l'intérêt exigeant l'égalité des sexes dans l'héritage, car celle-ci est abrogée par le Coran.

(13) PEREZ LUNO, « Aspetti e funzioni dell'equità », *in Riv. int. fil. dir.*, 1977, p. 838.

(14) AGOSTINI, « L'équité », D. 1978, chr. p. 7 et s ; LANGE, « Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1954, p. 319 ; Ralph NEWMAN, *Equity and Law*, New-York, 1961, p. 13.

à attribuer à chacun son dû sans faveur ni laxisme (15). L'équité peut également être intransigeante et impérative (16). L'art. 1152 du code civil autorise le juge à modérer la clause pénale manifestement excessive. Ce pouvoir modérateur du juge ne saurait être écarté par les parties. « Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ». Les exceptions qui évincent le droit strict sont nombreuses et de nature différente. L'état de nécessité ne connaît pas de loi. Il déroge aussi aux dispositions légales rigoureuses (17). Comment distinguer état de nécessité et équité ? « L'équité, observe Kant, admet un droit sans contrainte (*Recht ohne Zwang*) et la nécessité une contrainte sans droit (*Zwang ohne Recht*) » (18). Il serait cependant inexact de croire que l'équité soit platonique. Elle peut être assortie de sanctions très dissuasives. Selon le droit prétorien, si le défendeur refuse d'exécuter en nature, il devra payer une indemnité laissée à l'appréciation du demandeur ! (19) En Angleterre, le Chancelier qui tranchait le litige en *equity* pouvait délivrer des ordres, des injonctions, des *wrights sub poena* (20), exigeant du défendeur de se comporter de telle ou telle manière, sinon il « sera envoyé en prison ou verra ses biens saisis et mis sous séquestre « (21).

5. Le mérite de la définition est d'indiquer l'esprit de l'équité. La méthode d'individualisation s'oriente dans le sens de la modération. L'équité agit pour atténuer, assouplir, mitiger les rigueurs extrêmes du droit positif. L'*epiekeia* grec signifie indulgence (22). L'*aequitas* romain était devenu sous l'influence du christianisme, synonyme de *benignitas* (23), *humanitas, pietas, caritas* (24), clémence et mansuétude (25), notions à ne pas confondre avec le pardon ou la grâce qui peuvent ne pas être mérités et s'exercer malgré l'indignité du sujet alors que la clémence est méritée (26). L'équité serait donc une dispense justifiée par des circonstances concrètes (dispense de peine ou d'interdiction, d'âge minimum dans le mariage, de devoir de cohabitation, de charge comme la tutelle...).

6. *Équité et opportunité.* Celse présente le droit comme l'art du bon et de l'équitable « *ius est ars boni et aequi* » (27). D'où l'expression allemande « *recht und billig* » (28),

(15) Jean DANET et Gérard DURAND, *Politique des contrats en agriculture*, Nantes, 1977, p. 29.

(16) Francesco GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 234.

(17) Marcel WALINE, *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, 1949, p. 192 ; Soc. 5 juill. 1965, B.IV, n° 545, p. 460.

(18) KANT, *Métaphysique des mœurs*, 1ère partie, *Doctrine du droit*, trad. Philonenko, Paris, 1979, p. 108.

(19) STEIN, « Equitable principales in roman law », *in Equity in the World's legal Systems*, Bruxelles, Newman, 1973, p. 85.

(20) BARTEN, « Equity in the medieval Common Law », *in Equity in the World's legal Systems*, p. 146.

(21) René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1974, p. 354.

(22) Francesco D'AGOSTINO, *Epieikeia in teme dell'equità nell'antichita greca*, Milano, 1973 ; *La tradizione dell'epieikeia nel medioveo latino*, Milano, 1976.

(23) L'Evangile prêche la douceur. Math. II, 29 et la bienveillance, Phil. 4, 5 ; 1 Tim. 3, 3 ; Tit. 3, 2 ; Jac. 3, 17.

(24) GUERINO, *op. cit.*, p. 624 *in fine* ; BROGGINI, « Aspetti storici e comparativistici », *in Equità*, Lecce, 1975, p. 20.

(25) GIANNINI, *op. cit.*, p. 207 ; JAEGER, « Justinien et l'episopalis audentia », *Rev. his. dr. fr.*, ét. 1960, p. 214 (232).

(26) D'AGOSTINO, *Epieikeia, op. cit.*, p. 119 et s.

(27) Henri ROLLAND et Laurent BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, 1977, t. 1, p. 445.

(28) MASHI, *Certezze del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, Studi E. Betti, Milano, 1962, v. III, p. 411.

le terme *bonum* traduit les considérations d'utilité ou d'opportunité (29) dont on espère qu'elles vont rejoindre les inspirations d'équité lors de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire comme le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites par le Ministère public ou de prendre une décision laissée à l'entière liberté de l'administration. Mais ce n'est pas toujours le cas. Les considérations d'opportunité risquent parfois d'entraver le jeu de l'équité, l'administration pouvant, par exemple, refuser de prêter main forte pour permettre l'exécution d'une décision juste de crainte de troubles (30). Lorsqu'une mésentente oppose deux salariés, l'employeur avant de se séparer de l'un d'eux, peut ne pas chercher lequel a raison, mais garder celui qui lui est le plus utile (31). Les tribunaux ne font pas bénéficier les « petits » d'une solution équitable pour ne pas écraser un « grand » sous le poids de réclamations et de revendications. Les transactions opportunes destinées à mettre fin au litige ne sont pas nécessairement équitables (32). Leur validité n'exige pas l'équivalence des concessions (33). Elles ne sont pas attaquables pour lésion (art. 2052 c. civ.). Selon certains auteurs, l'arbitre amiable compositeur imposera une solution plus transactionnelle qu'équitable pour motif d'opportunité en vue de maintenir les bons rapports entre les parties (34).

7. *Équité et légalité*. Lorsque Delavigne dit que le « droit est la plus belle découverte que les hommes aient faite contre l'équité » (35), il semble ignorer l'équité *infra legem*, reçue par le législateur, l'*aequitas scripta* (36) et l'équité *praeter legem* opérant dans le silence de la loi. Quand, à l'autre extrême, Maggiore note que l'équité n'est pas une source du droit mais la source du droit (37), il minimise le rôle de l'équité *contra legem*, celle qui s'efforce de « rétablir la justice violée par le droit » (38).

8. *L'équité infra legem*. a) *Renvoi exprès*. En 1804, le code civil fait mention de l'équité dans trois textes seulement, art. 565 (accession), art. 1135 (contenu des obligations contractuelles), art. 1854 (règlement de parts sociales). Des réformes législatives ont introduit d'autres références explicites : art. 278 (refus d'homologuer dans le divorce par consentement mutuel la convention relative à la prestation compensatoire), art. 280-1, al. 2 (octroi exceptionnel d'une indemnité à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé), art. 815-13 (règlement d'une dette d'indivision), art. 1579 (révision des règles d'évaluation des biens dans le régime de participation aux acquêts). Autre renvoi exprès, l'article 700 c. pr. civ. (remboursement des frais irrépétibles).

9. b) *Renvoi implicite. Le pouvoir modérateur du juge*. Le législateur autorise le juge de statuer en équité chaque fois qu'il lui attribue un pouvoir modérateur. Il en est notamment ainsi à l'égard de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire (art.

(29) Charles de VISSHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Paris, 1972, p. 23.

(30) AGOSTINI, *op. cit.*, p. 12 ; COET, « Les notions-cadres dans le code civil », *in Les petites affiches*, 1986, n° 95, p. 30.

(31) Ch. réun., 27 avr. 1961, J.C.P. 1961. II.12165.

(32) CORETTI, « Il valore delle missime di equità », *Scritti giuridici in onore di F. Carnellutti*, Padova, 1950, t. 1, p. 295, 308 et s.

(33) Req. 24 déc. 1900, D.1901. I. p. 135 ; Nancy, 12 fév. 1898, D. 1899, 2, p. 86.

(34) Antoine KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage*, Paris, 1987, p. 294 et s.

(35) P. POITEVIN, *Nouveau dictionnaire universel de la langue française, v° Equité*, Paris, 1860.

(36) BOULET-SAUTEL, « Equité, justice et droit chez les glossateurs du XIIème siècle », *in Recueil de mémoires et travaux*, Montpellier, 1951, fasc. II, p. 10.

(37) « L'equità e il suo valore nel diritto », *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 256.

(38) MAZEAUD, « Les notions de "droit", de "justice" et "d'équité" », *Mélanges Simonius*, Basel, 1955, p. 231.

1152 c. civ.) (39) et à propos de la clause de dureté permettant de rejeter le divorce pour rupture de la vie commune (art. 240) (40) et réviser la prestation compensatoire (art. 273) (41).

10. A suivre ces exemples, le domaine de l'équité ne se limite pas aux conflits entre deux personnes. Il intervient aussi pour trancher un conflit entre deux patrimoines (42). D'après M. Stefano Rodotà, il ne faut pas se faire d'illusion. Dans le système capitaliste, l'équité n'a pas pour rôle d'assurer aux justiciables un traitement individualisé, mais d'éviter que le jugement ne soit rendu selon d'autres critères que ceux du marché (43). La fonction de l'équité consiste à établir le jeu normal du marché momentanément perturbé par des facteurs déviants (44). C'est dans ce sens qu'il convient de comprendre le pouvoir du juge de modérer la clause pénale manifestement abusive. Car l'abus extrême trouble le fonctionnement du marché libéral. Ce dernier a besoin de se moraliser pour se renforcer (45). L'équité en question est conservatrice.

11. *Les notions-cadres* : Le législateur utilise parfois des *clausula generalis*, des notions indéterminées à contenu variable (46), à préciser par le juge dans chaque cas, tels le concept des bonnes mœurs, des justes motifs (47) ou le devoir de se prononcer en fonction des besoins ou des intérêts en présence (48), intérêt de la famille (49) ou de l'enfant (50). L'équité serait-elle l'une de ces notions-cadres ? Les partisans les plus convaincus de la théorie pure du droit, ceux qui isolent les normes juridiques de leur environnement social ne sauraient nier que certaines *clausula generalis* ont servi d'ouvertures idéologiques destinées à influencer le juge politiquement (51). Une notion comme celle de l'intérêt de la famille reflète l'intérêt de la société (et pas seulement capitaliste (52)) de se reproduire telle quelle. Les notions-cadres se réfèrent souvent à des valeurs communes et visent à la normalisation et à la standardisation (ex. les bonnes mœurs (53)) alors que l'équité est une œuvre d'individualisation. Le rapprochement entre notion-cadre et équité s'impose chaque fois que l'individualisation est souhaitable. L'intérêt de l'enfant doit être apprécié *in concreto*, cet intérêt varie d'un enfant à l'autre et selon l'âge du même enfant.

(39) PISANT, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale », *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 647.

(40) FURKEL, « La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ? », D. 1977 chr. p. 83.

(41) DURRANDE, « Le contentieux de la prestation compensatoire après divorce », D. 1983, chr. p. 191.

(42) Comp. André DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse, Toulouse, 1984, p. 33.

(43) Interventions au Congrès de Lecce 1975, p. 137.

(44) RODOTA, « Quale equità ? », *in L'equità*, Lecce 1975, *op. cit.*, p. 47 et s. et la réponse de MAJELLO, *ibid.*, p. 200 et s.

(45) Dossier « Entre l'équité et les exigences du système de production. La justice en question », *in Le Monde diplomatique*, janv. 1978, p. 13-18.

(46) *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Bruxelles, 1984.

(47) COET, « Les notions-cadres dans le code civil. Etude des lacunes intra-legem », *Les petites affiches* 1986, n° 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 101, 105.

(48) PATARIN, « Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements de succession », *Mélanges Voirin*, Paris, 1966, p. 618.

(49) THERY, « L'intérêt de la famille », J.C.P. 1972. II. 2485.

(50) DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », D. 1959. chr. p. 179.

(51) Il en était notamment ainsi en Allemagne après 1933 par le recours à un concept tel « le sain sentiment du peuple », V. Karl ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968, p. 213.

(52) BOURJOL, JEAMMAUD, JEANTIN, « Le droit bourgeois en dépassement », *in Pour une critique du droit*, Paris, 1978, p. 64.

(53) DE MARINI, *op. cit.*, p. 192.

12. *L'équité praeter legem. Interprétation extensive et analogie.* L'interprétation donne au texte son sens véritable. Même extensive, elle peut n'être qu'une simple « mise à jour » de la loi (54) et permet de s'interroger sur le but de celle-ci, la *ratio legis*, d'atteindre des hypothèses non envisagées expressément par le législateur mais qui entrent cependant dans l'orbite de ses dispositions. C'est ainsi que la jurisprudence a pu réprimer le vol d'électricité (55), indemniser le dommage moral (56), considérer les lettres missives comme écrits probatoires (57), le choc émotionnel comme coups et blessures (58). A la différence de cette interprétation extensive, l'analogie dépasse le texte en l'appliquant à un cas non prévu mais semblable (59). Exemple : faire bénéficier de l'immunité familiale prévue dans l'art. 380 c. pén. pour le vol, l'auteur d'un abus de confiance ou d'une escroquerie (60). Le dépassement du texte par l'analogie n'empêche pas que celle-ci, comme tous les autres procédés d'interprétation (*a contrario, a fortiori*) complète la loi de l'intérieur. Carnelutti a pu écrire que l'analogie réalise le droit par « auto-intégration » alors que l'équité agissant de l'extérieur, opère une « hétéro-intégration » (61). Certes le juge d'équité peut s'appuyer sur des textes, mais pour en dégager une énergie puissante qui va embrasser les cas les plus variés (pas forcément semblables comme dans l'analogie), les espèces les plus hétéroclites : don d'ubiquité dû à l'équité qui, par son élan créateur, a dégagé l'enrichissement sans cause (62) de quelques applications éparses (répétitions de l'indû, impenses (63)...) et qui a élevé sur l'article 1384 al. 1 cette construction imposante de la responsabilité du fait des choses, comme un « gratte-ciel sur une tête d'épingle » (64).

13. *Les lacunes.* L'équité *praeter legem* surgit encore avec plus de clarté face aux textes inaudibles, muets (65). Le code civil de 1804 ignore le contrat d'assurance (66), les fondations (67), la classe ouvrière (68) et... l'ouvrière. « Lorsqu'on lit le code civil, on voit bien que les rédacteurs songeaient surtout aux femmes bien dotées, épousant des

(54) BEL, « Le précédent judiciaire en droit privé français », *Rev. int. dr. comp.*, n° spécial, v. 6, 1984, p. 173 ; MICHAUD, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "Sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain », *Rev. int. dr. comp.*, 1987, p. 346.

(55) ZOMBEAUX, « Le précédent judiciaire en droit pénal français », *ibid.*, p. 23.

(56) Geneviève VINEY, *Traité de droit civil*, t. IV, *La responsabilité*, L.G.D.J., 1982, p. 310 et s.

(57) MAZEAUD, DE JUGLART, CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, v. 1, Montchrestien, 1980, p. 486.

(58) Crim. 6 fév. 1932. *Gaz. Pal.* 1982. I. p. 552 ; OLG Stuttgart, 12 déc. 1958, NJW. 1959, p. 831.

(59) ANCEL, « L'analogie en droit pénal », *in Etudes de droit contemporain*, Sirey, 1959, p. 197 ; Dominique GRILLET PONTON, *Sur le contrat innommé*, thèse, Lyon, 1982, p. 383 et s.

(60) Jean Bernard DENIS, *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, Paris, 1977, p. 19.

(61) « L'equità nel diritto penale », *Rev. dir. proc. civ.*, 1935, p. 106, 109.

(62) Req. 15 juin 1892, D. 1892. I. 596.

(63) Alex WEIL, François TERRE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 1980, p. 906.

(64) BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, p. 431. Comp. Paris 2 fév. 1955, J.C.P. 1955. II. 8616, note Esmein.

(65) *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968.

(66) BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique , *Archives de philosophie du droit*, 1973, p. 10.

(67) MINICONI, « La jurisprudence source de droit », *Ann. Univ. Jean Moulin, Droit*, t. 1, 1979, p. 17.

(68) MENEGHELLI, « Intorno al problema della desuetudine », *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 476, note 70 (a).

propriétaires fonciers. Mais ils n'avaient pas prévu la femme qui travaille à l'atelier » (69). Le silence de la loi, sa carence, déclenche l'action de l'équité.

14. En présence d'une lacune, le juge doit se prononcer « selon les règles qu'il établirait s'il était législateur », dit l'art. 1, al. 2 du code civil suisse (70) ; il sera coupable de déni de justice s'il refuse de juger, affirme l'art. 4 du code civil français (71). Dans la hiérarchie des sources énumérées par le code civil égyptien de 1948 (art. 1, al. 2), le droit naturel et l'équité occupent la dernière place après la loi, la coutume et les principes du droit musulman. D'aucuns verront là la preuve que l'équité est une source secondaire du droit, puisqu'on ne la consulte qu'à défaut d'autres sources. Mais n'est-ce pas plutôt un signe de supériorité ? Si on recourt à l'équité, c'est qu'on ne trouve la solution nulle part ailleurs. Toutes les sources sont lacunaires sauf l'équité.

15. *L'équité contra legem.* L'équité et la loi ne s'opposent qu'à propos des cas prévus par les textes. L'équité entraîne la restriction du texte (72) alors que l'analogie permet son extension à un cas non prévu (73). Elle peut imposer une solution audacieuse, différente de la règle légale. Cette équité rebelle, *contra legem*, serait la seule qui se détache de la loi. L'équité *infra legem* est incorporée à la loi. L'équité *praeter legem* la complète. Dans ces derniers cas, le juge d'équité ne se distingue guère du juge en droit, sinon par une certaine souplesse. C'est en donnant aux cas pourtant prévus par la loi une solution contraire, que le juge se libère du texte et se place sous l'empire de l'équité pure (74). Comment est-ce possible ? Tantôt l'équité compose avec la loi sans la heurter directement ; tantôt elle se dresse contre la loi affichant son caractère singulier.

16. *La fiction.* L'équité *contra legem* fait bon ménage avec la légalité, tout d'abord grâce à la *fiction* qui est un stratagème consistant à ruser avec la loi quand on n'ose pas l'affronter ouvertement. Ainsi le préteur romain a permis à la victime d'une erreur viciant le consentement, d'obtenir la restitution de son bien (*restitutio in integrum*), *comme si* le transfert de propriété n'avait pas eu lieu (75). De même, l'acheteur devient, malgré l'inobservation des règles de forme, propriétaire par *usucapio*. Si l'acheteur avait perdu la possession, avant l'expiration du délai de l'*usucapio*, le préteur lui donnera l'*actio publiciana, comme si* la durée de l'*usucapio* s'était déjà écoulée (76). Le juriste musulman tourne l'interdiction du prêt à intérêt en dissimulant l'opération sous deux ventes intervenant successivement entre deux personnes (77). Le juge peut non seule-

(69) CRUET, *La vie du droit..., op. cit.*, p. 134 ; la loi de 1907 a consacré le « droit de la femme à la libre disposition de son salaire ».

(70) Georges BERILA, *Essai sur la portée de la clause à jugement en équité en droit des gens*, Paris, 1937, p. 140 et s ; NEWMAN, « La nature de l'équité en "droit civil" », *Rev. int. dr. comp.*, 1964, p. 289 et s., p. 293.

(71) RIEG, « Déni de justice », *in Jius. civ.*, art. 4 ; EISENMANN, « Juridiction et logique », *Mélanges Marty*, Toulouse, 1978, p. 477.

(72) La restriction du texte crée une lacune *contra legem* en prétendant que l'hypothèse envisagée par la loi n'est pas celle de l'espèce, V. MABILLON, « Le rôle du juge dans l'interprétation », *in L'interprétation en droit*, Bruxelles, 1978, p. 574.

(73) NASI, « Giudizio di equità », *Enciclopedia del diritto*, t. XV, p. 141.

(74) Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984, p. 438, note 33.

(75) STEIN, *op. cit.*, p. 82.

(76) *Ibid.*, p. 77.

(77) Raymond CHARLES, *Le droit musulman*, "Que-sais-je ?", 1960, p. 26. « Le prix stipulé par le premier vendeur et qui n'a aucune mesure avec la valeur réelle de la chose, représente le capital prêté, la différence de celui-ci avec le prix stipulé pour la rétrocession constituant l'intérêt camouflé ».

ment ruser avec une loi rigide, mais aussi avec des plaideurs impénitents pour éviter l'iniquité (78).

17. *L'esprit de la loi*. De même, la légalité est ménagée en faisant prévaloir *l'esprit* sur la lettre de la loi (79). Platon cite l'exemple du médecin qui enfreindrait les prescriptions de son art lorsque l'état du patient l'exige (80). Une règle équitable lors de la promulgation de la loi peut cesser de l'être par la suite, du moins dans quelques cas. Selon l'art. 1162, le doute profite au débiteur. Il devrait, de nos jours, profiter au créancier « contre certains débiteurs puissants, banques, compagnies d'assurance, l'État lui-même » (81).

18. *Le pluralisme*. La légalité coexiste, enfin, avec l'équité dans un ordre juridique *pluraliste*. A Rome, un contrat stipulé dans la forme est valable même s'il est conclu par fraude ou violence. Le préteur n'accordait pas au débiteur une action pour annuler le contrat – cela aurait heurté de front la prescription légale – mais une *exceptio doli* ou *exceptio metus* pour résister à l'exécution forcée (82). Il ne conférerait pas à une personne non appelée à la succession la qualité d'héritier qu'elle n'a pas selon la loi, mais lui donnera le *bonorum possessio*. De même, le Chancelier anglais institue à côté du propriétaire selon la *common law*, un propriétaire en équité, le *cestuis qui trust*, au profit de qui le trust a été fondé (83). Ainsi les solutions équitables viennent se greffer sur les règles légales, un peu comme les normes étrangères, différentes des nôtres, qui se mêlent aux lois nationales dans les relations de droit international privé (84).

19. *L'équité subversive*. Mais l'équité peut évincer la loi sans détour. La loi est ostensiblement détrônée par l'équité : le Sabbat a été fait pour l'homme et non l'homme pour le Sabbat, proclame le Christ (MC. 2, 27). La législation ne provient pas de Dieu, mais d'un *consensus omnium* pense Scott ; elle est susceptible d'être renversée par un *dissensus*. L'équité serait une auto-dispense du peuple contre la volonté du législateur (85). Le non conformiste Al Toufi, mort en 1316, n'hésitait pas à affirmer que toutes les sources du droit musulman, textes coraniques compris, ne sont dans le domaine des rapports sociaux les *mu'amàlàt* (à la différence des actes du culte, les *ibàdàt*) que des moyens en vue de réaliser les intérêts humains. En cas de conflit, les moyens doivent être sacrifiés pour sauvegarder le but, l'intérêt (86). Plus près de nous, le bon juge Magnaud (1848-1926), président du tribunal de Chateau-Thierry, s'insurgeait contre les

(78) Ainsi le jeune Daniel proclame l'innocence de la belle et vertueuse Suzanne grâce à une ruse. A chacun des témoins qui l'accusaient à tort d'adultère, il demande « sous quel arbre tu les as surpris ensemble ? », « sous un acacia » dit l'un ; « sous un tremble » dit l'autre (Daniel, chap. 13). Cette contradiction « sur un point très secondaire suffit pour confondre les calomniateurs », ESMEIN, « Le jugement de Daniel », *Nouv. Rev. his. dr. fr.* ét 1907, p. 729, 747 ; V. aussi MARTROYE, « L'affaire Indicia, une sentence de Saint Ambroise », *Mélanges Fournier*, Paris, 1929, p. 503.

(79) FROSINI, « La spirito e la lettera della legge », *in Actes du XI Congrès international de philosophie*, Bruxelles, 1953, p. 92 ; IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », J.C.P., 1981. I. 22023.

(80) *La politique, in Œuvres complètes*, t. IX, Paris, 1935, n° 296b.

(81) JESTAZ, *op. cit.*, n° 22.

(82) STEIN, *op. cit.*, p. 81.

(83) Marc ANCEL, *La « Common Law » d'Angleterre*, thèse, Paris, 1927, p. 123 ; DAVID, *op. cit.*, p. 359.

(84) GORETTI, *op. cit.*, p. 310.

(85) D'AGOSTINO, « Le tradizione dell'epieikeia... », *op. cit.*, p. 162.

(86) Le manuscrit d'Al Toufi, *in* Abdel Wahab KHALLAF, *Sources du droit musulman en l'absence de texte*, éd. Dar el Kalam, Koweit, 1978, p. 106 (en arabe), *contra*, Mustafa ZAID, *L'intérêt en droit musulman et Negm el din Al Toufi*, éd. Dar al Fekr el Arabi, *1954 (en arabe)*.

lois impitoyables. Il avait relaxé, dans une affaire célébrissime, la fille-mère Louise Ménard, « voleuse » de pain, après avoir constaté qu'elle n'avait pas mangé – elle et son petit – depuis 36 heures (87).

20. *L'amiable composition*. L'éviction de la loi au nom de l'équité ressemble à une évasion vers un droit passé, fort ancien comme le droit de glaner pour celui qui a faim (88) ou vers un droit futur, « un droit en gestation » selon l'expression de M. Loquin (89). L'instrument privilégié de cette réincarnation ou de cette anticipation, notamment dans les relations de commerce international, est l'amiable compositeur qui est un arbitre dispensé d'observer les règles de droit (art. 1474 c. pr. civ.). Comme tout arbitre international, l'amiable compositeur n'est pas dans le système étatique, puisqu'il n'a pas de for et ne se trouve gardien d'aucun ordre juridique (90). Mais à la différence de l'arbitre en droit, il peut saisir un usage qui n'est pas encore formé : c'est ainsi qu'il a pu, avant l'arbitre de droit, veiller au maintien de l'équilibre *initial* du contrat en l'absence d'une clause *rebus sic stantibus* destinée à adapter les obligations des parties aux bouleversements économiques (91). C'est à l'amiable compositeur que l'on s'adressera pour réaliser « l'équité compensatrice » qui remédie au *déséquilibre initial* entre les parties, à l'inégalité constatée, par exemple, lors des contrats conclus entre sociétés multinationales et pays en voie de développement (92).

21. *Équité et coutumes*. Les deux termes opposent l'individuel au collectif. Autre différence : le législateur contemporain renvoie plus à l'équité (et aux notions-cadres) qu'aux coutumes. C'est, observe-t-on, parce que les coutumes se forment lentement (93), comparées à l'équité prompte à répondre à l'accélération de l'histoire.

22. *Équité et principes généraux du droit*. Au commencement fut l'équité révélée par un sage assis sous un chêne, puis quelques préceptes juridiques sont proclamés que Ulpien ramenait au nombre de trois : « *honeste vivere, altrum non laedere, suum cuique tribuere* » (94), puis d'autres principes finissent par s'imposer au terme de luttes sanglantes, longues et pénibles (95). Comme l'équité, les principes généraux peuvent être ou *infra legem*, incorporés dans un texte (96) (*Nemo potest cogi ad factum*, art. 1142 c.

(87) La relaxe fut confirmée par la cour d'Amiens, 22 avr. 1898, D. 1899. 2. p. 329, note Josserand ; V. aussi Henri Leyret, *Les jugements du président Magnaud*, Paris, 1900 ; François GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954, « Le phénomène Magnaud, p. 287 et s. ; Jacques FOUCART, *Le bon juge de Chateau-Thierry*, 1968, opuscule s'achevant par « Magnaud ou ce qu'un magistrat ne doit pas être », p. 25 ; *adde* BOBBIO, « Magnaud Paul », *in N. dig. it.*, vol., p. 49.

(88) Lévit. XXIII, 22 (moisson) ; Deut. XXIII, 25 ; XXIV, 20, 21 (olives, vigne) ; Ruth. II, 15, 16 (épis).

(89) *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, 1980, p. 335.

(90) LOQUIN, « Le pouvoir des arbitre internationaux », *Clunet*, 1983, p. 297 et s.

(91) LOQUIN thèse précitée, p. 355 et s, p. 369.

(92) *Ibid*, p. 353.

(93) COET, « Les notions-cadres dans le code civil », *Les petites affiches*, 1986, n° 105, p. 5.

(94) GUARINO, « Equité (diritto romano) », *N. dig. it., op. cit.*, p. 624.

(95) C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, Paris, 1845, t. 1, p. 11 : «... est-ce que notre ancien droit français ne prononçait pas des exclusions, quelquefois d'une dureté extrême, contre les étrangers, contre les *aubains*, comme on disait alors, contre les *épaves* ! et cela, dans des matières qu'on a toujours placées au premier rang des institutions du droit naturel comme le mariage, par exemple, et la propriété ». Dans le même sens, Vittorio SCIALOJA, « Del diritto positivo e dell'equità », *in Studi giuridici*, Roma, 1932, v. III, p. 17.

(96) Selon RODIERE, les principes généraux – du moins en droit privé – se confondent avec « une autre source, notamment la loi », le concept serait superflu : « Les principes généraux du droit privé français », *Rev. int. dr. comp.* n° spécial, v. 2, 1980, p. 309 (313).

civ. (97) ; *actori incumbit probatio*, art. 1315 c. civ.) ou *praeter legem*, affirmés sans texte (continuité du service public (98), *venire contra factum proprium* (99), *nolli me tangere* (100), ou *contra legem (error communis facit jus* (101), nécessité n'a point de loi (102)). Parallèlement à la *Common Law* et ses principes, l'*equity* a sécrété ses propres maximes : l'*equity* ne bénéficie pas à la partie qui profite des conditions de l'autre pour la charger d'obligations : *who seeks equity must be equity, must come to equity with clean hands* (103). Depuis les *Judicature Acts* (1873-1875), toutes les cours supérieures sont autorisées à « statuer à la fois en droit et selon l'*equity* » (104). La doctrine française constate la fusion entre certains principes généraux de droit et équité. Il en est ainsi pour la bonne foi, l'abus de droit, l'enrichissement sans cause (105). La jurisprudence affirme parfois l'équivalence entre la solution d'équité et la décision juridique (106). L'équité peut être inscrite expressément au cœur d'un principe général comme dans l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme* disposant que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement » (107). Cependant les principes généraux du droit ne reposent pas seulement sur l'équité, mais aussi sur des opportunités techniques (108) (on a ainsi pu passer de l'immutabilité à la mutabilité des conventions du régime matrimonial (109)). Certains brocards piquants heurtent l'équité (ex. en mariage, trompe qui peut) : des concepts clés ont plané comme

(97) JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *Rev. trim. ch. civ.*, 1976, p. 700.

(98) JEANNEAU, « La nature des principes généraux du droit en droit français », *in Études de droit contemporain*, Cujas, 1962, p. 203, 206.

(99) GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.*, 1985, p. 241.

(100) Ne me touchez pas (Jean, 20, 17), ces paroles du Christ à Madeleine, permettent de s'opposer à la fouille corporelle, à l'analyse de sang.

(101) MAZEAUD, « La maxime *error communis facit jus* », *Rev. trim. ch. civ.*, 1924, p. 929.

(102) On pourra ajouter un quatrième groupe : celui des principes généraux *supralégaux*, de valeur constitutionnelle (Déclaration des droits de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), MORANGE, « Une catégorie juridique ambiguë, les principes généraux du droit », *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1977, p. 761 ; PUECH, « Les principes généraux du droit, aspects pénaux », *Rev. int. dr. comp.*, n° sp. v. 2, 1980, p. 337 ; LAINGUI, « Les adages du droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1986, p. 25 ; MAYER, « Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 53.

(103) BESSONE, « Principio du buona fede, disciplina del "common law" e massime di "equity" », *in Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 461, 465 ; HANBURY and MAUDSELEY, *Modern equity*, London, 1985 by Martin, p. 26 et s.

(104) DAVID, *op. cit.*, p. 356 ; ALPA, « Modern equity », *in L'equità*, Lecce 1978, *op. cit.*, p. 264.

(105) BREDIN, « La loi du juge », *in Mélanges Goldmann*, Paris, 1982, p. 27 ; JEANNEAU, « Le traitement de l'équité en droit français », *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1970, p. 27.

(106) Civ. 30 sept. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 431, note Loquin ; J.C.P.II. 19752, note Level ; Paris 28 fév. 1980, *Rev. arb.*, 1980, p. 538, note Loquin ; V. DERAINS, *Clunet* 1984, p. 924.

(107) J.C.P. 1974, III n° 41641.

(108) BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Mélanges Ripert*, t. 1, p. 51 et 60 ; TRABUCCHI, « Il nuovo diritto onorario », *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 503.

(109) GOBERT, « Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux », J.C.P. 1969. I. 2281.

un sur-moi au sein des prétoires (110). En outre, c'est l'équité qui peut trancher un conflit entre deux principes généraux, en faisant par exemple triompher le *rebus sic stantibus* sur le *pacta sunt servanda* (111). Les principes généraux sont de hautes abstractions alors que l'équité – et là réside la différence essentielle entre les deux notions – rayonne dans les décisions les plus concrètes (112).

23. *Évolution.* Contrairement à l'ancien droit (Jurisprudence des Parlements (113)), le code civil de 1804 n'a pas mis l'équité en relief. Deux raisons expliquent cette éclipse apparente : 1°) la méfiance à l'égard des juges, 2°) le fétichisme de la loi. « Il n'y a pas d'autre raison, d'autre équité que celle de la loi » (114). « Des bonnes lois civiles, dit Portalis (115) après Montesquieu (116), sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ». Le code civil, bréviaire des étudiants (117) (Capitant). « Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le code Napoléon » (118) (Bugnet). Les textes doivent être interprétés littéralement. Cette position devait peu à peu fléchir. 1°) la révolution industrielle a entraîné la naissance d'un sous-prolétariat, suscitant la compassion des gens de lettres (Zola) et des juges (Magnaud). 2°) La doctrine s'est montrée attentive aux carences des textes devant les transformations économiques et sociales (119). Le culte de la loi fut ébranlé, le littéralisme dénoncé, la recherche de l'esprit de la législation considérée comme un besoin vital. « Par le code civil, mais au-delà du code civil » (Saleilles). 3°) L'office même du juge change et s'arme d'un pouvoir modérateur (*supra* n° 9) permettant de réduire les excès et les abus manifestes (120).

24. *Plan.* La loi dure (121) finit par rencontrer le bon juge. L'équité ne serait-elle rien d'autre que « la loi du juge » (122) ? Création prétorienne plus ou moins libre,

(110) LYON CAEN, « Le rôle des principes généraux du droit civil et droit du travail », *Rev. trim. ch. civ.*, 1975, p. 229 ; *adde* « Les principes généraux du droit du travail », *Mélanges Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 35.

(111) BREDIN, *op. cit.*, p. 25.

(112) ROTONDI, « Equità e principii generali di diritto », *Riv. dir. civ.*, 1924, p. 271 ; « Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien », *Mélanges Gény*, Paris, 1935, t. II, p. 409 ; RENAUD, « Principes généraux du droit et équité », *in Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, p. 881.

(113) BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *in Mélanges Maury*, Paris, 1960, t. II, p. 257.

(114) Henri de PAGE, « A propos du gouvernement des juges », *in L'équité en face du droit*, Paris, 1931, p. 9.

(115) Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits*, Paris, 1844, p. 4.

(116) MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XXIV, chap. I.

(117) Préface, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz 1973, par Alex WEIL et François TERRE, p. XIII.

(118) HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit*, 1973, p. 116 ; REMY, « Eloge de l'exégèse », *Droits*, 1.1985, p. 115.

(119) Par ex., certaines règles sur la vente, tel l'art. 1583, peuvent à la rigueur être étendues à d'autres contrats simples mais non aux opérations complexes et de longue durée, V. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *Rev. trim. dr. com.*, 1985, p. 281.

(120) Le code civil comportait déjà quelques manifestations de ce pouvoir modérateur, art. 1374, al. 2 (gestion d'affaire), 1927 comparé à l'art. 1928 (dépositaire bénévole), art. 1991 (mandat gratuit), art. 1966 (dette de certains jeux). Christian BRUNET, «*Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Paris, 1973 ; BONASSIES, *in Ermessen-Freiheit*, 1964, p. 53.

(121) La dureté est la rançon involontaire de la généralité de la loi (ex. l'exécution forcée sur les biens du débiteur, même si ce dernier est le fils du créancier, ROMANO, « Principio d'equità », *Encicl. del dir.*, t. XV, p. 90 ; les conséquences iniques de la loi peuvent être prises

opinion de magistrat ? L'équité perdrait alors toute autonomie pour se rattacher à la jurisprudence ou plutôt devenir une curiosité qui ne tire pas à conséquence. Équité domestiquée, marginalisée. La première partie essayera de démontrer l'autonomie de l'équité en tant que *solution a posteriori* qui s'impose au juge. La deuxième partie examinera les limites de cette autonomie en évoquant les *a priori* de l'équité.

I. — L'ÉQUITÉ, SOLUTION *A POSTERIORI*

A. — *La juridicisation de l'équité*

25. *Dualité*. Le juge d'équité est d'abord un juge. Il est surtout un homme. L'homme se prononce selon ses sentiments, sa conscience, sa morale. Ce sont les aspects subjectifs tant redoutés de l'équité. Le juge observe des règles inhérentes à son activité : constatation exacte des faits, respect des droits de la défense, obligation de motiver la sentence. Ce sont les aspects objectifs destinés à juridiciser l'équité.

1. Aspects subjectifs de l'équité.

26. a) *L'équité et les sentiments*. Chiabriano, jeune vagabond errant à l'aventure, poursuivi du chef de mendicité, fut relaxé par le Président Magnaud au motif que « pour équitablement l'apprécier, le juge doit, pour un instant, oublier le bien-être dont il jouit généralement afin de s'identifier, autant que possible, avec la situation lamentable de l'être abandonné de tous, qui, en haillons, sans argent, exposé à toutes les intempéries, court les routes et ne parvient le plus souvent qu'à éveiller la défiance de ceux auxquels il s'adresse pour obtenir quelque travail ». Les lois pénales, dit-il encore, doivent être interprétées « en s'inspirant des plus larges pensées d'humanité et en tenant compte des réalités de la vie, parfois si dures pour les déshérités de la fortune » (123). Sentiments d'humanité, identification avec l'être que l'on juge, voilà les mots de passe du jugement d'équité (124). Le droit fait un avec son sujet (125) ; le juge fait un avec le justiciable ; l'équité réalisera – comme la passion amoureuse – cette poignante tendance des êtres vers l'unité (126), comme une trêve, un intermède dans la lutte de tous contre tous (*Bellum omnium contra omnes*).

en considération de propos délibéré par le législateur, ainsi par ex. en cas de dévaluation monétaire, V. SAVATIER, « L'ordre public économique », D. 1965, chr. p. 43.

(122) BREDIN, *op. cit.*, p. 21.

(123) Chateau-Thierry 20 janv. 1899, D. 1899. 2. p. 171 ; V. aussi 3 mars 1899, D. 1901. 2. p. 407.

(124) Arthur SCHOPENHAUER voit dans la pitié, l'identification avec la souffrance des autres, la « base de toute justice spontanée et de tout véritable amour de l'humanité », *Le fondement de la morale*, ouvrage présenté à un concours académique (1840), trad. Bastian, Paris, 1931, not. p. 222 et s.

(125) Comp. à propos des coutumes, Rudolf von JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, Paris, 1877, t. II, § 28, p. 31.

(126) Fr. PAULHAN, *Les transformations sociales des sentiments*, Paris, 1920, p. 224.

27. *Danger*. Sentimental, le jugement d'équité sera relatif. Il dépendra de la sensibilité de chacun. « Bénignité exagérée » pour les uns, « sévérité extrême » (127) pour les autres. Il variera selon les humeurs, les goûts, les convictions du jury (128). Un juge libéral, formé à l'école classique de l'autonomie de la volonté sera inattentif aux doléances d'un contractant surexploité, à la différence d'un magistrat ouvert aux considérations de solidarité sociale (129). Flou, impressionnisme, arbitraire, qui ignore ces diatribes maintes fois adressées à l'équité, *cerebrina* (130) ?

28. *Nuances*. Cependant l'équité ne se confond pas avec les sentiments *personnels* du juge. Lorsque ce dernier fixe l'exercice de l'autorité parentale, il tient compte des sentiments de l'enfant (art. 290, al. 3, c.civ.). Ce sont donc les sentiments de l'enfant et non ceux du juge qui sont en jeu. Un juge athée peut admettre une clause de dureté inspirée par des motifs religieux et rejeter ainsi un divorce pour rupture de la vie commune, trop cruelle pour un conjoint fort attaché au sacrement du mariage (131). Il n'est pas nécessaire d'être soi-même doux et tendre pour s'exercer à l'indulgence et à la modération. Si la « mansuétude et la bénignité sont d'abord des vertus intérieures de l'âme, nées de la crainte de Dieu ou de l'amour de charité », observe pertinemment M. Spico (132), il n'en est pas de même de la « clémence... plus extérieure » qui humanise « le pouvoir chez celui qui détient l'autorité », sans forcément modifier ses sentiments personnels.

29. b) *Équité et conscience*. En Angleterre, la Cour de la chancellerie qui statuait en équité et tempérait ainsi les rigueurs de la *Common Law* était une *court of conscience* et l'on disait « *Equity acts on the conscience* », l'équité agit sur la conscience.

Le but est d'allier loi et équité « dont les conflits étonnent et attristent la conscience » (133). Le moyen adéquat serait d'autoriser le juge à agir d'office, par exemple, à prononcer le divorce aux torts partagés « même en l'absence de demande reconventionnelle » (art. 245, al. 3), car il serait révoltant de charger de tous les péchés l'un des conjoints, alors que les deux sont coupables ; à soulever de son propre chef la clause de dureté en cas d'aliénation mentale de l'époux défendeur, dans un divorce pour rupture de la vie commune, afin de suppléer à son état de moindre défense (art. 240, al. 2) ; à prendre l'initiative d'indexer une pension alimentaire (art. 208, al. 2, c. civ.) ou encore à condamner au versement des subsides à l'enfant l'amant de la mère après le rejet de l'action en recherche de la paternité naturelle (art. 340-7), etc.

30. *Conscience individuelle ?* Associer équité et conscience, n'est-ce pas permettre au juge d'éluder un texte légal, même en l'absence de renvoi exprès ou implicite à l'équité lorsque la solution inéquitable blesse les scrupules du for intérieur ? Mais n'est-ce pas aussi interdire au juge de statuer (pleinement) en équité tant qu'il n'y a pas encore contradiction manifeste avec la conscience ? La réduction des clauses pénales n'est autorisée que si celles-ci sont manifestement exagérées (art. 1152, al. 2, c. civ.). Il faut que l'abus saute aux yeux, sans aucune recherche ni investigation. Là encore, l'équité ne ré-

(127) JHERING, *op. cit.*, § 33. p. 90.

(128) DE MARINI, *op. cit.*, p. 231.

(129) ALLEN, « Le non-juriste et la fonction judiciaire en Angleterre », *in Rev. de commission internat. de juristes*, 1960, p. 71.

(130) BIONDI, « Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana », *Scritti giuridici F. Carnelutti*, v. I, p. 103 ; BOULET-SOUTEL, *op. cit.*, p. 10 ; FAZZALARI, *Congrès de Lecce, op. cit.*, p. 143 ; GIANNINI, *Arch. giur.*, v. XXII, p. 47 ; CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation », D. 1973, chr. p. 212.

(131) BARBIER, « Le divorce, la religion et "l'exceptionnelle dureté" au sens de l'article 240 du code civil », *in Gaz. Pal*, 8-9 avr. 1987, not. p. 8.

(132) « Bénignité, mansuétude, douceur, clémence », *in Revue biblique*, 1947, p. 321, 338.

(133) DE PAGE, *op. cit.*, p. 26, 30 ; DE MARINI, *op. cit.*, p. 178, 271.

sulte pas simplement d'une conscience morale qui varie avec chaque magistrat (134), mais d'autres données qui restent à préciser.

31. c) *Équité et morale*. De plus, le jugement d'équité qui passe outre à la loi, peut prendre ses distances à l'égard de la morale. D'ailleurs, quelle morale veut-on imposer au juge, ministre d'équité ? La morale bourgeoise ? Celle qui appelait « kleptomanie » (135) le vol des gens aisés et « péchés de jeunesse » (136) la séduction exercée par le fils de famille sur une pauvre fille ? ou faut-il au contraire s'élever à un idéal moral qui prêche « la générosité, l'abnégation, l'héroïsme » ? Mais, écrit M. Dessens, « on ne peut faire état de ces vertus dans l'attribution à chacun de ce qui lui revient » (137). En outre, le jugement d'équité comporte des éléments matériels (138), d'autres amoraux. Lorsque les tribunaux ont adopté « les présomptions absolues de responsabilité (commettant, gardien d'animaux, choses dont on a la garde) », ils ne se sont pas enfermés dans la théorie de la responsabilité morale « qui exige qu'on puisse s'exonérer en rapportant la preuve d'un comportement correct » (139).

Le jugement d'équité dépasse la morale. Ainsi s'explique l'indemnisation de la concubine adultère en cas de décès de son concubin (140). Plus généralement, l'octroi de dommages et intérêts aux victimes se trouvant dans une situation immorale, voire illicite (141).

2. Aspects objectifs de l'équité.

32. a) *Constatation des faits*. Les faits n'échappent pas au droit. Ils sont établis, sélectionnés, appréciés selon des procédés, des orientations et des concepts juridiques. On en vient à nier la particularité du jugement d'équité, du moins quand il s'agit de reconnaître l'existence d'un fait, d'opérer un choix parmi les événements ou leur attribuer une signification, une qualification. La structure du jugement d'équité se compose de prémisses et de conséquences. Ce n'est que sur le plan des conséquences (sanctions, dommages et intérêts) que le juge d'équité peut tempérer les rigueurs de la loi, pense M. Nasi. Quant aux prémisses, le jugement d'équité est identique au jugement de droit. Les faits ne sauraient être examinés selon l'équité (142). Cette restriction du rôle de l'équité est-elle toujours justifiée ?

33. *Existence des faits*. Les faits sont « construits » (143) à travers des procédés juridiques, « procès verbal de police, enquête sociale, rapport du juge d'instruction, preuves préconstituées par les parties, plaidoiries des avocats », ces procédés semblant s'appliquer avant tout jugement, quel qu'il soit (144). « L'équité n'a pas à intervenir dans la preuve des faits, dans la preuve des actes juridiques (des contrats en particulier) »

(134) « Le Britannique qui a coutume de rire de toutes les institutions auxquelles il attache le plus de prix » (ALLEN, *op. cit.* p. 82) se plaît à répéter après Seldon que la conscience est variable selon la longueur du pied du Chancelier (V. ANCEL, *op. cit.*, p. 130). « Dieu nous garde de l'équité des Parlements », disait-on aussi en France (BOYER, *op. cit.* p. 282).

(135) LEYRET, *op. cit.*, p. 73.

(136) *Ibid.*, p. 98.

(137) *Op. cit.*, p. 3.

(138) *Ibid.*p. 33.

(139) DE PAGE, *op. cit.*, p. 130.

(140) Paris, 10 nov. 1976, D. 1978, p. 478, note Bosquet-Denis.

(141) DENIS, « L'action civile de la victime en situation illicite », D. 1976, chr. p. 243.

(142) NASI, « Equità (Giudizio di) », *in Encicl. del diritto*, p. 107 et s.

(143) IVAINER, « L'interprétation des faits en droit », J.C.P. 1986. I. 3235, n° 5 et s.

(144) LAGNEAU-DEVILLE, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », *in L'interprétation en droit*, Bruxelles, 1979, p. 528.

(145). Cependant, on peut observer que le juge d'équité dispose de moyens d'investigation vastes, en admettant, par exemple, un témoignage au-delà des limites légales.

34. *Sélection des faits*. « Les faits retenus sont sélectionnés en fonction d'une anticipation du régime juridique » (146). Le juge d'équité, plus que tout autre, reconstitue les faits et oriente leur sélection selon le résultat souhaité. « Par exemple, c'était une offense capitale, en l'an 1808, de voler dans une maison habitée un article d'une valeur de plus de 40 shillings. Pour éviter le scandale de la pendaison d'un voleur pour un crime devenu relativement peu grave au vu des changements sociaux et des transformations dans la valeur de l'argent, produits depuis la date du statut, le jury a dû même trouver qu'un billet de banque de 10 livres ne valait que 39 shillings » (147). Le Président Magnaud avait acquitté du délit de bris de réverbère, sous prétexte de défaut d'élément intentionnel, le malheureux qui avait brisé une lanterne publique dans le seul but de se faire remettre en prison pour être ainsi logé et nourri aux frais de l'État (148). Pieux mensonges dans un noble dessein ? Déni de faits pour éviter un déni de justice ? Faits travestis ou simplement retouchés afin de mieux s'adapter à la réalité (dévaluation monétaire, misère sociale extrême) ? Le juge d'équité, certes, s'arroge un droit de grâce... Mais cette équité trop équitable pratiquant une politique de moindre mal n'est pas du tout comparable à une jurisprudence trop juridique qui exerce la politique du pire en refusant de solliciter les textes et d'indemniser certaines victimes (ex. rapatriés d'Algérie), pour forcer le législateur à intervenir (149). L'équité est donc loin de perdre sa particularité sur le terrain des faits.

35. *Qualification juridique*. La qualification consiste à rattacher un cas concret à un concept général qui lui est applicable. Les faits n'ont de signification juridique que « dans des cadres conceptuels » (150) et « à travers des catégories » qui ont déjà un « contenu normatif » (151). Ce schéma, dit-on, vaut pour le jugement en équité. Celle-ci n'interviendra pas « dans la preuve des faits qui mettent en cause la validité des actes juridiques, ni dans la "qualification" juridique qu'il convient de donner aux situations de fait objet d'un litige. Un contrat a ou n'a pas été conclu, il est valide ou il est nul, il est une donation ou il est une vente, l'équité n'y peut rien changer » (152). De même, elle ne changera pas la circonstance qu'un contrat a été exécuté ou non (153). Mais là encore l'équité est susceptible d'apporter des assouplissements aux règles légales. Ainsi peut-elle écarter le formalisme (*infra* n° 80), élargir la notion de vice de consentement, en assimilant, par exemple, la dépendance économique à la violence (154) ou tenir compte des conditions personnelles du débiteur pour nier la faute dans l'inexécution (155).

(145) DE NAUROIS, « Le rôle du principe d'équité dans les droits canonique et français », *in Rev. dr. canonique*, 1979, p. 25.

(146) LAGNEAU-DEVILLE, *op. cit.*

(147) WORTELEY, « La théorie des sources...», *in Mélanges Gény*, Paris, 1935, t. II, p. 21.

(148) LEYRET, *op. cit.*, p. 12.

(149) BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *op. cit.*, p. 17.

(150) OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *in L'interprétation en droit, op. cit.*, p. 113.

(151) LAGNEAU-DEVILLE, *op. cit.*

(152) DE NAUROIS, *op. cit.*

(153) NASI, *op. cit.*, p. 130.

(154) Comp. Com. 20 mai 1980. B. IV, n° 212, p. 170.

(155) Ajoutons que même le juge de droit n'est plus maître que des qualifications d'ordre public, puisque les parties peuvent le lier , pour les droits dont elles ont la libre disposition, par les qualifications qu'elles estiment les plus appropriées, art. 12, al. 4 c. pr. civ. V. MER-

36. b) *Le respect des droits de la défense.* Nul ne doit être jugé sans être appelé et entendu. L'individu informé en temps utile de toute prétention judiciaire dirigée contre lui, devra pouvoir s'expliquer. Le droit à la parole est le prélude incontournable de toute sentence. Le procès n'est pas un monologue, mais un débat contradictoire, un échange de moyens complet et loyal sous le regard impartial du juge (156). Comme le juge de droit, le juge d'équité est tenu au respect des droits de la défense (157). On est assuré de la sorte de juridiciser l'équité en lui appliquant au moins ces faisceaux de règles relatives à la défense! Mais s'agit-il des règles purement juridiques ? Des règles de droit comme tant d'autres ? Personne ne l'affirme car, à la différence de maintes prescriptions légales, la nécessité de respecter les droits de la défense n'est pas susceptible de faire l'objet d'une erreur de droit excusable.

37. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour fédérale allemande. En février 1945, un prisonnier de guerre de nationalité russe accusé de pillage, avait été abattu par le chef de surveillance du travail. Condamné pour homicide volontaire, ce dernier invoquait l'erreur invincible sur le caractère illicite de son acte. La BGH a rejeté ce moyen. Certes, dit-elle, l'atteinte à la propriété en temps de guerre, pendant ou après les bombardements, constitue une grave faute passible parfois de la peine de mort. Mais, a-t-elle ajouté, il est interdit de supprimer un être humain sans un jugement préalable (158).

38. Suffit-il de dire que les droits de la défense constituent un des principes généraux du droit ? (159). Nullement. Car ces principes varient selon les systèmes juridiques (160). Ils sont susceptibles d'être ignorés d'un pays à un autre et de faire l'objet d'une erreur de droit invincible alors que les droits de la défense ne tolèrent aucune exception et valent indépendamment d'une reconnaissance expresse dans les traités internationaux et dans les diverses législations (161).

39. Les parties peuvent confier à un arbitre la mission de trancher un litige en droit tout en renonçant à faire appel contre la sentence qui sera rendue. L'arbitre en droit ne se transforme pas pour autant, en cas de renonciation à l'appel, en arbitre amiable compositeur. La clause de renonciation à l'appel signifie seulement que les parties assument l'erreur de droit commise par l'arbitre, si bien qu'elles ne peuvent exercer un recours contre la sentence (en annulation) que lorsque l'arbitre méconnaît *intentionnellement* une règle de droit, violant ainsi la convention d'arbitrage (162). C'est la transgression *volontaire* du droit et non la simple erreur de droit qui sera sanctionnée. La sentence arbitrale sera également annulée en cas d'inobservation des droits de la défense (163). N'est-

CADAL, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », *D.P.C.I.*, 1984, p. 322 et s.

(156) WIEDERKEHR, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978, chr. 36 ; BOCCARA, « La procédure dans le désordre » ; « Le désert du contradictoire », J.C.P. 1981, I. 3004; COUCHEZ, « Principe de la contradiction », *Juriscl. proc. civ.*, fasc. 114.

(157) Paris, 3 déc. 1965, J.C.P. 1966. II. 14625, note Boulbes.

(158) BHG., 6 mai 1952, BGHst., 2, p. 333-334.

(159) RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction », *in Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 715.

(160) V. les exemples cités par Thomas RIEMANN, *Zur Lehre vom rechtsordnungslosen Vertrag*, Bonn, 1970, p. 80 et s. (absence de règles unifiées concernant l'effet de la mort sur l'offre contractuelle, l'interprétation du contrat - volonté déclarée ou réelle ? , la prescription, etc.).

(161) BGH. 6 mai 1952 précité.

(162) MEZGER, « La distinction entre l'arbitre dispensé d'observer la règle de la loi et l'arbitre statuant sans appel », *Liber amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, p. 191.

(163) MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Ecrits*, Dalloz, 1973, p. 83.

ce pas assimiler cette inobservation à une faute intentionnelle impardonnable ? L'erreur de droit est possible à l'égard de toutes les règles, sauf envers les droits de la défense.

40. L'amiable composition implique renonciation à l'appel. Comme l'arbitre de droit, l'amiable compositeur peut se tromper sur les règles juridiques. Mais en outre, il peut aussi écarter *délibérément* l'application de celles-ci, sans voir son jugement annulé. Cependant l'annulation de la sentence est ouverte en cas de méconnaissance des droits de la défense (164). D'où vient donc cette limitation du pouvoir de l'amiable compositeur ? Du droit positif ? Mais l'arbitre le vide de sa substance en ne s'y conformant pas. N'est-ce pas plutôt l'équité – selon laquelle statue l'amiable compositeur – qui impose le respect des droits de la défense ? L'art. 6 de la Convention européenne (*supra* n° 22) le suggère. Les droits de la défense reflètent « l'équité dans le procès » (165). Ce n'est donc pas l'équité qui se laisse juridiciser par les droits de la défense, mais c'est l'équité qui introduit les droits de la défense au sein du droit positif.

41. c) *L'obligation de motiver la sentence.* Toute décision juridictionnelle doit être motivée (166), cela vaut en droit pénal (art. 485 c. pr. pén.), sauf pour les arrêts rendus par la cour d'assises, et en droit civil (art. 455 c. pr. civ.) à part quelques rares exceptions (tel un jugement prononçant l'adoption (art. 353, al. 4)). Le juge n'a pas à s'expliquer s'il refuse de faire usage de son pouvoir modérateur (167) ; il doit, en revanche, se justifier en cas d'exercice de ce pouvoir. Il ne suffit pas, par ex., pour réduire des deux tiers le montant d'une clause pénale, d'énoncer qu'il est « un peu élevé », sans rechercher en quoi il est manifestement excessif (168). L'obligation de motiver la sentence s'applique également en matière d'arbitrage « même si les arbitres ont reçu des pouvoirs d'amiables compositeurs » (169). La clause d'amiable composition qui dispense les arbitres d'observer les règles de droit (art. 1474 c. pr. civ.) ne saurait les soustraire aux règles exigeant d'indiquer « la mention de l'objet de la demande, l'exposé des moyens et l'énoncé des motifs qui ont déterminé la décision » (170).

42. Longtemps on considérait le jugement d'équité comme la voix de la conscience, sans autre démonstration (171), un discours intuitif et non rationnel (172), relevant du pouvoir discrétionnaire du juge (173), et donc « inattaquable » (174) ou selon le langage moderne de l'épistémologie, « infalsifiable » en ce sens que l'on ne peut l'infirmer, le critiquer, en établir la fausseté à l'instar des propositions métaphysiques de portée générale qui échappent à tout test, à tout contrôle (175) du genre : les hommes sont nés bons, affirmation totalement dépourvue de caractère scientifique. La science ne reconnaît

(164) FOUCHARD, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *Clunet*, 1982, p. 416.

(165) WIEDERKEHR, *op. cit*, p. 36.

(166) COET, « Les notions cadres dans le code civil », *in Les petites affiches*, 1986, n° 101, p. 4 et s.

(167) Civ. 17 juil. 1978, B. III. n° 294, p. 226.

(168) Ch. mixte, 20 janv. 1978, D. 1978. p. 349.

(169) LOQUIN, « L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver la sentence », *Rev. arb.*, 1976, p. 233 ; Paris, 25 mars 1982, *Rev. arb.* 1982, p. 467, note Courteault.

(170) Paris, 10 nov. 1964, J.C.P. 1966. II, 14625, note Boulbes.

(171) DE MARINI, *op. cit.*, p. 230, 243.

(172) ROTONDI, *Mélanges Ancel*, Paris, 1975, t. I, p. 52 et s.

(173) MICELI, « Sul principio di equità », *in Studi scialoja*, Milano, 1905, p. 89.

(174) ROTONDI, *op. cit.*, p. 53.

(175) LADRIERE, « Les sciences humaines et le problème de la scientificité », *in Les études philosophiques*, 1978, p. 142 ; CHAUVIRE, *Vérifier ou falsifier* ; « De Peirce à Popper », *ibid.*, 1981, p. 263.

comme sienne que la formulation d'hypothèses précises, susceptibles d'être infirmées et critiquées (176). En est-il ainsi de l'équité ? Le juge d'équité doit également s'expliquer. De même qu'un mouvement de volonté n'intéresse pas le droit tant qu'il ne s'est pas manifesté dans une forme extérieure, de même un élan de conscience ne se rattache pas à l'équité s'il ne s'exprime pas de façon communicable (177). Un jugement discrétionnaire, intuitif, n'est pas forcément équitable! L'absence de motifs, leur insuffisance, leur contradiction, peuvent être contrôlées. Mais ce contrôle de l'existence de motifs s'accompagne-t-il d'un contrôle de valeur, afin de vérifier leur exactitude (178) ? Un jugement de droit peut être inexact. Toute affirmation juridique est susceptible d'être renversée par la preuve contraire, c'est pourquoi on fixe des limites à la falsification par le mécanisme de l'autorité de la chose jugée (art. 1476 c. pr. civ.). De plus, on refuse d'infirmer une sentence arbitrale rendue en équité, même inexacte. Mais alors une sentence inexacte, est-ce encore une sentence équitable ? L'équité est parfaite ou elle ne l'est pas. A la différence d'une sentence en droit, la sentence en équité implique une démonstration qui ne saurait être falsifiée, infirmée, renversée par la preuve contraire.

B. — *La démonstration de l'équité*

1. Exposé.

43. a) *L'enthymème*. Le juge qui applique la loi fait appel au principe *d'identité* (le fait jugé correspond au fait prévu), le juge d'équité s'appuie sur le principe de *différence* (le cas d'espèce a sa particularité propre), observe fort pertinemment le juriste et philosophe Vittorio Frosini (179). L'interprétation de la loi est un discours indirect, l'équité (œuvre de créateur, cas par cas) apparaît comme un discours direct (180). Dans l'application et l'interprétation de la loi, on parvient à la solution par l'intermédiaire d'une règle *a priori* qui constitue la prémisse majeure du syllogisme (la prémisse mineure étant le problème concret). Dans l'équité, la solution rejaillit *a posteriori* du cas d'espèce (181), le jugement évoque l'enthymème selon l'heureuse découverte de M. Frosini (182). Qu'est-ce que l'enthymème ? « L'enthymème se compose de deux propositions dont la première est appelée antécédent, l'autre conséquent » (183). Le conséquent découle immédiatement, directement de l'antécédent. Exemple : l'enthymème cartésien « je pense, donc je suis », repris par Gounot dans sa thèse sur l'autonomie de la volonté ;

(176) LADRIERE ; CHAUVIRE précités ; V. aussi GERMAIN, « Sur quelques caractéristiques des disciplines scientifiques et sur la portée de la science », *in Les études philosophiques*, 1978, p. 157 ; THOM, « Formalisme et scientificité », *ibid.*, p. 171.

(177) SCIALOJA, *Del diritto positivo... op. cit.*, p. 14 ; LOQUIN, *Rev. arb.*, 1973, p. 158 ; V. aussi l'arrêt rendu par la Cour fédérale de Malaisie le 5 juin 1966 : « Je ne considère pas que la simple affirmation de la conviction d'un magistrat suffise à constituer des motifs suffisants d'un jugement. Il ne suffit pas de dire comme le poète Shelley : "je ne puis discuter, je ne puis qu'éprouver une impression", pour fonder un jugement », *in Rev. de la commission internat. de juristes*, 1966, p. 315. Sur une motivation générale fondée sur l'équité et le sens commun, V. Crim. 24 juil. 1967, J.C.P. 1968. II, 5339.

(178) Sur le débat, LOQUIN, « L'obligation par l'amiable compositeur...», *op. cit.*, p. 230.

(179) « La struttura giuridice del giudizio di equità », *in Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, 1976, p. 210.

(180) FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1971, p. 106.

(181) DECENCIERE-FERRANDIERE, *Rev. gén. dr. internat. publ.*, 1929, p. 432.

(182) FROSINI, « L'equità nella teoria generale del diritto », *in L'equità, op. cit.*, p. 7 et s.

(183) POITEVIN, *Nouveau dictionnaire universel de la langue française*, Paris, 1860, t.I, v° Enthymème, p. 845.

« je veux, donc j'ai des droits » (184). Dans la vie quotidienne, on se sert plus de l'enthymème que du syllogisme. La prémisse majeure est superflue ou sous-entendue. Exemples : « Le vin du pays est excellent, j'en boirais bien volontiers » (185), « il pleut, j'ouvre mon parapluie ». Qui songerait à recenser dans les recueil judiciaires, toutes les sentences enthymèmatiques, de bon sens élémentaire, semblables à celles rendues par les sages dans les villages, ou les juges de paix ? Une voiture très usagée est remise pour réparations à un garagiste. Ce dernier ne saurait exiger de l'automobiliste, sans l'avertir, de payer une somme supérieure à la valeur vénale du véhicule (186). Un immeuble est loué pour 450 francs par mois, le locataire qui verse ce loyer dérisoire ne peut exiger du propriétaire d'effectuer des travaux de réparations chiffrés entre 600 000 et 700 000 francs (187). Une promesse de vente est faite au prix de six millions d'anciens francs sous peine d'un dédit de même somme (188) : ce dédit manifestement exorbitant est aujourd'hui réductible en droit avec le visa de l'art 1134 c. civ. (189). Un immeuble est vendu moyennant une rente viagère inférieure aux revenus de l'immeuble ; l'aléa, cause du contrat, est sans doute absent, l'un des contractants, l'acheteur, n'a que des chances de gain alors que le crédirentier n'a que des chances de perte. Le contrat est nul (190). Une contestation minime (de 22 francs) ne justifie pas l'interruption d'un important marché (de 10 000 francs), *L'exceptio non adempleti contractus* est exclue (191). Une femme abandonnée pendant vingt-cinq ans conserve son droit à une pension alimentaire, alors qu'elle n'est pas obligée de suivre son mari déserteur qui l'a sommée brutalement de reprendre la vie commune... (192). Dans tous ces exemples, la solution équitable surgit à la simple lecture des faits, à la seule vue des circonstances (193).

44 b) *La nature des choses*. L'observation des faits mène à celle de la nature des choses. La première phrase de Montesquieu dans *L'esprit des lois* affirme « Les lois... sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » (194). Elles se déduisent des conditions géographiques, du climat, de la nature du sol, du nombre d'habitants (195). Le livre préliminaire du projet de code civil de l'an VIII faisait du juge, à défaut du texte, « un ministre d'équité » (196). « L'équité, note Portalis, est le retour à la loi na-

(184) *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, 1912, p. 26.

(185) FROSINI, *Intervention au Congrès de Lecce*, p. 128.

(186) Rouen, 18 mai 1973, D. 1973. p. 752.

(187) Rouen, 17 mai 1951, D. 1952. p. 26.

(188) Civ. 13 fév. 1968, J.C.P. 1968. II. I 5477.

(189) Civ. 5 déc. 1984, J.C.P. 1986. II. 20555, note Paisant.

(190) Marie-Angèle PEROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, thèse, Grenoble, 1956, p. 75 et s.

(191) René CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914, p. 573 ; Req. 1 déc. 1897, D. 1898. I. p. 289, note Planiol.

(192) Civ. 14 mars 1973, D. 1974. p. 453, note Rémy : « L'équité s'en trouve satisfaite ».

(193) Les jugements du Président Magnaud étaient enthymèmatiques, d'où leur richesse en observations psychologiques (ex. : celui qui se trouve sous la torture de la faim peut s'emparer vivement, violemment même du bien d'autrui. Mais il ne commettra pas une filouterie d'aliments, il ne s'assoira pas tranquillement dans un restaurant pour commander des extra en faisant croire à sa solvabilité, LEYRET, *op. cit.* p. 105), en observations sociologiques (ex. l'enquête sur la prétendue mauvaise conduite d'une fille séduite, devait être refusée en raison de la *malignité publique, ibid.*).

(194) Définition adoptée par Emile ACOLLAS, *in Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1885, p. 1.

(195) BATIFFOL, « Droit et nature des choses dans la philosophie du droit », *in Choix d'articles*, Paris, 1976, p. 387 et s. ; Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Ducu-lot, 1975, p. 179 et s.

(196) JEANNEAU, « Le traitement de l'équité », *op. cit.*, p. 21.

turelle » (197). Il existe, en effet, des données naturelles que l'homme constate mais ne crée point, des limites « qu'aucun législateur au monde ne saurait méconnaître » (198). Exemples : tout homme est mortel (199), la perpétuation de l'espèce suppose deux individus de sexe différent (les relations contre nature sont hors la loi (200)), la durée de la grossesse est de neuf mois (nul législateur ne peut la réduire à six mois (201)), l'homme voit mal quand il est ébloui, l'adolescent et, *a fortiori*, l'enfant en bas âge, n'ont pas les aptitudes de l'adulte, etc. (202). A l'intérieur de ces limites constantes où la nature est toujours identique à elle-même, tout coule inexorablement. Chaque homme est un être singulier, un projet inachevé en perpétuel devenir (203). Tout change au point de menacer l'identité des êtres et des relations. Maîtriser le changement, la diversité, est le but du droit, s'y adapter est le but de l'équité. Le droit procède par concepts, l'équité par le retour aux choses elles-mêmes, à la nature d'une situation ou d'une relation.

45. M. Jacques Ellul fait ressortir « l'artificialité du droit » (204) dans trois concepts fondamentaux relatifs au sujet de droit, au temps et à l'espace, à propos desquels on mesurera, par contraste, la spécificité de l'équité.

46. *Le sujet de droit*. Le sujet de droit désigne une personne. Le mot personne signifie masque (l'acteur antique le portait avant d'entrer en scène) qui permet à l'individu de cacher son être intime, conserver son anonymat (205). Ainsi le plaideur devient un créancier ou un débiteur. Il sera identifié à son rôle afin de ne pas se livrer, se dévoiler en totalité. Ce n'est pas au créancier ou au débiteur en général que l'équité s'intéresse, mais à tel créancier ou à tel débiteur.

47. *Le temps*. Si tout coule, « le droit est fait pour que tout ne coule pas » (206). « Dans ce monde mouvant », il intervient « pour fixer, arrêter, stabiliser » (207). En effet, « l'écoulement de la durée ne change rien à une situation organisée juridiquement, même si les circonstances, les données économiques, politiques, etc. ont changé : le contrat passé reste le contrat, quelles que soient les variations personnelles de famille, d'argent, de condition sociale des contractants » (208). Il en est autrement de l'équité qui tient compte des variations des situations : imprévision, clauses de *hardship* (209).

48. *L'espace*. Enfin, dans l'espace habité par des puissances hostiles (nature déchaînée, forces étranges), l'homme « découpe une région » où il fait régner son ordre à lui, l'ordre juridique. D'où l'importance des « frontières, des bornes » (210). Mais là encore

(197) *Discours..., op. cit.*, p. 15.

(198) WELZEL, « Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns », *in Süddeutsche Juristenzeitung*, 1948, p. 369.

(199) Sur la fatalité de mourir et ses conséquences, V. notre thèse *Normes juridiques et valeurs sociales dans la faute pénale par imprudence*, Paris II, 1975, p. 337 et s.

(200) Nancy, 10 mars 1894, D.P. 1895. 2, p. 14 (cause de divorce).

(201) Hans WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, p. 244.

(202) Comp. LEYRET, *op. cit.*, p. 37.

(203) François TERRE, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987.

(204) « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *Archives de philosophie du droit* 1963, p. 21 et 1965, p. 190.

(205) *Archives de philosophie du droit* 1963, p. 25 ; MARTIN, « Personne et sujet de droit », *Rev. trim. dr. civ.* 1981, p. 785.

(206) ELLUL, « L'irréductibilité du droit à une théologie de l'Histoire », *in Riv. intern. fil. dir.*, 1971, p. 226.

(207) *Archives de philosophie du droit* 1963, p. 32.

(208) « L'irréductibilité...», p. 225-226.

(209) ROUHETTE, « La révision conventionnelle du contrat », *Rev. internat. dr. comp.*, 1986, p. 369 et s.

(210) *Archives de philosophie du droit* 1965 précité ; « L'irréductibilité...», précité.

on observera que les relations humaines sont loin de s'enfermer dans ce cadre rigide. Ainsi, l'arbitre international n'est pas « ancré » dans un ordre étatique déterminé (211). De même, le contrat dit sans loi (212) s'évade de l'espace délimité par le droit interne, échappe aux frontières nationales et peut se placer sous l'influence de l'équité. Celle-ci en scrutant la nature des choses intervient aussi dans le rattachement du contrat international à tel ordre juridique plutôt qu'à tel autre. Face aux critères abstraits purement juridiques, qui fixent une fois pour toutes la loi applicable au contrat, selon la nationalité des parties, le lieu de conclusion (*lex loci conclusionis*) ou le lieu d'exécution (*lex loci solutionis*), l'équité propose une méthode analytique adaptant le rattachement à chaque type de contrat et à chaque contrat en particulier, déterminant la loi qui leur convient le mieux, selon leur *centre de gravité* – terme qui, par sa consonance même, renvoie à la nature des choses – c'est-à-dire la loi du pays avec lequel le contrat a les liens les plus intimes, les plus étroits, les plus réels (213).

49. *Le contenu du contrat*. L'équité est associée à la nature des choses dans l'article 1135, « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (214). Sans être stipulée expressément, l'obligation de sécurité se dégage de la nature du contrat de transport, de soins médicaux, des jeux forains, etc. (215). La jurisprudence affirme également l'existence d'une obligation de renseignement dans de nombreux contrats (vente, entreprise...), l'étendue de cette obligation variant selon les cas (des informations sommaires sur l'état du voisinage en cas de vente d'appartement, jusqu'aux instructions détaillées sur la précaution à prendre en cas de vente de produits dangereux) et allant jusqu'à comporter la nécessité d'indiquer les inconvénients du contrat, à la différence de la publicité axée sur l'éloge de l'opération (216).

50. *L'accession mobilière*. L'équité est encore étroitement attachée à la nature des choses dans l'article 565 : « le droit d'accession, quand il a pour objet des choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ». Il faut regarder les choses unies entre elles, comparer leurs valeurs respectives avant d'attribuer l'ensemble à l'un des deux propriétaires. Le retour à la nature des choses, lorsque l'industrie est incorporée à un objet matériel, permet d'éviter les *a priori* qui considèrent le travail humain comme inférieur à la matière (dans la distribution des pertes et des bénéfices, la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, art. 1853 ancien, art. 1844 nouveau, qui prévoit l'éventualité d'une clause contraire) et accessoire à cette matière (ex. plan d'ingénieur, main d'œuvre par rapport au sol (217)). A observer la nature des choses, l'industrie l'emporterait sur le droit de propriété de la matière première. Il en est ainsi, note Portalis, lorsque, par exemple, « une vile toile est animée par le pinceau d'un habile

(211) LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 298.

(212) Pierre MAYER, *Droit international privé*, éd. Montchrestien, 1983, p. 556.

(213) VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, éd. par E.J. Brill, Leiden, Netherlands, 1955, p. 33-129.

(214) Sur la corrélation entre équité et nature des choses à propos de cet article, V. BROGGINI, *op. cit.*, p. 38.

(215) RIEG, Art. 1135, *Juriscl. civ.* n° 14.

(216) GHESTIN, « L'obligation précontractuelle de renseignements en droit français », *in Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, dir. Denis Talon et Donald Harris, Paris, 1987, p. 171 et s. ; Lucas DE LEYSSAC « L'obligation de renseignements dans les contrats », *in L'information en droit privé*, Paris, 1978, p. 305.

(217) Sur le débat, Hassan ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation* propter rem, thèse Paris, 1955, p. 239 et s.

peintre » ou en présence « d'un bloc de marbre auquel le ciseau d'un sculpteur aurait donné l'inspiration, le mouvement et la vie » (218).

51. *Recul de l'automatisme*. Les concepts sont une précompréhension des choses, le législateur invite le juge à « repenser » (219) les concepts et textes légaux. Le pouvoir modérateur du juge n'a pas d'autre sens. La clause de dureté incite à examiner la nature de la situation de l'époux défendeur, dans le divorce pour rupture de la vie commune et à épargner ainsi, par exemple, la dissolution du lien matrimonial à la dame qui exerçait la fonction de catéchiste (220) ou à l'épouse d'un rabbin (221).

52. Le droit, comme le corps humain, fonctionne en partie grâce à des automatismes (indexation, compensation légale, l'accessoire suit le principal...). Mais il y a de bons automatismes (légitimation de l'enfant naturel par mariage) et d'autres qui le sont moins (déchéance de plein droit). Aussi le législateur prend-il soin d'éviter les solutions mécaniques, l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce. Le juge peut dispenser le coupable des peines accessoires (art. 55-1 c. pén.), malgré l'adage *accessorium sequitur principale*, voire en matière correctionnelle de la peine principale (art. 469-2, c. pr. pén.). La révocation du sursis simple (art 735, al. 2, c. pr. pén.) ou du sursis probatoire (art. 742 c. pr. pén.) a cessé d'être automatique.

53. c) *La preuve intrinsèque*. Dans l'équité, la solution se dégage de la nature des choses, comme d'une preuve intrinsèque. Qu'est-ce qu'une preuve intrinsèque ? Celle-ci est définie par Léon Mazeaud comme une variante de preuve par écrit où l'acte, objet de contestation, porte en lui-même les éléments de sa nullité ou de sa validité, ou encore l'intention de son auteur (222). Cette définition vaut dans certains cas. Un acte à titre onéreux ne saurait être annulé pour insanité d'esprit après la mort de son auteur. Exceptionnellement, la demande en nullité sera recevable lorsque l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental (art. 489-1 c. civ.) (223). Dans certaines hypothèses, la preuve de la cause illicite ou immorale d'une libéralité n'est admise que si elle est établie par les seules énonciations de l'acte lui-même (224). Pour être reconstituée, la date du testament doit avoir sa racine dans la disposition du *de cujus* (225). Le ministère public peut exercer une action en contestation d'une reconnaissance mensongère d'un enfant naturel « si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée » (art. 339, al. 2 c. civ.) : exemples : faible différence d'âge entre le prétendu parent et l'enfant, nombre exagéré d'enfants reconnus. Cependant, la preuve intrinsèque ne se réduit pas à la preuve par écrit. L'étincelle de vérité peut jaillir de la seule contemplation d'un bien. Il existe des biens propres par nature : vêtements et instruments de travail. En outre, certains biens portent en eux-mêmes la marque de leur origine (art. 1402 c. civ.) (souvenirs de famille). Un fait de la nature, hommage remarquable à la nature des choses, est aussi porteur de révélations et de messages : la nullité du mariage pour impuberté sera couverte en cas de grossesse de la femme âgée de moins de 15 ans (art. 185 c. civ.).

(218) LOCRE, *La législation... de la France*, Paris, 1827, t. 8, p. 168.

(219) CALAIS AULOY, « Suggestions pour une réforme du divorce », *in Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 675.

(220) Perpignan, 29 fév. 1984, D. 1984, note Seriaux et Villaceque.

(221) BARBIER, *op. cit.*

(222) *La preuve intrinsèque*, thèse, Lyon, 1921, p. 2, 116, 135.

(223) Alex WEIL, François TERRE, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1978, p. 838.

(224) Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, le contrat*, L.G.D.J., 1980, p. 588 et s. et p. 608 et s.

(225) François TERRE, Yves LEQUETTE, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Dalloz, 1983, p. 336.

54. Une preuve strictement intrinsèque implique l'impossibilité de la preuve contraire (226). Nul ne saurait contester la puberté d'une femme enceinte, ni la démence résultant de propos absurdes, ou encore le mensonge d'un adolescent revendiquant la paternité d'un nombre élevé d'enfants... Dans les cas où la solution se dégage de la nature d'une situation ou d'une relation, elle repose sur la preuve intrinsèque telle qu'elle est inscrite dans les événements eux-mêmes soumis à l'examen du juge. Le juge d'équité ne part pas des textes mais des faits et les faits sont têtus. S'il ne reconnaît pas, par exemple, une disproportion manifeste entre les prestations, il se trouve aussitôt démenti par des éléments de la cause. Lorsqu'un verdict, quoique conforme aux textes, ressemble à un déni de justice et nous choque profondément, c'est parce qu'il se heurte à une preuve intrinsèque. L'inéquité flagrante est la négation d'une preuve intrinsèque (227). Nous pouvons donc avancer la définition suivante : *l'équité est une démonstration par la preuve intrinsèque, une solution* a posteriori *tirée de la nature des choses*, solution qui n'est pas susceptible d'être infirmée, falsifiée, renversée par la preuve contraire.

2. Objections et limite.

55. a) *Objections* : 1° *Les apparences trompeuses*. On risque d'être abusé par l'apparence des choses, « un primitif assistant à nos fêtes du Carnaval pourrait penser qu'il s'agit là d'une respectable institution juridique! « (228) Mais la lecture des textes sera-t-elle plus fiable ? Les sociologues savent que les splendides droits proclamés dans des chartes solennelles ne sont pas forcément effectifs. Le mérite du Carnaval est du moins de nous renseigner directement sur la fête, mieux que des grands discours.

56. 2° *La diversité des opinions*. A l'égard des choses, on ne saurait avoir que des opinions, des points de vue (229). Deux personnes ne voient pas la même chose de la même manière. Mais alors aucune solution nette et indiscutable ne peut-elle se dégager de la seule observation des choses ? L'expérience montre que la controverse doctrinale exaspérée autour des textes s'apaise, voire s'éteint, à l'approche de la nature des choses. La loi prévoit la responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans quelques hypothèses : exemples, articles 1735 (preneur), 1797 (entrepreneur), 1953 (aubergiste). S'agit-il de simples applications d'un principe général (230) (interprétation par analogie) ou

(226) Comp. Léon MAZEAUD, *op. cit.*, p. 122 et s.

(227) V. la célèbre affaire du *Canal de Craponne*, civ. 6 mars 1876, D. 1876. I, p. 193 : rejet de l'imprévision en refusant de réviser une redevance fixée au XVIème siècle dans un contrat de fourniture d'eau ; V. aussi Req., 22 oct. 1945, D. 1946, p. 5, reconnaissant à la femme survivante le droit de réclamer sa part dans la communauté alors qu'elle avait abandonné son mari pendant quarante-deux ans! Depuis la loi du 13 juil. 1965, cette injustice est évitée par le report de la dissolution de la communauté à la date où toutes cohabitation et collaboration ont cessé entre les époux ; V. aussi Avesnes, 23 janv. 1962, D. 1963, p. 253 « la fille qui, pendant trois ans, a spontanément prodigué des soins à sa mère, puis, avant sa mort, passé les nuits près de la malade, pourvu à ses besoins d'entretiens médicaux et pharmaceutiques, ne peut exiger que soit porté au passif de la succession de la défunte une somme la rémunérant des soins ainsi prodigués ».

(228) Paul AMSELEK, *Attitude phénoménologique et science du droit*, texte dactylographié, p. 13.

(229) V. RAUCENT, *op. cit.*, p. 181 : « la force des choses serait-elle la force de nos préjugés, de nos intérêts, bref ne serait-elle pas simplement la force ? » et plus loin, « ce que nous appelons *nature des choses*, en fait très souvent est la logique inscrite dans nos institutions établies. Celles-ci loin d'être naturelles sont purement conventionnelles ».

(230) BECQUE, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1914, p. 251.

d'exceptions qui ne doivent pas être généralisées (231) (interprétation *a contrario*) ? Les deux thèses s'affrontent à l'infini. Mais la dispute cesse lorsque les juristes contemplent la nature de la convention. Celle-ci implique-t-elle une relation de confiance ? Le débiteur sera fautif de se servir d'un tiers dans l'exécution de ses engagements (232).

57. 3° *L'orientation idéologique de la nature des choses.* Une étude sur le terrain révèle que certains juges semblent être favorables à l'épouse confinée à assumer la fonction qui lui est dévolue (233) (« aide, soumission, amour maternel que ces magistrats estiment conformes à la nature des choses » (234)). Est-ce une raison pour condamner le recours à la nature des choses ? C'est la nature des choses qui a donné des titres de noblesse à l'obligation naturelle, qui a permis d'assurer l'égalité entre enfant naturel et enfant légitime, d'opposer aux délits artificiels, les délits naturels (235). Quant aux couples mariés, la nature des choses ne signifie pas aide et soumission, mais entraide et collaboration. Aussi le bail à nourriture est-il, par exemple, inconcevable en mariage, incompatible avec sa nature (236).

58. 4° *Surprises de la preuve intrinsèque.* Dans la preuve intrinsèque, il suffit de constater la nature d'une situation ou d'une relation, pour parvenir immédiatement à la solution. Un acte d'un mineur, tel le fait de pousser méchamment un infirme pour le faire tomber, causant sa mort, dénote, selon la Cour de cassation, une mauvaise éducation (237). On peut le contester (238). Et surtout s'étonner de voir, dans d'autres affaires, la faute du père établie si le mineur tient des propos diffamatoires (239), mais non lorsque le mineur entretient des relations sexuelles aboutissant à la naissance d'un enfant (240). Contestation et étonnement vite dissipés si l'on se souvient que le juge lit les faits *in concreto*, espèce par espèce, à la lumière des mœurs, jadis strictes et aujourd'hui plutôt libérales en matière d'amour.

59. b) *Limite : l'équité moyenne.* L'individualisation suppose une connaissance parfaite des faits. A défaut de faits limpides, on opte pour la solution moyenne. A Rome, lorsqu'une personne lègue un esclave sans le nommer, le légataire, s'il a le choix, ne peut prendre le meilleur, de même que les héritiers, si le choix leur incombe, ne sauraient livrer le plus mauvais (241). Dans le doute, le législateur coupe la poire en deux. Ainsi dans le cas où la qualité de l'objet du contrat n'est pas déterminée, il faut se référer à la qualité moyenne (art. 1246 c. civ.). Les biens sur lesquels aucun des époux, dans le

(231) RODIERE, « Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », D. 1952. chr. p. 79.

(232) BECQUE, *op. cit.*, p. 267 ; RODIERE, *op. cit.*, p. 81.

(233) ARNAUD, « Autopsie d'un juge. Etude sémiologique de la jurisprudence aixoise en matière de divorce », *Archives de philosophie du droit* 1974, p. 197, not. p. 206 et s.

(234) LAGNEAU-DEVILLE, *op. cit.*, p. 537 ; aussi DELPHY, « Le mariage et le travail non rémunéré », *in Entre l'équité et les exigences du système de production, Le Monde diplomatique*, précité, janv. 1978, p. 16 : « en 1967, pour quarante milliards d'heures de travail salarié, il s'est effectué quarante cinq milliards d'heures de travail gratuites » (not. par la femme au foyer).

(235) Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1973, p. 34.

(236) CORNU, « Le contrat entre époux », *in Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 473.

(237) Crim., 6 juin 1946, D. 1946, p. 327.

(238) ESMEIN, J.C.P.. 1962. II. 12499.

(239) Brest, 8 nov. 1913, *Gaz. pal.* 1914. I, p. 105.

(240) Paris, 3 mai 1977, D. 1978, p. 14, refus de retenir la responsabilité du père en cas de condamnation de l'enfant à verser des subsides sur le fondement de l'art. 342 c. civ.

(241) BARTON, « Equity in the medieval common law », *in Equity in the world's legal systems*, Bruxelles, 1973, p. 139.

régime de la séparation, ne fournit la preuve d'une propriété exclusive, sont réputés leur appartenir à chacun pour moitié (art. 1538, al. 3).

60. Les juges sont tentés de réduire de moitié le montant des dommages-intérêts réclamés (242). En prenant le moindre risque de se tromper, ils se prononcent parfois *contra legem*. Au Congrès de Lecce consacré à l'équité, on a fait état d'un litige, aux États-Unis, portant sur la revendication d'une vache et d'un veau. Ni le demandeur ni le défendeur ne réussissant à prouver le bien-fondé de sa prétention, le juge a attribué la vache au demandeur et le veau au défendeur, alors qu'en droit, c'est le demandeur qui supporte le risque de preuve, *actori incumbit probation* (243).

61. Les incertitudes des faits menant à la solution moyenne constituent une limite à l'équité. Mais cette limite est provisoire. L'équité sera rétablie dans sa plénitude si le doute est dissipé, si l'on peut mieux connaître la situation concrète. Le stratagème de Salomon (I. Rois, 3, 23-25) est un préjugement en vue d'atteindre la preuve intrinsèque (I, Rois, 3, 26), la « sagesse divine » (I. Rois, 3, 28), la découverte de la mère véritable, celle qui aime... Il reste à savoir si l'équité rencontre des limites irréductibles, définitives, infranchissables *a priori*.

II. — LES *A PRIORI* DE L'ÉQUITÉ

62. Le juge étatique, loin de s'enfermer dans le carcan des textes (244), poursuit l'équité naturelle à laquelle le législateur fait parfois allusion (*supra* n° 49,50). Si ingénieuse que soit sa démarche pour rattacher la solution équitable dans l'espèce à une règle de droit, il se heurte à des limites inflexibles. Quelles sont ces limites qui transforment l'équité naturelle en équité positive ? En outre, il existe une justice hors des juges étatiques (245), une justice privée, rendue par des arbitres dont les pouvoirs se trouvent singulièrement élargis lorsque les parties, notamment dans les relations du commerce international, leur demandent de trancher le litige en amiables compositeurs. Ces derniers échappent-ils aux limites imposées à l'équité par le droit positif ? Sont-ils libres de suivre l'équité naturelle sans entrave aucune ?

A. — *L'équité positive*

63. L'équité ne peut rien contre un texte clair ou un droit discrétionnaire. Quelle est la portée de cette affirmation ?

1. La doctrine du « sens clair ».

64. a) *Dans la loi.* Un texte clair « doit être appliqué et n'autorise aucune interprétation » (246), *interpretatio cessat in claris* (247). Contre cette doctrine du sens clair, M.

(242) Nimes, 23 nov. 1961, D. 1962, 248, sur la réparation partielle en matière de perte de chance en tant qu'une demi-justice, V. civ. 14 déc. 1965 ; Paris, 10 mars 1966, II. 14753, note Savatier et Rabut, J.C.P. 1970. II. 16422.

(243) VEREDE, *in L'equità, Lecce 1975, op. cit.*, p. 210 ; comp. civ. 16 avril 1970, D. 1970, p. 474, note Contamine-Raynaud.

(244) Interventions du Président VASSOGNE, *Rev. arb.*, 1974, p. 278, du doyen HOUIN, p. 284.

(245) « La justice hors du juge », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1984, n° 4, rapport Delvolve, p. 16 ; OPPETIT, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arb.*, 1984, p. 307.

(246) BORE, note Dalloz 1977, p. 379.

(247) RIEG, « L'interprétation par le juge des règles écrites », *Ass. Capitant*, 1978, t. XIX, p. 74.

Van de Kerchove observe qu'on ne saurait déclarer qu'un texte est clair sans l'avoir déjà interprété (248). La clarté restituée au texte est le produit d'une interprétation préalable qui veut le mettre à l'abri de toute discussion. Celle-ci surgit cependant dans certains cas. Un texte « clair » au moment de sa promulgation peut devenir obscur par la suite. La coutume tolérant, par exemple, quelques jeux de hasard, rend ambiguë l'interdiction qui les visait sans distinction (249). Le législateur a beau fixer des règles rigides à l'interprétation, il ne supprime pas tout travail herméneutique. Car les règles d'interprétation doivent à leur tour être interprétées (250). Il est impossible au législateur de s'ériger en tuteur des sources du droit. Le texte qui interdit la révision de la Constitution peut être révisé (251). La règle qui exclut la désuétude de la loi est susceptible de « devenir désuète elle-même » (252).

65. *Les dispositions quantitatives*. Il n'en reste pas moins vrai que si le législateur n'est pas tout puissant à l'égard des sources du droit, le juge n'est pas entièrement libre envers les textes législatifs, ce que l'on constate à propos des dispositions à contenu déterminé quantitativement. « Quel juge, écrit De Page, serait assez sot pour modifier sous prétexte d'équité, l'âge de la majorité, les délais de prescription, les présomptions légales...? » (253).

Il en est de même des règles de lésion fixant les cas et l'étendue du déséquilibre qui justifient l'intervention du juge. Un résultat contraire à l'équité n'est pas forcément contraire à la loi, tel le fait de vendre cher un objet de peu de valeur, ou de subir dans la vente une lésion qui n'atteint pas le pourcentage prévu.

66. *Le coup de dés*. Le contrat aléatoire n'est pas attaquable pour cause de lésion (art. 889 c. civ.). Une conception restrictive de l'aléa dans la vente moyennant une rente viagère permet cependant la rescision du contrat. « Il est certain, écrit Mme Perot-Morel, que si un vieillard de 90 ans vend pour une rente annuelle de 50 000 francs, un immeuble de 3 millions, même en admettant qu'il vive jusqu'à 110 ans, il ne recevra jamais les 5/12èmes de la valeur de son immeuble » (254). En pareil cas, l'aléa disparaît puisque le contrat n'offre plus aux deux parties des chances réciproques de gain et de perte, dépendant d'un événement incertain. Il en est autrement en présence d'un contrat véritablement aléatoire. Ainsi « la convention par laquelle, après le décès d'un de leurs parents, deux personnes ignorant leurs droits héréditaires, stipulent que, quelles qu'elles soient, elles partageront par moitié la part revenant à l'une d'elle ou les deux parts revenant à l'une et à l'autre, ne saurait être annulé pour défaut de cause... alors même qu'au moment où elle est intervenue, l'une de ces parties était déjà, à leur insu, saisie de la succession à l'exclusion de l'autre » (255). De même, lorsque les lots doivent être tirés au sort (art. 834, al. 2, c. civ.), les juges ne peuvent s'appuyer sur des motifs d'équité pour ordonner l'attribution d'un bien successoral à l'un des héritiers, malgré l'opposition de l'autre (256).

(248) « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *in L'interprétation en droit, op. cit.*, p. 13.

(249) LEGROS, « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », *in Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 370.

(250) FROSINI, « Le spiritto e la lettere delle legge », *op. cit.*, p. 97.

(251) MATHIEU, « L'infaillibilité et auto-légitimation d'un système juridique », *in L'infaillibilité, op. cit.*, p. 47.

(252) VALLAURI, « Intervention », *in L'infaillibilité, op. cit.*, p. 50.

(253) DE PAGE, *op. cit.*, p. 152.

(254) *Op. cit.*, p. 82.

(255) Civ. 19 avr. 1882, D. 1883. I. p. 77.

(256) Civ. 28 déc. 1962, B. 1, n° 571, p. 481.

67. *Le traitement forfaitaire*. L'équité s'accommode provisoirement, nous l'avons vu (*supra* n° 59), d'une solution moyenne due à l'incertitude de l'espèce. Parfois l'équité moyenne reflète un parti pris par le législateur, qui veut éviter toute comptabilité pointilleuse ou inextricable. Ainsi par exemple, le bailleur et le preneur dans le bail à cheptel se partagent les profits et les pertes en bestiaux par moitié (art. 1804) ; dans l'adoption simple, les biens de l'adopté mort sans descendance se divisent par moitié entre la famille d'origine et la famille de l'adoptant (art. 386-1, al. 2) ; la solidarité prévue dans l'article 220 c. civ. implique que chaque époux supporte en définitive les dettes du mariage, les dépenses quotidiennes par moitié (cette équité moyenne sera écartée pour les dépenses de luxe où chacun doit contribuer aux charges du ménage selon ses facultés (art. 214 c. civ.)). En cas de réciprocité des torts, le divorce est prononcé aux torts partagés, alors que l'équité aurait pu aboutir aux torts prépondérants. Sont aussi réfractaires à l'équité, les indemnités forfaitaires, fixées une fois pour toutes.

68. b) *Dans le contrat*. « Le juge ne saurait faire état de l'équité pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés » (257). Là encore, la doctrine du sens clair est critiquée : une clause peut être claire mais superflue. Exemple : un contrat de bail mettant les « réparations » à la charge du preneur (258). Une clause claire au moment de l'acte risque de devenir obscure par la suite. S'il est convenu de servir une rente réversible sur la tête de la femme d'une partie, une question d'interprétation se pose en cas de décès de cette femme après la conclusion du contrat et de remariage de l'époux survivant : la seconde épouse aurait-elle le titre de crédirentière ? (259) Des clauses claires peuvent être contradictoires (260) ou avoir dans l'esprit de chaque contractant une portée différente (261). Des termes clairs et précis ne sont pas toujours l'expression fidèle de l'intention des parties (262).

69. Aussi les juges n'ont-ils pas hésité à neutraliser certaines stipulations claires et précises mais gênantes ou déraisonnables, soit en les déclarant clauses de style routinières, auxquelles les parties n'ont pas prêté attention (263), soit en affirmant que celles-ci ne les ont pas acceptées (264). Une indication quantitative ne met pas la clause à l'abri de la nécessité de faire prévaloir « l'intention sur l'expression ». Certes le juge ne prétendra pas, par exemple, « que 180 paires de bœuf » veut dire « deux fois quarante paires de bœuf », mais ne peut-il dire, se demande M. de Callatay, que les parties « en écrivant 180 paires de bœuf, ont seulement voulu dire 80 paires de bœuf ?» (265).

70. Ces efforts prétoriens et doctrinaux entament la résistance des clauses claires et précises sans la supprimer, du moins sur certains points sensibles, tel le formalisme conventionnel par lequel les parties envisagent de mieux préciser leur pensée lors de la

(257) Civ. 2 déc. 1947, *Gaz. Pal*, 1948. I, p. 36 ; 13 nov. 1962, B. A. n° 475, p. 405, adde 20 déc. 1852, D. 1853. I, p. 95 (la misère n'est pas une cause de nullité) ; 14 fév. 1866, D. 1866. I, p. 84.

(258) Jorge LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse, Paris, 1968, p. 34.

(259) *Ibid.*, p. 35.

(260) MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *Ass. Capitant*, 1949, t. V, p. 89.

(261) *Ibid.*

(262) Edouard DE CALLATAY, *Etudes sur l'interprétation des conventions*, Bruxelles-Paris, 1947, p. 11.

(263) Civ. 21 nov. 1932, D.H. 1933, p. 19 ; MARTY, *op. cit.*, p. 94 ; la Cour de cassation condamne parfois cette politique, V. DENIS, « La clause de style », *Mélanges Flour*, Paris, 1979, p. 128.

(264) Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, 1976, p. 77.

(265) *Op. cit.*, p. 13.

rédaction d'un écrit ou de l'accomplissement d'une autre formalité. Le juge ne peut renverser ce formalisme en s'abritant derrière la bonne foi. La Cour de cassation a infirmé l'arrêt ayant décidé qu'« un contrat de cautionnement aurait pu être valablement dénoncé par une lettre recommandée, alors qu'une clause claire et précise de ce contrat prévoyait, pour la validité de la dénonciation des engagements du donneur d'aval, la nécessité d'un acte extrajudiciaire » (266).

2. Les droits absolus.

71. Les droits absolus sont des droits discrétionnaires (267) qui ne tolèrent aucun contrôle. Leurs titulaires peuvent les exercer sans avoir de compte à rendre à personne, les motifs qui inspirent le sujet, si répréhensibles soient-ils, importent peu. La théorie de l'abus de droit (268), l'équité, se retirent devant ces « bastions irréductibles ». Mais ces droits sont « devenus tellement rares que l'on peut se demander, avec M. Van Ommeslaghe, s'il en existe encore » (269). Citons d'abord quelques survivances dans le domaine des droits extrapatrimoniaux, que l'évolution juridique tend précisément à refouler, tel le refus de parents d'autoriser le mariage de leurs enfants auquel on ne saurait passer outre, encore faut-il que le refus émane des deux parents, car « le dissentiment vaut consentement » (art. 148 c. civ.). L'usage d'autres prérogatives parentales est susceptible d'être attaqué. Il en est ainsi du refus abusif de consentir à l'adoption de l'enfant (art. 348-6) ou à son émancipation (art. 477, al. 3) (270). L'intérêt de l'enfant suscite souvent l'intervention du pouvoir modérateur du juge. De même, l'absolutisme des droits moraux, droits d'auteur, de repentir ou de réponse, n'est plus affirmé sans quelques tempéraments visant les actes accomplis dans un but vexatoire ou avec la seule intention de nuire (271). Quant aux droits patrimoniaux, on retrouve le droit intransigeant d'exiger la démolition d'une construction empiétant sur une propriété voisine, si infime que soit l'empiètement et si considérable le préjudice causé au constructeur de bonne foi face au propriétaire négligeant ou longtemps inactif (272). Cette jurisprudence fort critiquée en France (273) est dépassée en Belgique (274). Des droits absolus, il ne reste que quelques îlots : droit de tester ou de refuser de contracter dans les contrats *intuitu personae* (275).

B. — *L'équité naturelle*

72. Les limites imposées *a priori* par le droit positif à l'équité ne s'appliquent pas à la justice hors des juges étatiques, notamment à celle rendue par les arbitres internationaux dotés des pouvoirs d'amiable compositeur. Ces derniers n'ont pas de for, ne se trouvent gardiens d'aucun système, d'aucun ordre juridique interne (276). Ils reçoivent mission leur permettant de poursuivre l'équité naturelle (277) (la « *natural justice* », expression actuelle de l'*equity* (278)) sans être liés par des limites autres que celles qui sont intrinsèques à la nature des choses. Cela explique pourquoi le législateur livre certaines matières à l'équité, comme le divorce (art. 240, 273, 278, 280-1) et non à l'arbitrage (art. 2060 c. civ.). Il s'agit de renvoyer le juge à l'équité positive, entourée de barrières (279) (de barbelés ?) et non à l'équité naturelle (sauvage ?), inspirée des seules choses de la vie. Le lien étroit entre l'équité naturelle et l'amiable composition se dégage de la doctrine qui considère cette dernière comme une renonciation au droit (1). Ce lien sera confirmé en évoquant les interdits absolus que tout arbitre doit observer (2).

1. La doctrine de la renonciation.

73. a) *La renonciation au droit objectif*. Dans les relations internationales, l'amiable composition est une renonciation au droit objectif. Les parties renoncent au bénéfice de la loi supplétive, des règles d'ordre public de protection (droits déjà acquis) (280), à l'exclusion des règles impératives, pense-t-on. Il est cependant permis de constater l'immense liberté dans le choix de la loi applicable au contrat international. Ainsi, note M. Mayer, parmi les lois nationales en rapport avec l'opération envisagée, les parties peuvent écarter chacune d'elles au profit de l'une quelconque des autres et même les écarter toutes au profit de tiers (281). Elles sont aussi en mesure d'éluder toute disposition nouvelle de la loi choisie par les clauses dites de stabilisation (282) ou encore exclure les dispositions impératives de la loi désignée. En effet, ces dispositions ne sont conçues que pour un milieu déterminé. Or le contrat international ne se plaçant pas dans un seul milieu social et économique, il doit pouvoir échapper aux règles impératives de la loi applicable (283).

74. Ces propos hardis ne sont pas contredits par le droit positif. Ainsi par exemple, les règles impératives de procédure prévues dans l'arbitrage interne se transforment en règles supplétives dans l'arbitrage international (art. 1495 c. pr. civ.) (284). Quant au fond, l'arbitre tranche le litige, à défaut d'un choix par les parties, conformément aux règles de droit qu'il estime appropriées (art. 1496 c. pr. civ.). En visant les règles de droit et non la loi, le texte élargit l'horizon de l'arbitrage international (285) et par la même occasion, dépasse les limites *a priori* de l'équité.

75. Que les règles impératives ne constituent pas une barrière infranchissable, cela peut également être illustré par cette création du commerce international qu'est la pra-

(266) Civ. 10 oct. 1956, *Gaz. Pal.*, 2, p. 422.

(267) ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 1.

(268) DURRY, « La conception jurisprudentielle de l'abus de droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 395.

(269) « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *Rev. crit. juris. belge*, 1976, p. 303.

(270) V. aussi Raymond LEGEAIS, *L'autorité parentale*, Paris, 1973, p. 62.

(271) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 323 et s.

(272) Civ. 3 déc. 1962, B. I. n° 511, p. 433 ; Civ. 14 janv. 1963, *Gaz. Pal*, 1963, I, 332.

(273) RAYNAL, « L'empiètement matériel sur le terrain d'autrui en droit français », J.C.P. 1976. I. 2800.

(274) VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*

(275) CABRILLAC, RIVES-LANGE, note sous Com. 31 janv. 1966, D. 1966, p. 537.

(276) LOQUIN, « Le pouvoir des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 298, 303.

(277) DAVID, « Droit naturel et arbitrage », *in Natural Law and World Law*, Tokyo, 1954, p. 21 et s.

(278) DAVID, *Les grands systèmes, op. cit.*, p. 340, note 1.

(279) MARTIN, « Nature humaine et code Napoléon », *in Droits*, t. 2, 1985, p. 126.

(280) LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 317.

(281) P. MAYER, *Droit international privé, op. cit.*, p. 556.

(282) WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique », *Mélanges Rousseau*, Paris, 1975, p. 301.

(283) MAYER, *op. cit.*, p. 552 ; V. du même auteur, « L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », *in Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, dir. Derains, Feduci, 1984, not. p. 97 et s.

(284) FOUCHARD, « Le nouveau droit français de l'arbitrage », *Rev. internat. dr. comp.*, 1982, p. 45.

(285) *Ibid.*

tique de la garantie à première demande (286). Selon cette pratique, le vendeur ou l'entrepreneur, donneur d'ordre, sollicite de la banque (garant) de s'engager par une lettre de garantie envers son co-contractant étranger (bénéficiaire) à payer une certaine somme d'argent, à la première demande de ce dernier, sans examiner le bien-fondé de cette demande, sans vérifier si celle-ci est justifiée, légitime. La garantie est autonome et automatique. La banque doit payer le bénéficiaire à première réquisition, sans tenir compte de l'interdiction, de l'objection, de l'opposition du donneur d'ordre, son client. Le fonctionnement de la garantie n'est pas paralysée par la violation des règles impératives, réglementation fiscale ou monétaire du pays du fournisseur (287).

76. Que les règles impératives soient susceptibles d'être éludées par l'arbitre de droit, cela vaut *a fortiori* pour l'arbitre d'équité. Chacun convient que l'amiable compositeur est dispensé, par exemple, d'observer les délais (288) qui constituent pourtant des limites *a priori* à l'équité positive (*supra* n° 65). Il n'aura à s'inquiéter que des tracasseries éventuelles des lois de police du lieu d'exécution de la sentence (289). Et cela pour des raisons d'opportunité et non d'équité (sur les deux notions, *supra* n° 6).

77. b) *La renonciation aux droits subjectifs*. De la renonciation au bénéfice de la loi, on déduit que l'amiable composition implique renonciation aux droits subjectifs dont les parties peuvent disposer librement (290). Mais alors, à quoi bon s'adresser à l'arbitre si l'on s'est d'ores et déjà dépouillé de ses droits ? (291) La tâche de l'arbitre consiste à « consacrer une prétention après vérification » (Motulsky). Qu'est-ce qu'une prétention, lorsqu'on a recours à l'arbitrage dans son propre intérêt, sinon une aspiration à un droit ? (292). Cette aspiration n'est nullement incompatible avec la renonciation au bénéfice de la loi. Les parties abdiquent leurs droits tels qu'ils sont exprimés, protégés par la loi (293) mais non à leurs droits tels qu'ils se dégagent immédiatement de la nature des choses. Elles renoncent à l'appareil judiciaire, à l'écran positif, pour s'en remettre dans un « acte fiduciaire » (294), à l'amiable compositeur afin d'établir leurs droits naturels, en direct, de première main. C'est pour pouvoir réaliser *ces droits naturels* que l'arbitre est tenu de respecter d'autres droits naturels : les droits de la défense (295). L'équité naturelle, affranchie des limites conventionnelles, *a priori*, ne connaît que les restrictions qui sont intrinsèquement tirées de la nature des choses elle-même.

78. L'existence d'un contrat, pas plus que celle d'une loi ou de précédents, lesquels ne sont respectivement qu'une « précompréhension de la réalité » (*supra* n° 51) ou des

(286) Pascal ANCEL, *Droit du crédit*, Litec, 1986, p. 213 ; BERLIOZ, J.C.P. C&I, 1980. 13324 ; POULLET, *D.P.C.I.*, 1979, p. 387.

(287) VASSEUR, note sous Com. 20 déc. 1982, D. 1983, p. 370.

(288) Paris, 10 nov. 1964, J.C.P. 1966. II. 14625, note Boulbès ; Paris, 14 janv. 1977, *Rev. arb.*, 1977, p. 281, note Robert.

(289) MERCADAL, *op. cit.*, p. 326.

(290) LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 317 ; « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur », *Rev. arb.*, 1985, p. 200.

(291) Sur l'amiable composition comme « acte de dépouillement », LOQUIN, *Rev. arb.*, 1980, p. 548.

(292) Comp. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *in Ecrits, op. cit.*, p. 85 ; TERRE, « Action en justice », *Juris. pr. civ.*, fasc. 125 ; MARTIN, « Le fait et le droit ou les parties et le juge », J.C.P. 1974. I. 2625 ; BOY, « Réflexions sur l'action en justice », *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, p. 497.

(293) Comp. NASI, *Giudizio di equità, op. cit.*, p. 125 : dans la clause compromissoire, on ne renonce pas à la raison juridique.

(294) ROBERT, « La règle morale dans l'arbitrage commercial international », *Mélanges Minoli*, Torinèse, p. 441.

(295) Civ. 7 mai 1828, S. 1828. I, p. 329 : « la défense étant un droit naturel...».

« pré-jugés » (296), ne modifient pas les données du problème. L'amiable compositeur qui vise la nature des choses, s'intéresse davantage aux relations de fait, au rapport réel entre les parties, qu'aux clauses contractuelles, le contrôle de dénaturation de celles-ci étant exclu (297).

79. L'arbitre d'équité peut, par exemple, réduire une clause pénale au-delà des limites fixées par la loi (298) et même réduire une créance contractuelle pour mieux l'adapter aux prévisions des parties (299), mais il ne saurait, pas plus que le juge de droit d'ailleurs (*supra* n° 66), passer outre à la nature intrinsèque de l'opération envisagée. Ainsi, il lui sera interdit, dans les contrats aléatoires, de perturber le jeu du hasard.

80. Le respect scrupuleux du formalisme conventionnel s'impose à un juge ou à un arbitre de droit (*supra* n° 70), mais non à un juge d'équité. Car l'accord qui, à défaut de rédaction de l'écrit stipulé, n'a pas encore eu lieu sur le plan juridique, a pu exister sur le plan naturel.

81. L'amiable compositeur peut inclure dans la définition ou l'énumération conventionnelle des événements de force majeure d'autres faits non mentionnés mais équivalents. De même, il lui est permis de suspendre l'exécution du contrat devenue difficile ou onéreuse (300). En revanche, il ne lui appartient pas de prolonger la vie du contrat d'une durée égale à celle de la suspension, car les années qui se suivent ne se ressemblent pas sur le plan naturel, compte tenu des mutations sociales et économiques.

82. La garantie empêche la libération du débiteur, même en présence d'une force majeure. Mais la garantie, si intransigeante qu'elle soit, comme la garantie à première demande, cesse en cas de fraude manifeste, évidente (cela crève les yeux (301)), hommage à la nature des choses avec ses limites intrinsèques. Ainsi l'appel en garantie est sans doute abusif et irrecevable lorsque la nullité du contrat de base est établie par une sentence arbitrale ou un jugement définitif, ou lorsque l'exécution du contrat est constatée d'une manière indiscutable (certificat de douane).

83. L'équité naturelle ne tolère pas l'existence des droits discrétionnaires qui peuvent être exercés dans la seule intention de nuire. Le contractant, victime d'une inexécution, doit prendre des mesures raisonnables pour minimiser la perte (302).

84. La nature juridictionnelle de l'arbitrage fixe également des limites à l'amiable compositeur. L'arbitre d'équité tranche un litige situé dans le passé. S'il peut exercer un pouvoir modérateur, il lui est interdit, à moins d'y être autorisé par les parties, de refaire le contrat pour l'avenir (303).

(296) BOULANGER, *op. cit.*, p. 420 ; SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », D. 1955, p. 93 ; au pays de la Common Law, le juge échappe à l'emprise du précédent par « la technique des distinctions » en découvrant dans l'espèce des différences par rapport au cas antérieur, DAVID, « La jurisprudence », *Rev. rech. jur.*, 1985, 3, p. 827.

(297) Civ. 17 nov. 1976, D. 1977. p. 577, note Bore, *Rev. arb.* 1977, p. 281, note Robert, Civ. 18 mars 1981, B.I., n° 82, p. 69.

(298) LOQUIN, « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur », *op. cit.*, p. 209.

(299) Paris, 10 mars 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 214, note Mezger.

(300) BREDIN, « L'amiable compositeur et le contrat », *Rev. arb.*, 1984, p. 268.

(301) VASSEUR, D. 1983, note précitée, p. 370.

(302) En ce sens, l'art. 77 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980, D. 1988, lég., p. 30 et les ouvrages collectifs, *Les ventes internationales de marchandises*, dir. Yves Guyon, Economica, 1981 ; *La vendità internazionale*, Milano, 1981.

(303) LEVEL, « L'amiable composition », *Rev. arb.*, 1980, p. 658.

85. Plus généralement, cette nature juridictionnelle ne permet pas à l'arbitre de résoudre des questions qui ne lui sont pas soumises, par exemple, résilier un contrat alors qu'il est « chargé seulement d'évaluer une indemnité compensatoire » (304).

2. Les interdits absolus.

86. *Les choses impures et les choses maléfiques*. L'amiable compositeur est tenu de respecter l'ordre public international (305). Or, chaque pays à sa propre conception de l'ordre public. On y inclut par exemple, en France, la règle de la déterminabilité du prix (306), alors que l'article 55 de la Convention de Vienne envisage des ventes internationales non soumises à cette règle. Le pouvoir de statuer en équité est-il donc restreint par des dispositions conventionnelles variables d'un État à un autre ? Il serait hâtif de le croire. Certes, il existe des choses interdites seulement dans certains pays et pas dans d'autres, ce sont les choses *impures*, prohibées par exemple en Perse (vin, porc) et non en Grèce. Mais il existe aussi des choses interdites partout, sans aucune exception. Ce sont les choses *maléfiques* (comme l'inceste absolu), bannies, mises hors du commerce, aussi bien en Perse qu'en Grèce. Exemples : animaux atteints de maladie contagieuse, drogues. Ces prohibitions intrinsèques à la nature des choses sont les seules à tracer les frontières de l'équité naturelle. On condamnera donc la vente d'armes destructrices du genre humain, les pots de vins, les corruptions (307), la traite des blanches, l'esclavage, la ségrégation sociale et autres pratiques semblables, incompatibles avec la dignité humaine.

(304) *Ibid.*, p. 662.

(305) LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, p. 329 ; MATRAY, « Arbitrage et ordre public transnational », *Liber amicorum Pieter Sanders*, Deventir, 1882, p. 241.

(306) Paris, 3 nov. 1977, *Rev. arb.*, 1978, p. 486.

(307) DERAINS, *Clunet*, 1984, p. 914.