

## L'ASCENSION DU MODE CONVENTIONNEL DANS LE REGLEMENT DES CONFLITS CONJUGAUX

L'accord s'est imposé comme le seul moyen efficace de régler le divorce. Il permet une maîtrise du divorce par la mise en commun des volontés des époux. Les législations successives relatives au divorce ont compris l'intérêt du mode conventionnel dans le traitement du divorce. Deux idées se confrontent alors : la volonté de sauvegarder l'aspect institutionnel du mariage par un divorce sous l'emprise du juge et de réaliser un divorce dans les meilleures conditions. Il fallait donc placer les époux sous l'*imperium* du juge. Le divorce était un « mal nécessaire ». Il fut « donc strictement encadré, dans ses causes, dans ses procédures et dans ses effets. Gardien de l'état des personnes, le juge judiciaire était aussi gardien de l'intérêt collectif. »<sup>288</sup>

L'idée que le contrat semblait la réponse la plus adaptée au règlement des conflits familiaux n'est pas nouvelle. « Les pactes de famille interviennent dans un domaine où le droit doit faire bon ménage avec le sentiment, où l'affectivité et la sensibilité, c'est-à-dire l'irrationnel, dirigent la conduite humaine autant, et sans doute beaucoup plus, que le respect aveugle et réticent d'une règle de droit froide et abstraite. Il s'agit donc d'adapter cette règle de droit à la réalité infiniment complexe et variée à laquelle son application est destinée. Individualiser le statut juridique d'une relation familiale, afin de parvenir à un règlement satisfaisant d'une situation par hypothèse unique, telle apparaît bien la raison d'être des pactes de famille en matière extrapatrimoniale »<sup>289</sup>.

La promotion de l'accord atténue l'opposition entre la procédure contentieuse et la procédure gracieuse. La procédure gracieuse s'inscrit comme le modèle à suivre pour la procédure contentieuse. Ainsi le glissement du contentieux vers le gracieux a entraîné une réévaluation de la nature conventionnelle du divorce par consentement mutuel. Le pouvoir de la volonté a de plus en plus d'emprise dans la procédure de divorce et empiète considérablement sur le champ d'intervention du juge du divorce. On assiste à

---

<sup>288</sup> FULCHIRON (H.), « Un juge pour le divorce », in *Le discours et le code Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 185.

<sup>289</sup> CHAPELLE (A.), « Les pactes de famille », *R.T.D.C.*, 1984, p.415.

une généralisation des accords dans les procédures de divorce (Section 1). Toutefois, Les conventions sont placées sous contrôle judiciaire (Section 2).

## SECTION 1 : LA GENERALISATION DES ACCORDS DANS LES PROCEDURES DE DIVORCE

A l'instar du divorce par consentement mutuel, le mode conventionnel du règlement du divorce apparaît le plus adapté. La réforme de 2004 a impulsé la volonté des époux au rang décisionnaire dans le divorce contentieux, alors que les accords ne sont pas les procédés naturels d'une procédure contentieuse. L'accord tend à s'imposer dans toutes les procédures (gracieuse et contentieuse). La convention est devenue le mode traditionnel du règlement du divorce. La convention se définit comme « un accord de volontés destiné à produire un effet de droit quelconque (...), désigne en général l'acte juridique dans son ensemble (...) ou parfois, dans la pratique, l'écrit dressé pour constater l'accord »<sup>290</sup>.

Le droit et le juge perdent du terrain face à la propagation des accords dans la procédure contentieuse (§1) et face à l'accentuation de l'accord dans l'unique divorce gracieux (§2).

### §1 : La propagation des accords dans la procédure contentieuse

La propagation s'explique par les mesures incitatives au règlement conventionnel du divorce contentieux (A.) et par la prévision d'un arsenal conventionnel mis à la disposition des époux (B.).

---

<sup>290</sup> V°: convention, Vocabulaire juridique PUF, 2007, association Capitant, CORNU (G.).

## A. Les mesures incitatives au règlement conventionnel

Certaines portes ont été ouvertes par la loi de 1975, mais la loi de 2004 a fait des conventions le mode usuel de traitement des conflits dans le divorce contentieux. Instaurer des accords ponctuels dans le règlement du divorce non consenti représente une avancée importante. La place attribuée aux volontés s'explique par le fait que le législateur souhaite une appropriation de la rupture juridique par les époux en dépit d'une procédure contentieuse de divorce.

Le divorce est un domaine emprunt de subjectivisme, dont la dimension fortement émotionnelle pousse à rechercher des moyens efficaces pour l'appréhender. Par conséquent, un traitement individuel des conflits semble plus adapté. Cette individualisation des conflits passe par la libération même du règlement des conflits, autrement dit par l'accord. Monsieur le Professeur Chesné évoque le conflit entre le fait et le droit. « Les principes juridiques peuvent-ils prétendre résoudre la question du divorce ? En réalité, les mœurs plus que les lois dominent ce problème. »<sup>291</sup> Le procès ne parvient pas toujours à la paix sociale, ne vaut-il pas mieux une justice négociée plutôt qu'imposée ? Les arrangements favorisent la pacification et l'efficacité des procédures.

Les pourparlers qui précèdent les accords et ces derniers, contribuent à apaiser et à prévenir les conflits. La subsistance de ces espaces de dialogues rend possible l'introduction d'une touche d'amiable<sup>292</sup>. D'une part, les époux qui ont plus ou moins décidé du règlement de leur divorce, vont mieux vivre et mieux accepter le divorce et parfois éviter un contentieux post divorce. D'autre part, les époux se concentrent sur la prévision des modalités du divorce et se détournent pour un temps des rancœurs engendrées par la désunion. Les avantages des accords transactionnels permettent de donner une solution sur mesure « ajustée » aux besoins des intérêts particuliers. Ils présentent également l'intérêt majeur de prévenir tout risque de contentieux ultérieur et

---

<sup>291</sup> CHESNE (G.), Le divorce par consentement mutuel », *Dalloz*, 1963, Chron., p105.

<sup>292</sup> JOURDAIN (M.), « Les règlements amiables des intérêts patrimoniaux des époux dans les ruptures contentieuses », in *Mélanges offerts à A. Lebayon*, Regards croisés sur les droits de la famille et du patrimoine, L'harmattan, 2005, p.132.

pour finir, ils présentent l'avantage de favoriser un règlement d'ensemble des questions matérielles provoquées par la rupture.<sup>293</sup>

A la lecture des différents articles du Code civil consacrés au divorce, on ne peut que constater le rôle primordial donné à la volonté des candidats au divorce. A tous les stades de la procédure contentieuse, les époux peuvent s'accorder. La loi de 2004 affranchit les époux de certaines contraintes légales au profit du consensualisme. Les époux divorçant déterminent leurs règles au lieu et place de la loi.

La primauté donnée aux accords se retrouve dès la phase de conciliation. L'article 252 du Code civil préconise au juge de chercher à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. La nouvelle lecture de cet article sur la conciliation opère un véritable bouleversement. En effet, la tentative de conciliation (étape obligatoire pour tous les divorces contentieux) n'a plus pour seul objectif, d'amener les époux à réfléchir sur la persistance de leur décision et ses conséquences. La conciliation supposait une réflexion ultime afin de décourager les époux à divorcer. Désormais cette étape a pour fonction, certes d'accorder les époux, mais non plus sur la renonciation au divorce mais sur l'acceptation du divorce et sur l'organisation du divorce. La mission subsidiaire de l'ancien article 252-2 est non seulement devenue, la première mission de la conciliation mais le législateur de 2004 l'a étendue. Il n'a pas limité l'audience de conciliation au règlement des conséquences du divorce. Il doit également amener les époux à s'entendre sur le principe du divorce (article 252 du Code civil.). Le juge joue un rôle d'instigateur du divorce. Au mieux, les époux arrivent à s'accorder sur le principe même du divorce; au pire, ils arrivent à transiger sur les conséquences.

Le législateur semble ainsi plus près de la réalité, en prévoyant ce temps de parole non à la réflexion sur la prise de décision concernant le divorce mais sur les modalités de sa réalisation. Il octroie une large marge de manœuvre aux époux véritables décideurs dans l'organisation de leur divorce. Les termes employés par la loi sont plus directifs, le juge « n'essaye plus » de les amener à régler, il cherche à les

---

<sup>293</sup> *Ibid.*

concilier. La recherche de consensus est érigée en véritable principe directeur de la procédure contentieuse de divorce.

Lors de la demande introductive d'instance, la loi favorise également la prévention du conflit par des mesures qui peuvent se concrétiser en accord. L'article 257-2 du code civil prévoit sous peine d'irrecevabilité une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. Ainsi, dès l'introduction d'instance, les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté imposent aux époux une réflexion sur leur vie patrimoniale future. Cette mesure offre une opportunité supplémentaire aux conjoints de résoudre amiablement les intérêts patrimoniaux. Le ton est donné dès le commencement du processus, les époux ont la responsabilité d'essayer de s'accorder au minimum sur les conséquences patrimoniales du divorce.

Ces mesures peuvent donc donner l'impulsion à un arrangement entre époux. Ces arrangements ont d'autant plus d'importance qu'il y a une sorte de sacralisation de la parole des époux. Le juge ne décide plus totalement seul, il doit tenir compte des prétentions émises communément par les époux. A titre d'exemple, au stade des mesures provisoires, le juge « doit tenir compte des accords éventuels » des époux (article 254 du Code Civil). Le vocabulaire utilisé est très explicite. Le juge aux affaires familiales est tenu par le « concours des époux » dans la détermination des mesures provisoires. Le juge aux affaires familiales est donc lié par les voies accordées des conjoints. Cette emprise du couple sur le pouvoir décisionnaire du juge est encore plus flagrante lorsqu'il y a une convention.

### B. L'arsenal conventionnel mis à la disposition des époux

Sous l'empire de la loi de 1975, l'accord des époux ne pouvait porter que sur des éléments partiels de leurs intérêts patrimoniaux. « Les conjoints 'jouissaient` d'une réelle autonomie quant au fond, sauf sur un point pourtant essentiel, s'agissant des incidences patrimoniales du divorce : la prestation compensatoire. »<sup>294</sup>

---

<sup>294</sup> JOURDAIN (M.), « Les règlements amiables des intérêts patrimoniaux des époux dans les ruptures contentieuses », *in Mélanges offerts à A. Lebayon*, Regards croisés sur les droits de la famille et du patrimoine, L'harmattan, 2005, p.147.

C'est une des raisons de l'inapplication de l'article 1450 du Code civil. Il était difficile de procéder à la liquidation et au partage sans tenir compte des autres conséquences pécuniaires, les divers intérêts patrimoniaux étant intimement liés. L'article 268 du Code civil a pallié cette carence. Il prévoit pour les époux pendant l'instance de « soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce ». Le divorce contentieux peut être réglé entièrement par le moyen de la convention. Les conséquences patrimoniales, les modalités concernant l'exercice de l'autorité parentale (déjà avec la loi du 4 mars 2002) et la liquidation et le partage peuvent faire l'objet d'une convention dans une procédure contentieuse. Monsieur le Doyen Beignier soulève le lien étroit entre les articles 230 et 268 du Code civil. « Le domaine d'excellence de la liberté contractuelle des époux se trouve en matière patrimoniale »<sup>295</sup>, mais pas seulement. Le mode conventionnel a été étendu à l'ensemble des conséquences du divorce. Il y a une globalisation du traitement conventionnel du divorce contentieux.

Les époux en cas de volonté commune peuvent comme dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel prévoir les modalités de la prestation compensatoire. « La loi nouvelle offre aux époux une possibilité élargie de prévoir eux-mêmes la prestation compensatoire, ses formes, ses modalités etc. (...) par le moyen des clauses de l'article 268 du Code civil. L'avantage est, dans ce dernier cas, d'ouvrir aux époux, nonobstant leur décision de divorcer au contentieux, la possibilité de s'affranchir des contraintes de la prestation compensatoire judiciairement prononcées et donc d'étendre considérablement le champ transactionnel, même dans le divorce contentieux ».<sup>296</sup> Le Professeur Hauser confirme que les volontés individuelles ont les faveurs de la loi et que la prévision conventionnelle est encouragée par « le fossé important qui existe entre la prestation convenue, où l'ordre public de direction est réduit au minimum et la prestation judiciaire, où les contraintes sont nombreuses et ne laissent au juge qu'une aire de choix très limitée. La liberté en la matière est la rançon de la prévisibilité ».<sup>297</sup> En atteste, la possibilité de renoncer à la prestation compensatoire par le biais de la

---

<sup>295</sup> BEIGNIER (B.), « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Droit de la famille*, 2008, Etude, p. 9.

<sup>296</sup> HAUSER (J.), « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel », *Répertoire Defrénois*, 2004, art. 38115.

<sup>297</sup> *Ibid.*

convention ou la prévision de rentes temporaires ou des prestations mixtes sans remplir les conditions de l'article 276, hypothèse évoquée par le Professeur Hauser.<sup>298</sup>

Sur le modèle de l'article 268 du Code civil, derechef les époux peuvent convenir d'une révocation des donations ou avantages patrimoniaux. En effet, la règle posée à l'article 265 énonce que le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux et les donations de biens présents. Le principe d'irrévocabilité découle de l'insécurité générée par la volonté unilatérale d'un époux de révoquer ou non les libéralités (donation de biens présents, les apports à la communauté, réversion d'usufruit...). Selon l'esprit de la loi, rien n'interdit lorsque les époux sont d'accord de convenir d'une révocation. Cette volonté commune contraire au principe d'irrévocabilité est présumée possible et trouverait sa place dans le règlement global des effets patrimoniaux du divorce. L'aspect général de l'article 268 - « tout ou partie des conséquences du divorce » - laisse à penser que dès lors que les époux s'accordent, les époux sont libres de décider. La mise en commun des volontés permettrait de dépasser les règles d'ordre public. Monsieur le Professeur Hauser, en fonction de l'esprit du texte qui « pousse à la prévisibilité d'un éventuel divorce dans ses conséquences pécuniaires et patrimoniales », prévoit deux moments possibles pour introduire des clauses contraires au principe d'irrévocabilité, dans « l'acte constitutif de la donation ou de l'avantage »<sup>299</sup>, et par convention au moment du divorce selon le modèle de l'article 268 du Code civil.

Il faut rappeler que ces conventions font l'objet d'une homologation par le juge (l'alinéa 2 de l'article 268). Néanmoins, cette homologation n'entache pas le pouvoir des époux dans l'organisation de leur vie future. Les choix rédigés dans la convention vont régir l'avenir des époux. Le juge aux affaires familiales n'intervient pas dans le processus d'élaboration. Les dispositions établies par les époux figent en quelque sorte l'intervention du juge. Cette appropriation du règlement pécuniaire de l'après divorce

---

<sup>298</sup> *Ibid.*, Jean.Hauser affirme que désormais rien n'empêche de renoncer par voie de convention homologuée de l'article 268 à une prestation compensatoire, sous la seule réserve générale du contrôle du juge en équité. Cette renonciation se heurtait avant 2005 à l'impossibilité de lier le juge avec les accords de ce type dans le divorce contentieux, puisqu'il était seul à décider. Il en va de même pour les formes et modalités de la prestation compensatoire, les parties pourraient prévoir ce qui est interdit au juge par le biais de l'ingénierie contractuelle.

<sup>299</sup> *Ibid.*

est très novateur et repousse les limites de l'intervention du droit. Même dans un divorce contentieux, les époux peuvent décider. Ils créent leurs règles de droit.

Les candidats au divorce peuvent également s'accorder sur la conservation de l'usage du nom du conjoint (article 264) et sur le report de la date des effets du jugement du divorce (article 262-1). Sur ce dernier point l'article 262-1 du Code civil ne prévoit pas explicitement une telle possibilité. Cependant, certains auteurs estiment que le report dans le passé de la date des effets du divorce en ce qui concerne leurs biens peut résulter d'un accord de volontés, d'une convention conclue par les deux conjoints, dès lors que l'article 265-2 permet aux époux de passer une convention de liquidation et de partages anticipés. « (...) En effet les époux sont libres et maîtres de leurs droits. Une liquidation amiable de la communauté est toujours possible et les règles de liquidation du régime matrimonial qui ne sont pas, en principe, d'ordre public, n'ont qu'un caractère supplétif de la volonté des parties. Cette opinion, (...) nous paraît s'imposer d'autant plus que la loi nouvelle a manifestement entendu donner une pleine efficacité aux accords de volontés des époux. »<sup>300</sup>

Certes, ce ne sont que des hypothèses, mais la philosophie du divorce est aux accords. Ainsi, si les époux arrivent à s'unir pour régler leur divorce, les restrictions normalement imposées par le droit cèdent au profit du consensus. On ne peut juxtaposer une prévision consensuelle et un règlement par le juge sur la même ligne, si ce n'est rendre une de ces voies vaines.

En cours d'instance, l'article 265-2 permet aux époux pendant l'instance en divorce de passer toute convention de liquidation et de partage de leur régime matrimonial. L'article 1450 ancien du Code civil permettait déjà aux époux de passer des conventions réglant par avance la liquidation et le partage de la communauté. Le principe d'immutabilité régissant le droit des régimes matrimoniaux a longtemps interdit toute manifestation de volonté des époux en instance de séparation, relativement

---

<sup>300</sup> MASSIP (J.), *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005, p.128 ; ainsi que FRICERO (N.), », in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p.28. Les deux auteurs évoquent la possibilité de s'accorder sur le report de la date des effets du jugement.

au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Ils disposaient d'une réelle autonomie<sup>301</sup> grâce aux accords ponctuels, gagnant ainsi, du terrain sur l'immutabilité du régime matrimonial<sup>302</sup>. Cependant, la forme notariée était exigée et une telle possibilité était réservée aux époux communs en biens. La loi du 26 mai 2004 a généralisé le mode conventionnel de liquidation et de partage qui a vocation à s'appliquer à tous les régimes matrimoniaux : communs en biens, séparés de biens ou de participation aux acquêts. L'exigence de la forme notariée ne trouve à s'appliquer qu'aux biens soumis à publicité foncière.

Même si leur convention ne peut prendre vie uniquement qu'après le prononcé du divorce ; le juge ne dispose que d'un faible pouvoir de contrôle sur le contenu de la convention. En effet, le juge aux affaires familiales est obligé de prendre acte de la convention de liquidation et de partage. Le juge est donc mis à l'écart dès que les époux s'entendent sur la liquidation de leur régime matrimonial et le partage. Une matière qui appartenait jusque là à l'ordre public, de ce fait indisponible, leur est complètement réservée. L'alinéa 2 de l'article 1451 permet à l'un des époux de demander que le jugement du divorce modifie la convention si les conséquences fixées par le jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage. Les conventions peuvent être modifiées uniquement à la demande d'un des époux. Qui plus est, le juge doit se cantonner à rétablir l'équilibre rompu par le jugement. Il doit préserver l'accord originel et ne doit pas le dénaturer. De surcroît, la voie conventionnelle offerte aux candidats au divorce rend subsidiaire l'intervention du juge, qui ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux « qu'à défaut d'un règlement conventionnel » (article 267 du Code Civil).

Les opportunités de résolution amiable ne s'arrêtent pas aux conséquences patrimoniales. A la demande des époux, dans le divorce pour faute, le juge peut se limiter à constater les faits constituant la cause de divorce sans énoncer les torts et griefs de chacun (article 245 -1).

---

<sup>301</sup> MASSIP (J.), *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005, p.143, reprend les propos de Messieurs Flour et Champenois pour expliquer cette grande liberté : « cela s'explique par le fait que l'on a voulu permettre aux conjoints de faire pendant l'instance en divorce ce qu'ils pouvaient faire autrefois après son prononcé. Or après la dissolution du mariage les époux sont maîtres de leurs droits. »

<sup>302</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 21 janvier 1992, par une interprétation *a fortiori* a autorisé les époux à modifier le statut d'un seul bien déterminé, *J.C.P.*, 1992, I, 3614, n°4, obs. WIEDERKEHR.

Le système de passerelle favorise très largement une résolution consensuelle ou au moins semi consensuelle du divorce. A tout moment de la procédure que ce soit dans le cadre de la phase de conciliation ou après l'introduction de l'instance ou même en appel, les époux peuvent utiliser les passerelles. « Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour pouvoir prononcer leur divorce par consentement mutuel (...)»<sup>303</sup>. Quant à l'article 247-1 du Code Civil, il prévoit une passerelle du divorce pour faute ou divorce pour altération définitive du lien conjugal vers le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage. Certes, ce n'est pas un divorce gracieux cependant, les époux sont d'accord sur le principe du divorce. S'ils sont d'accord sur le principe, il y a fort à espérer qu'ils s'accorderont sur certains éléments des conséquences du divorce. L'association des voix des époux trouve écho à tous les stades de la procédure contentieuse.

Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant (alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 373-2-7 du Code civil). La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a impulsé le mode conventionnel comme mode traditionnel du règlement des conflits. Jusqu'à la loi de 2002, les parents pouvaient uniquement présenter leurs observations (ancien article 287 alinéa 3) et le juge devait tenir compte des accords passés (ancien article 290, 1<sup>o</sup> du Code civil). Les dispositions prises pour l'enfant relevaient du monopole du juge. En effet, ce monopole était justifié par le fait que les époux étant dans une procédure conflictuelle étaient incapables de régler le sort des enfants. Le juge aux affaires familiales était le gardien suprême de l'intérêt de l'enfant. La loi du 4 mars 2002 a renversé la présomption et le consensus parental est préféré à l'intervention du juge sous la réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant. Et même, lorsque les conjoints n'arrivent pas à s'accorder, le juge doit prendre en considération : « la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure »<sup>304</sup>.

Ces différentes conventions sont impropres à créer des effets de droit sans l'homologation du juge. En effet, le législateur a aligné le régime des conventions du

---

<sup>303</sup> Article 247 du Code Civil.

<sup>304</sup> Article 373-2-11,1<sup>o</sup>, du Code civil.

divorce contentieux sur celui du divorce gracieux. Toutefois, le juge homologateur s'assure que, d'une manière générale, la convention respecte les intérêts des époux et des enfants. Son contrôle constitue pour l'essentiel à la sauvegarde des intérêts. Il n'opère pas, comme dans le cas du divorce par consentement mutuel, à la vérification de la réalité du consentement. L'utilisation de la voie conventionnelle dans le divorce contentieux crée en quelque sorte une présomption irréfragable de consentement dès lors que l'on est sur un terrain originellement conflictuel. Le juge aux affaires familiales dans la procédure contentieuse n'intervient plus obligatoirement dans les décisions et les choix du règlement du divorce.

« Des îlots 'gracieux' apparaissent ainsi dans une procédure contentieuse, pour soustraire à l'*imperium* du juge tout ce qui peut être convenu par les époux. ».<sup>305</sup> Cette matière qui autrefois était hermétiquement fermée à ce mode de régulation des rapports sociaux, lui a été totalement ouverte. L'indisponibilité de l'état, sous l'ancienne législation, frappait d'inefficacité toute manifestation de volonté des époux tendant à accepter le principe du divorce ou à en aménager les effets.

Cette promotion de l'accord a entraîné un véritable transfert du pouvoir décisionnel aux époux. Ce qui amène à appréhender le concept du divorce de manière plus contractuelle qu'institutionnelle. Les parties, ont donc la quasi maîtrise de la résolution de leur divorce, l'accord régnant à tous les stades de la procédure. « La préférence conventionnelle est si forte que la décision judiciaire est supplétive d'accord »<sup>306</sup>. L'intervention du juge est par conséquent cernée par les accords des époux et il semble difficile de s'en détacher. Messieurs les Professeurs Hauser et Delmas Saint -Hilaire relèvent à cet égard que « cette entrée accélérée de la technique contractuelle dans le divorce conduit à relativiser considérablement la distinction qui avait été voulue presque solennelle en 1975, entre le divorce par consentement mutuel (ex requête conjointe), et les divorces contentieux. »<sup>307</sup> L'ordre négocié a trouvé droit de cité dans la procédure contentieuse. Ce glissement du contentieux vers le gracieux a un

---

<sup>305</sup> DELMAS SAINT- HILAIRE (P.), La prestation compensatoire et les autres conséquences patrimoniales du divorce », in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p.67.

<sup>306</sup> AZAVANT (M.), *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse, Pau, 2002, p.231.

<sup>307</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE (P.), HAUSER (J.), « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Défrénois*, 2005, p358.

impact sur la procédure gracieuse, qui entraîne peu à peu un recul de plus en plus marqué du contrôle judiciaire.

## §2 : L'accentuation de l'accord dans l'unique divorce gracieux

L'accentuation prend corps à travers une approche contractuelle du divorce par consentement mutuel (A.) et par la valorisation des volontés consentantes au divorce (B.).

### A. L'approche contractuelle du divorce par consentement mutuel

L'apogée de la valorisation de l'accord des volontés privées dans le divorce par consentement mutuel serait d'affirmer que l'on peut divorcer grâce à un contrat. Pour autant, cette association a longtemps été combattue au nom du postulat de l'ordre public et de l'indissolubilité du mariage. Les effets du mariage étant d'ordre public, on ne peut y déroger, « par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »<sup>308</sup>.

Le divorce par consentement mutuel a fait l'objet de nombreuses critiques à l'aube de la réforme de 1975, notamment celle de conduire à la ruine de la famille, mais également de conduire à un accord inéquitable, arraché de force ou concédé par la lassitude<sup>309</sup>. Il est un divorce facile puisqu'il n'exige « que le seul consentement des époux. Aussi paraît-il susceptible de faire perdre au mariage sa gravité, sa stabilité, et de multiplier des unions fantaisistes. »<sup>310</sup> L'admission du divorce consensuel dans notre droit réduisait à néant le principe d'indissolubilité du mariage. La loi de 11 juillet 1975 a donc réalisé une innovation fondamentale en reconnaissant les divorces d'accords. Toutefois, elle a introduit le divorce sur demande conjointe « non pas comme le fruit d'un contrat, mais comme l'association d'un élément conventionnel et d'un élément judiciaire, dont chaque élément est indispensable et indivisible : l'accord des époux et le

---

<sup>308</sup> Article 6 du Code civil.

<sup>309</sup> NORMAND (J.), « Droit judiciaire de la famille et contrat », in *La contractualisation de la famille*, (dir.) FENOUILLET (D.), et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), Economica, 2001, p.219.

<sup>310</sup> CHESNE (G.), Le divorce par consentement mutuel », *Dalloz*, 1963, Chron., p95.

règlement global des effets, d'une part, et l'homologation du juge de l'autre (...). »<sup>311</sup>  
Préciser le caractère non exclusivement contractuel du divorce laissait penser que divorcer n'était pas devenu plus facile, n'entachant pas ainsi la valeur du mariage.

Or, permettre aux époux de divorcer par consentement mutuel et régler leur divorce par une convention malgré l'intervention du juge, appelle à l'associer à la forme avoisinante du contrat. En effet, la présence du juge dans le divorce par consentement mutuel ne suffit pas à balayer l'hypothèse d'un « divorce contrat ». La mise en commun de la volonté de chaque époux dans la prise de décision de divorcer, a une valeur symbolique et hypothétiquement une valeur juridique. Ce divorce est fondé sur une volonté commune qui prend corps dans une convention. Le mot « convention » vient du latin *conventio* dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, d'être d'accord. La convention est un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit. Le contrat quant à lui, vient du latin *contractus* dérivé de *contrahere* qui signifie : rassembler, réunir.

Pour les Professeurs Malaurie et Aynes : « Le contrat constitue une convention puisqu'il y a accord de volontés, mais il est une convention qui fait naître des obligations (article 1101 du Code civil). Tout contrat est une convention ; l'inverse n'est pas vrai, toute convention n'est pas contrat : le contrat est partie d'un ensemble plus général, la convention. »<sup>312</sup> En d'autres termes, la convention du divorce par consentement mutuel ne signifie pas nécessairement « contrat de divorce », car une convention contrairement au contrat ne fait pas naître des obligations même si elle produit des effets juridiques. L'aval du juge empêche cette qualification, car lui seul peut lui donner force obligatoire.

Toutefois, le divorce fondé sur une volonté commune constitue indiscutablement une privatisation, une autonomisation du traitement du divorce. Le législateur lui a attribué la première place dans le classement des divorces. Il est l'unique divorce bénéficiant d'une procédure gracieuse. Le divorce sur demande acceptée devenu divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage a intégré la procédure des divorces contentieux. Cette distance met en évidence l'inclinaison du législateur pour le

---

<sup>311</sup> MEULDERS –KLEIN (M.-T.), « Le démariage consensuel », *R.T.D.C.*, 1995, p.570.

<sup>312</sup> AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Les obligations*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 2007, p.224.

divorce négocié. Le consentement des époux est complet, il concerne le principe et les conséquences du divorce, matérialisé par une convention qui doit être homologuée par le juge. C'est grâce à la communion de deux volontés individuelles que le divorce par consentement mutuel peut voir le jour.

L'article 230 du Code civil opère une certaine élévation au rang de contrat le divorce par consentement mutuel. En effet, le consentement mutuel est suffisant pour conduire au divorce, le divorce n'étant pas causé. Contrairement à l'ancien article 230 du Code civil qui présumait une cause mais permettait aux époux de la garder sous silence. « Lorsque les époux demandent ensemble le divorce, ils n'ont pas à en faire connaître la cause ». A cet égard, Monsieur Massip affirmait que la cause efficiente du divorce n'était pas « la volonté des époux », mais une cause que la loi autorisait « à garder secrète ».<sup>313</sup> On ne pouvait qualifier le divorce par consentement mutuel de contrat en l'absence de volonté commune, condition fondamentale de ce dernier. Ainsi, toute assimilation était anéantie et surtout elle aurait eu pour effet de nier le caractère institutionnel du mariage et au contraire mettre en avant son caractère contractuel. Le mariage étant une institution d'ordre public, non un simple contrat, dès lors la simple volonté de se séparer ne pouvait être une cause de divorce. Le divorce même consenti devait reposer sur une cause définie, une raison valable. Le souhait commun aux deux époux de divorcer était inconcevable. Nécessairement, la cause réelle résidait dans un fait, un motif précis que les époux souhaitaient caché sous l'apparence d'un consentement mutuel au divorce. Cette cause secrète était le témoin de l'obstination à réfuter l'hypothèse d'une désunion souhaitée sans autre raison particulière, que le temps, le désamour...

Monsieur Bianco-Brun sous l'empire de la loi de 1975, affirmait que le consentement mutuel était une simple condition de recevabilité et non une condition de réalisation du contrat car le divorce sur requête conjointe ne constituait pas « une cause péremptoire de divorce », mais restait « soumis à l'appréciation du juge »<sup>314</sup>. Or dans l'actuel divorce par consentement mutuel, la cause est constituée par l'association des volontés individuelles des époux et s'impose donc, comme une condition de réalisation de la convention. En effet, le contrat nécessite quatre conditions essentielles pour sa

---

<sup>313</sup> MASSIP (J.), *La réforme du divorce*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2ème Ed., 1986, p.14.

<sup>314</sup> BIANCO-BRUN (Y.), *Le consentement dans le divorce*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p.227.

validité (article 1108 du Code civil), dont le consentement de la partie qui s'oblige. Ainsi, la forme d'un contrat est « l'expression extérieure de la volonté »<sup>315</sup> et il « est formé par le seul consentement, sans qu'aucune formalité ne soit imposée »<sup>316</sup> A l'instar du contrat, le divorce par consentement mutuel ne requiert pas de formalité si ce n'est l'expression de la volonté commune de divorcer. La convention de divorce naît bien du consentement mutuel, condition de formation du contrat. Cette affirmation permet un rapprochement certain entre la convention du divorce par consentement mutuel et le contrat, d'autant que l'accord tend de plus en plus à s'affirmer.

### B. La valorisation des volontés consentantes au divorce

La procédure du divorce par consentement mutuel comporte deux phases : une étape extrajudiciaire densifiée par l'élaboration des accords et une étape unique judiciaire de validation. L'unique audience a conduit à une plus grande considération de la volonté des époux. Elle se concrétise par une véritable préparation en amont de l'étape judiciaire. La convention de divorce concrétise l'accord de rupture. Elle peut se décliner dans sa structuration sous la forme d'une part d'une convention parentale et d'autre part d'une convention de rupture organisant les aspects économiques de la fin de l'union. L'échange du consentement s'opère une fois et vaut pour toute la procédure au même titre que lors de la formation d'un contrat. La rencontre unique des volontés pour former le contrat faisait défaut sous l'ancienne loi. La persistance et le renouvellement du consentement dans le divorce sur requête conjointe étaient contraires aux conditions de formation du contrat. A cet égard, Jean Carbonnier ripostait : « Le divorce par consentement mutuel est un contrat qui se forme par degré. L'accord doit persévérer jusqu'à la phase ultime de la procédure. »<sup>317</sup>

Les différents entretiens prévus sous la loi de 11 juillet 1975, permettaient au juge d'exercer une influence sur la convention. La première comparution imposait aux époux un projet de convention portant sur la garde, le droit de visite, les modalités d'entretien des enfants, la prestation compensatoire, la liquidation du régime

---

<sup>315</sup> AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Les obligations*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 2007, p.250.

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> CARBONNIER (J.), Cité par BIANCO-BRUN (Y.), *Le consentement dans le divorce*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p.229.

matrimonial. Lors de ce premier entretien, le juge aux affaires familiales devait approuver ou ne pas approuver la convention temporaire et il examinait la demande avec chacun d'eux.<sup>318</sup> La loi de 1975 donnait l'illusion aux époux de régir leur divorce alors qu'ils ne disposaient que d'une liberté d'action limitée et largement encadrée par le juge. Cet encadrement laissait planer une « présomption d'incapacité » des époux à régler seuls leur divorce. L'allègement procédural était donc inévitable, la parole des époux consentant ne devait pas être illusoire mais effective.

Les futurs divorcés sont engagés davantage dans l'élaboration de leur convention. La responsabilisation dévolue aux époux divorçants ne peut s'opérer sans un transfert de compétence. La réalisation de la phase préparatoire extrajudiciaire dépend uniquement de la volonté des époux, le juge intervient *in fine*. La valorisation des volontés accordées empiète sur la tutelle du juge et corrélativement étend la force créatrice des époux. Le transfert du pouvoir décisionnel vers les époux<sup>319</sup> affaiblit l'utilité de l'intervention du juge du moins sur un pan de la procédure (l'élaboration des conventions). Certes le juge aux affaires familiales vérifie « si les intérêts en présence ont été équitablement préservés, et que les époux ont manifesté un consentement éclairé, mais la définition des modalités de la rupture appartient aux époux, aidés par les professionnels. »<sup>320</sup> Le procédé conventionnel érige les époux comme de véritables contractants même si la convention réalisée par leur soin est insuffisante à produire des effets sans l'intervention du juge aux affaires familiales.

Le juge peut refuser d'homologuer la convention, en cas d'absence de consentement et s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. Le rôle du juge est donc indispensable pour obtenir le divorce, néanmoins il est absent lors de son élaboration. La négociation appartient aux candidats au divorce. Ils doivent débattre ensemble et aboutir à une solution mutuellement consentie. Le caractère gracieux de la procédure interdit au juge de fixer la moindre mesure, à ce titre qu'il est ici juge de l'homologation et non juge de désaccords. Il peut, toutefois, supprimer ou modifier les clauses lui paraissant contraires à l'intérêt des enfants et des époux uniquement avec leur autorisation.

---

<sup>318</sup> Anciens articles 230 et 231 du Code Civil.

<sup>319</sup> FRICERO (N.), *in La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p28.

<sup>320</sup> *Ibid.*

En cas de refus d'homologation, les époux disposent de six mois pour présenter une nouvelle convention (article 1100 du N.C.P.C.). L'ordonnance d'ajournement précise les conditions ou garanties auxquelles sera subordonnée l'homologation de la nouvelle convention. Cette précision représente l'ultime moyen pour le juge d'interférer dans l'organisation du divorce des époux consentants. Il peut refuser d'homologuer les mesures provisoires prévues par les époux lorsqu'elles ne sont pas conformes à l'intérêt du ou des enfants mais à la condition de motiver sa décision (article 250-2 aliéna 1). Si le juge refuse d'homologuer les mesures provisoires, il ne peut se substituer aux époux et ne peut prévoir à leur place ces mesures<sup>321</sup>. Dans ce cas, il appartient aux époux de s'organiser en dehors de la justice, l'intervention du juge faisant défaut, alors même que les mesures provisoires prises par les époux seraient en contradiction avec l'intérêt des enfants<sup>322</sup>. D'un côté, le juge n'homologue pas les mesures provisoires non conformes à l'intérêt de l'enfant ; mais d'un autre côté, il ne pallie pas cette violation puisqu'il laisse un vide juridique. Ce n'est qu'une illustration supplémentaire de son impuissance grandissante à dire le droit.

Lors du refus d'homologation de la convention du divorce par consentement mutuel, il ne peut davantage s'ingérer dans le règlement du divorce. Le juge aux affaires familiales homologue gracieusement, il ne décide pas. Il ne se substitue pas aux époux, la compétence décisionnelle étant exclusive à ces derniers.

« La volonté des époux brave même la portée de la décision du J.A.F : la convention homologuée peut être modifiée par une nouvelle convention entre les époux, elle-même soumise à l'homologation (article 279 alinéa 2) : l'autorité très relative de la chose homologuée cède devant une nouvelle expression de la volonté des parties (la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice, mais elle n'a pas l'autorité de la chose jugée qui interdirait toute remise en cause ...)».<sup>323</sup> La valeur de la volonté des époux dépasse la portée de la décision du juge. La barrière de l'homologation peut être combattue par une autre convention homologuée. Chacun est cantonné dans son domaine et le juge ne dispose plus de moyens pour empiéter sur le

---

<sup>321</sup> Les articles 1100 du .C.P.C et 250-2 du code Civil.

<sup>322</sup> Il faut rappeler que les intérêts des époux ne sont pas pris en considération pour les mesures provisoires. Le contrôle du juge ne s'effectue qu'en fonction de l'intérêt de l'enfant, limitant, encore une fois son champ d'intervention.

<sup>323</sup> FRICERO (N.), in *La réforme du divorce entre rupture et continuité*, LARRIBAU-TERNEYRE (V.), LEMOULAND (J.-J.), (dir.), Litec, Paris, 2005, p28.

champ de compétence des conjoints. « Le juge aux affaires matrimoniales<sup>324</sup> ne peut se substituer aux époux pour modifier les stipulations contractuelles, il ne peut suggérer les modifications qu'il estime nécessaires sous la menace d'un refus d'homologation. Son pouvoir s'arrête là : paralyser l'effet de la convention de divorce voulu par les parties ; il ne peut s'immiscer dans la sphère réservée aux époux : les causes de leur divorce. »<sup>325</sup>

Les volontés individuelles sont créatrices de droit dans le règlement des rapports conjugaux. Jusque là, l'ordre public familial fondé sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à laisser les époux transiger<sup>326</sup>. Le juge aux affaires familiales n'a plus le monopole dans le règlement du divorce. Le divorce consensuel est l'apanage des époux et non plus du juge. « D'impérative la loi est devenue dispositive »<sup>327</sup>. Les clauses relatives aux enfants dans la convention de divorce sont révélatrices d'une abdication du droit. M. Bianco Brun<sup>328</sup> évoque le fait que les enfants ne sont pas institutionnellement intéressés au divorce, ils ne l'organisent pas. Ils disposent d'un droit de parole affirmé par la Convention internationale des droits de l'enfant (article 388-1 du Code civil). On aurait pu en déduire que la sanction de leurs intérêts devait se traduire par une modification autoritaire par le juge des dispositions prises à leur sujet par les époux. Or, il n'en est rien. Dès lors qu'on permet aux époux d'organiser l'ensemble des conséquences du divorce, le juge ne peut intervenir sur un point donné sans risquer d'être arbitraire. Les modalités relatives aux enfants n'ont pas échappé à la force juridique des choix des époux. Le juge aux affaires familiales ne peut en disposer autrement, librement. Même pour les mesures relatives aux enfants, le juge aux affaires familiales est tenu par l'engagement des époux. Indiscutablement la partie conventionnelle de la procédure de divorce par consentement mutuel prend le pas sur la partie judiciaire.

Toutefois, affirmer un déclin de l'ordre public au profit des volontés des époux est à nuancer. Ce transfert de compétence est subordonné notamment à la nature du rôle du juge dans la procédure gracieuse. En effet, le contrat de divorce ne peut produire des effets de droit qu'après son homologation par le juge. Pour la Professeur Dekeuwer-

---

<sup>324</sup> Le juge aux affaires familiales depuis 1993.

<sup>325</sup> REVEL (J.), « Les conventions entre époux désunis », *J.C.P.*, 1982, I 3055.

<sup>326</sup> CHAPELLE (A.), « Les pactes de famille », *R.T.D.C.*, 1984, p.412.

<sup>327</sup> PREVEL (J.), préc.

<sup>328</sup> BIANCO-BRUN (Y.), *Le consentement dans le divorce*, Thèse, Bordeaux I, 1988, p.229.