

# DROIT DES CONTRATS ET DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL EXTRAJUDICIAIRE



Mémoire de Master 2  
Droit privé général  
par EMMA FRÉVAL

Sous la direction de  
**M. Charles-Edouard BUCHER**  
Professeur à la faculté de droit de Nantes

Année universitaire 2021-2022



## Remerciements

Je remercie dans un premier temps monsieur Charles-Edouard Bucher, professeur de droit à l'Université de Nantes et directeur de mon mémoire, pour m'avoir éclairée dans la compréhension du sujet, pour ses conseils pertinents et plein de sagesse, ainsi que pour la liberté qu'il m'a laissée dans l'approche du sujet.

Je tiens également à remercier monsieur Philippe Briand, responsable du Master Droit privé général, qui nous a guidés dans la méthodologie du mémoire, nous a encouragés et nous a prévenus des différentes étapes et difficultés que nous allions rencontrer lors de l'élaboration de ce projet nouveau.

Par ailleurs, je suis reconnaissante envers mes camarades de promotion du master 2, avec qui nous avons créé une véritable équipe d'entraide positive et bienveillante, de partage des doutes et des conseils.

Je souhaite enfin exprimer ma gratitude envers mes proches, qui ont su m'écouter, me soutenir, tout au long de ces années d'études de droit, qui se sont intéressés à mon travail et qui ont pris le temps de relire mon mémoire.

## Sommaire

Remerciements	c
Sommaire	d
Liste des abréviations	e
Introduction	1
<b>PARTIE 1 : LA PERTINENCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DES CONTRATS DANS LA FORMATION DE LA CONVENTION DE DIVORCE</b>	<b>10</b>
<b>Chapitre 1 – Les avantages liés à la place de la volonté en droit des contrats</b>	<b>10</b>
Section 1 – Le consensualisme et la nature amiable du divorce par consentement mutuel	10
Section 2 – Le principe de liberté contractuelle conforme au divorce moderne	16
<b>Chapitre 2 – La sécurité et la prévisibilité pour la protection des parties</b>	<b>22</b>
Section 1 – L'ordre public de fond dans la formation des contrats	23
Section 2 – Un contrat <i>sui generis</i> par sa forme	29
<b>PARTIE 2 : LES INCOMPATIBILITES DE LA CONTRACTUALISATION DU DIVORCE AVEC LE PARTICULARISME DU DROIT DE LA FAMILLE</b>	<b>37</b>
<b>Chapitre 1 – L'insécurité due au risque important de contentieux dans l'après-divorce</b>	<b>37</b>
Section 1 – La remise en cause de la convention de divorce	38
Section 2 – L'exécution des obligations issues de la convention de divorce	44
<b>Chapitre 2 – L'insuffisance des garanties apportées par le droit des contrats au divorce</b>	<b>51</b>
Section 1 – Les limites du régime spécial de la convention de divorce	51
Section 2 – La rupture de la contractualisation du divorce avec le caractère institutionnel du mariage	59
Conclusion	65
Annexes	67
Bibliographie	69
Index alphabétique	78
Table des matières	79

## Liste des abréviations

art.	<i>article</i>
cf.	<i>se reporter à</i>
éd.	<i>édition</i>
etc.	<i>et cetera</i>
et al.	<i>et les autres</i>
ibid.	<i>ibidem</i>
infra	<i>au-dessous</i>
op. cit.	<i>opere citato</i>
préc.	<i>précité</i>
s.	<i>suivants</i>
supra	<i>au-dessus</i>
vol.	<i>volume</i>
AJ Fam.	<i>Actualité Juridique Famille</i>
Dr. Fam.	<i>Droit de la famille</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
INSEE	<i>Institut national de la statistique et des études économiques</i>
JCP G	<i>La Semaine Juridique – Edition Générale</i>
JCP N	<i>La Semaine Juridique Notariale et Immobilière</i>
LGDJ	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
PUF	<i>Presses universitaires de France</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
Rev. Crit. DIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>

## Introduction

1. « À chacun sa famille, à chacun son droit »<sup>1</sup>, avait affirmé le très grand juriste Jean Carbonnier. Selon cette formule, chaque famille déterminerait pour elle-même les règles qui l'encadre, traduisant une grande liberté. Le nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire se rapproche de cette idée, en permettant aux époux de divorcer par convention. Le professeur François Chénéde a ainsi affirmé que « *L'année 2016 aura connu deux réformes majeures pour le droit civil : la refonte du droit des contrats, l'admission du divorce sans juge. Lancée à la veille du bicentenaire du code civil, la première est historique : les articles 1101 et suivants étaient demeurés inchangés depuis 1804. Insérée à la va-vite dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, la seconde est révolutionnaire : les époux pourront désormais sceller la fin de leur union sous seing privé-notarié* »<sup>2</sup>.

C'est ainsi que la loi du 18 novembre 2016<sup>3</sup> a organisé la rencontre entre le droit de la famille et le droit des contrats, à travers la contractualisation du divorce, en instaurant le nouveau divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, régi aux articles 229-1 à 229-4 du Code civil. Ainsi, si les époux sont d'accord sur le principe du divorce et sur ses effets, ils doivent rédiger une convention de divorce soumise au droit des contrats, qui ne sera plus homologuée par le juge, mais enregistrée par un notaire.

2. De façon générale, le divorce est caractérisé par la « *rupture du lien conjugal provoquant la dissolution du mariage du vivant des époux* »<sup>4</sup>. Auparavant, la définition du divorce était fréquemment liée à son caractère judiciaire, indiquant que « *le divorce est la dissolution du mariage par une décision de justice prononcée à la demande de l'un ou des deux époux* »<sup>5</sup>. Or, depuis l'entrée en vigueur de la réforme en 2017, il convient de prendre en compte la distinction entre divorce conventionnel et divorce judiciaire. La notion de consentement mutuel se rapporte aux idées de volonté commune, d'accord

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Défrénois, 1995, p.181

<sup>2</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, AJ Fam. 2017, p.26, n°1

<sup>3</sup> Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle

<sup>4</sup> Lexique des termes juridiques (sous la direction de S. Guinchard et T. Debard), 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017-2018, p.774 ; v. aussi A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.191

<sup>5</sup> B. Beignier et Y. Puyo, *Droit civil : La famille – La rupture du mariage (divorce et séparation de corps)*, Université Numérique Juridique Francophone, 2014, [https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/56/Cours/04\\_item/index10.htm](https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/56/Cours/04_item/index10.htm) ; v. aussi Lexique des termes juridiques (sous la direction de S. Guinchard et T. Debard), 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014

partagé entre les époux. Ainsi, « *le divorce par consentement mutuel est un divorce à l'amiable au cours duquel les époux s'entendent sur la rupture du mariage et sur ses conséquences* »<sup>6</sup>, renvoyant à l'article 229-1 du Code civil<sup>7</sup>.

3. La notion d'extrajudiciaire qualifie un processus opposé à une procédure judiciaire, se déroulant sans l'intervention d'une juridiction, et plus précisément d'un juge. L'auteur Claude Lienhard indique que l'instance laisse la place à un cadre processuel contractuel spécial et général<sup>8</sup>. Dès lors, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est un type de divorce dans lequel l'accord réciproque complet des époux permet d'éviter le recours au juge, et dans lequel l'absence de décision judiciaire est palliée par une convention. Le droit de la famille et le droit des contrats sont deux branches du droit civil, en ce qu'ils règlementent les relations entre des personnes privées. Plus précisément, le droit des contrats encadre les relations contractuelles entre les parties. Il advient que les définitions en présence sont d'emblée claires et ne se prêtent pas particulièrement à un travail de qualification approfondi, hormis celui de la qualification précise de la convention de divorce<sup>9</sup>.

4. Dans son propos préliminaire de la circulaire du 26 janvier 2017, Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux au moment de l'adoption de la loi du 18 novembre 2016, souligne que « *La loi [...] de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a eu pour ambition de rendre la justice plus efficace, plus lisible et plus accessible en recentrant notamment les juridictions sur leurs missions essentielles* »<sup>10</sup>. Ainsi, l'allègement des tribunaux, la simplification et la rapidité de la procédure de divorce, constituent les objectifs premiers de la réforme telle que présentée par les pouvoirs publics.

Dans la pratique, le juge aux affaires familiales homologuait presque systématiquement la convention des époux en raison du manque de temps et du caractère peu contentieux du divorce par consentement mutuel<sup>11</sup>. Cela a facilité

---

<sup>6</sup> Ministère chargé de la justice, *Divorce par consentement mutuel*, Service-Public.fr, vérifié le 29 septembre 2021, <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10567>

<sup>7</sup> « *Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention [...]* »

<sup>8</sup> C. Lienhard, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle*, Recueil Dalloz 2017, p.307

<sup>9</sup> cf. *infra*. p.15, n°32 et s.

<sup>10</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale

<sup>11</sup> H. Fulchiron, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365

la décision de déjudiciarisation du divorce, en plus de l'économie financière que cela impliquait pour l'État. Ces notions ont remis en cause l'intervention du juge dans le divorce par consentement mutuel et qui ont guidé les travaux préparatoires et les débats parlementaires ayant précédé la loi du 18 novembre 2016<sup>12</sup>. Pour éviter les contraintes liées au système judiciaire, la question de la déjudiciarisation, certes fondamentale, a principalement été débattue en amont, alors que celle de la contractualisation a plutôt été délaissée, aboutissant à un divorce conventionnel techniquement et politiquement discutable ; des enjeux qui feront l'objet des développements postérieurs de cette étude.

Ainsi, ce mémoire vise au contraire à analyser les moyens utilisés pour atteindre ces objectifs, proche de l'idée du divorce conventionnel, et plus éloigné de celle du divorce sans juge. Il présente de façon générale l'étude des enjeux engagés par l'application du droit des contrats au divorce par consentement mutuel extrajudiciaire.

5. En outre, il ne s'agit pas de décrire les autres types de divorce, judiciaires, prévus par loi. Ne sont pas visés non plus les autres formes de séparation, comme la séparation de corps, qui ne s'assimile pas au divorce, ou la répudiation, qui est un acte extrajudiciaire mais marqué par une volonté unilatérale. De même, il n'y a pas lieu dans ce propos de faire référence aux effets purement patrimoniaux du divorce. Par ailleurs, la démonstration, marquée par l'étude critique à la fois politique et technique, laisse peu de place à l'interprétation de l'application des dispositions par la jurisprudence. L'insuffisance de recul dans le temps en raison du caractère récent de la réforme ne permet pas d'analyser un nombre de décisions suffisamment important pour rendre cet aspect pertinent.

6. La réforme a eu un impact non négligeable sur la pratique du divorce. En vertu des rapports de l'INSEE<sup>13</sup>, il y a eu une forte diminution du nombre de divorces prononcés par le juge aux affaires familiales à partir de l'entrée en vigueur de la loi (division par moitié du nombre de divorces prononcés par un

---

<sup>12</sup> notamment Débats parlementaires (procédure accélérée), Assemblée nationale (1<sup>ère</sup> lecture), session ordinaire 2015-2016, compte rendu intégral deuxième séance du 17 mai 2016 ; J.-M. Clément et J.-Y. Le Bouillonnet, Rapports n°3726 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n°3204), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 6 mai 2016, et n°3904 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n°3872), modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 30 juin 2016

<sup>13</sup> INSEE, *Tableaux de l'économie française Édition 2020 (Mariage – PACS – Divorces)*, 27 février 2020, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277624?sommaire=4318291&q=divorce+et+divortialit%C3%A9>

juge en 2017<sup>14</sup>). Après l'année 2017, « *les données statistiques complètes sur les divorces ne sont plus disponibles* », car les divorces sans juge ne sont pas comptabilisés. Pour autant, la plupart des divorces par consentement mutuel sont maintenant effectués sans juge et concernent environ 70 000 couples par an<sup>15</sup>.

Dès lors, l'ampleur de la réforme marque l'intérêt de l'étude de ses conséquences, et le caractère moderne de cette pratique traduit son actualité. En effet, les nouvelles dispositions issues de la réforme s'appliquent aux divorces par consentement mutuel engagés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017 et à ceux n'ayant pas donné lieu à une demande introductive d'instance avant cette date<sup>16</sup>. L'application concrète de la convention de divorce est ainsi très récente et demeure une expérimentation nouvelle pour les juristes.

7. Le sujet fait couler beaucoup d'encre depuis son arrivée sur la scène juridique. Il s'agit d'un réel bouleversement à plusieurs échelles. En ce sens, le professeur Claude Lienhard indique que « *le nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel constitue à l'évidence une révolution qui implique un changement de culture juridique et de pratique profonde et irréversible* »<sup>17</sup>. Néanmoins, si avec le divorce sans juge, « *le choix du législateur est révolutionnaire* »<sup>18</sup>, le débat sur cette forme de divorce est ancien. Plusieurs l'avaient déjà envisagé et avaient évoqué l'éventualité de son entrée en vigueur prochainement<sup>19</sup>, quand d'autres avaient exprimé leur hostilité, comme l'avocat Christian Charrière-Bournazel, qui avait affirmé que « *la réforme proposée du divorce par consentement mutuel est une absurdité* »<sup>20</sup>.

La discussion sur le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est d'autant plus conséquente depuis l'entrée en vigueur de celui-ci. Selon la professeure Soraya Amrani-Mekki, « *La déjudiciarisation agite beaucoup les esprits. Elle amène à une cacophonie générale où les pires suspicions empêchent tout débat*

---

<sup>14</sup> Ministère de la Justice, *Les divorces et ruptures d'union*, 5 mars 2019 <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/references-statistiques-justice-12837/les-divorces-et-ruptures-dunion-32585.html>

<sup>15</sup> Ministère de la Justice, *Divorce par consentement mutuel sans juge (Quel bilan, 1 an après la réforme ?)*, 28 février 2018, <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/divorce-par-consentement-mutuel-sans-juge-31342.html>

<sup>16</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 3, p.11

<sup>17</sup> C. Lienhard, *Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel*, AJ Fam. 2017, p.40

<sup>18</sup> H. Fulchiron, *Divorcer sans juge - À propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, JCP G 2016, n°48, p.2182 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.307, n°440

<sup>19</sup> H. Fulchiron, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365

<sup>20</sup> C. Charrière-Bournazel, *Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort*, Gaz. Pal. 2007, n°354, p.2

serein »<sup>21</sup>. Les débats parlementaires houleux ayant précédé la réforme de 2016 sont parfois qualifiés de « *dialogue de sourds* »<sup>22</sup>. Ainsi, le cœur de la polémique réside dans la critique de cette nouvelle forme de divorce, dans laquelle chacun et chacune exprime son avis bien déterminé sur la matière. Néanmoins, de façon générale, les auteurs s'entendent sur de nombreuses questions et critiquent fortement les choix faits lors de la réforme.

8. Si le débat sur la question était déjà ancré au sein de la doctrine, « *la loi du 18 novembre 2016 [...] constitue à l'évidence une véritable révolution, que quasiment personne n'avait pressentie dans son expression finale et sa rapide mise en œuvre* »<sup>23</sup>. Il apparaît que la structure et le fonctionnement des règles propres au nouveau divorce par consentement mutuel ont laissé plus d'un auteur perplexe. La compréhension de cette méfiance à l'égard de la contractualisation du divorce est permise par l'étude des considérations historiques en la matière.

9. Dans l'histoire du droit du divorce sont intervenues de nombreuses réformes qui se sont chaque fois adaptées aux aspirations sociales, familiales et politiques contemporaines, et aux considérations d'ordre sociologique. En effet, le droit de la famille est une matière dans laquelle les normes juridiques sont profondément fondées sur des conceptions politiques, morales ou religieuses<sup>24</sup>.

Le divorce, admis dans l'Ancien Droit, a longtemps été interdit en raison de la forte influence de l'Église et des idéologies chrétiennes qui imposaient une conception indissoluble du mariage. Dans un souci de garantie des libertés individuelles, le Nouveau Droit issu de la Révolution française a largement admis le divorce fondé sur différentes causes<sup>25</sup>, parmi lesquelles se trouvait notamment le divorce par consentement mutuel par simple déclaration devant l'officier d'état civil, également appelé divorce administratif<sup>26</sup>. Ce fut la seule forme de divorce sans juge français ayant existé avant la réforme de 2016. Le Code civil de 1804 a admis le divorce dans des cas limités. Puis, dans le contexte de Restauration de la Monarchie, la loi dite « Bonald » du 8 mai 1816 a entraîné à nouveau la suppression du divorce et le retour de l'indissolubilité du mariage. Inspirée par le

---

<sup>21</sup> S. Amrani-Mekki, *La déjudiciarisation*, Gaz. Pal. 2008, n°157, p.2, n°4

<sup>22</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, op. cit., p.306

<sup>23</sup> C. Lienhard, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle*, Recueil Dalloz 2017, p.307

<sup>24</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.195

<sup>25</sup> Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens

<sup>26</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°1

siècle des Lumières, la loi Naquet du 27 juillet 1884 a ensuite rétabli le divorce en consacrant seulement une conception fondée sur le divorce-sanction.

10. Or, le XX<sup>e</sup> siècle a révélé une divergence entre cette conception ancienne et les nouvelles mœurs de la société française<sup>27</sup>. La loi Carbonnier du 11 juillet 1975<sup>28</sup> a ainsi opéré une « *refonte fondamentale* »<sup>29</sup> du divorce en prenant en compte l'état sociologique de la population française, marqué par une augmentation du nombre de séparations. Cette première réforme majeure a admis une pluralité des cas de divorces, et a notamment prévu un divorce sur requête conjointe, qui s'assimile à un divorce par consentement mutuel judiciaire. En 1998, la sociologue Irène Théry a présenté une possibilité de déjudiciarisation du divorce<sup>30</sup>, tandis que le rapport de 1999 de la Commission présidée par la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez n'était pas favorable à une telle innovation<sup>31</sup>. C'est pourquoi, la proposition de divorce extrajudiciaire en 2004 a finalement été abandonnée.

Néanmoins, parallèlement à l'évolution de la société et dans des objectifs de simplification et de pacification, la loi du 26 mai 2004<sup>32</sup> a normalisé davantage le divorce<sup>33</sup> en privilégiant le recours au divorce par consentement mutuel. En 2008, le gouvernement a émis l'idée d'un divorce notarial, mais la Commission présidée par Serge Guinchard a écarté cette proposition<sup>34</sup>. Pour donner suite au changement de conception du divorce, - certains auteurs défendant même le divorce sans cause -, et à l'apparition des nouvelles formes de familles, la réforme du 18 novembre 2016 s'est inscrite dans les mêmes objectifs de simplification et de pacification que celle de 2004, en créant le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. Malgré l'alternance historique entre admission et interdiction du divorce, le contexte politique, social et juridique a finalement facilité l'adoption de ce nouveau divorce sans juge.

11. Pour autant, l'entrée en vigueur si rapide du divorce conventionnel était inattendue, et s'est opérée par l'introduction d'un amendement gouvernemental

---

<sup>27</sup> M. Brusorio Aillaud, *Droit des personnes et de la famille*, 12<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2022, p.224

<sup>28</sup> Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

<sup>29</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, op. cit., p.195

<sup>30</sup> I. Théry, *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, Odile Jacob, juin 1998, p.140

<sup>31</sup> F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, septembre 1999, p.120

<sup>32</sup> Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

<sup>33</sup> H. Fulchiron, *Les métamorphoses des cas de divorce*, Defrénois 2004, n°17, p.1103

<sup>34</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.306

apporté à un projet de loi sur la modernisation de la justice. Cette méthode a suscité beaucoup de critiques de la part de la doctrine, fondées sur le peu de place laissé aux débats parlementaires en raison de l'urgence du projet de loi, et sur les lacunes techniques des règles encadrant ce nouveau divorce<sup>35</sup>. Le Conseil Constitutionnel a été saisi d'un contrôle *a priori* de la constitutionnalité de la loi, et a validé les nouvelles dispositions, en considérant qu' « *il était loisible au législateur, compétent pour fixer les règles du divorce, de substituer à la procédure judiciaire de divorce par consentement mutuel une procédure conventionnelle* » et en mettant en évidence les « *garanties destinées à assurer la protection des époux* »<sup>36</sup>.

En outre, grâce à la réforme majeure du droit des contrats ayant tout juste précédé l'apparition du divorce extrajudiciaire en 2016, le droit des contrats était disposé à accueillir cette convention de divorce nouvelle. La loi récente du 23 mars 2019<sup>37</sup>, en supprimant l'audience de conciliation, s'inscrit également dans un objectif de simplification et de rapidité de la procédure de divorce<sup>38</sup>.

12. Le contexte juridique mondial actuel est caractérisé par l'harmonisation progressive des règles à l'échelle européenne et internationale. Pourtant, le débat sur l'idée d'un divorce non judiciaire, qui a révolutionné le droit interne, a également sa place sur la scène internationale, car peu de pays ont opté pour ce type de divorce. Parmi ces derniers, on peut néanmoins compter le Danemark, la Norvège, l'Estonie, la Lituanie, l'Espagne et la Roumanie.

Ces États ont adopté le divorce sans juge pour les mêmes raisons d'allègement des juridictions et les mêmes motivations économiques que la France, en suivant des aménagements similaires. Dans la plupart de ces pays, il y a le maintien d'une autorité publique qui intervient dans le processus, comme le notaire en France, en Roumanie et en Espagne, l'officier d'état civil ou une autre autorité administrative au Danemark, en Russie et en Ukraine, et le contrôle de cette autorité est souvent limité à un seul contrôle formel, sauf en Espagne<sup>39</sup>. De la même façon, c'est la méthode contractuelle qui a été choisie par presque tous les États concernés, favorisant ainsi un accord à l'amiable entre les époux. Seules les solutions en présence d'enfants mineurs diffèrent selon les

---

<sup>35</sup> P. Murat, *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020-2021, p.218

<sup>36</sup> Décision n°2016-739 DC du 17 novembre 2016

<sup>37</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

<sup>38</sup> B. Beignier et Y. Puyo, *Droit civil : La famille – La rupture du mariage (divorce et séparation de corps)*, Université Numérique Juridique Francophone, 2014, [https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/56/Cours/04\\_item/index10.htm](https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/56/Cours/04_item/index10.htm)

<sup>39</sup> L. de Saint-Pern, *Le divorce sans juge en droit comparé*, Dr. Fam. 2018, n°9, p.2, n°8 et s.

législations, puisque certaines prévoient alors la compétence du juge, quand d'autres maintiennent le principe d'un divorce sans juge.

Même si le modèle français se rapproche certainement des autres systèmes étrangers, il n'est en réalité pas le fruit de l'inspiration de ces derniers, mais a bien été façonné selon les objectifs et les spécificités culturelles et juridiques du droit interne, donnant un rôle important aux avocats et au notaire à travers un contrat *sui generis*<sup>40</sup>.

13. Ces éléments de comparaison, entre les époques et les systèmes juridiques, apportent des indications essentielles sur l'évolution du divorce. Aujourd'hui, le contexte, tant économique, politique, que sociologique, a radicalement changé, et favorise l'acceptation d'un divorce simplifié et facilité, sans l'intervention du juge, alors que celui-ci n'était pas envisageable auparavant. Si la réforme avait pour objectif immédiat de désengorger les tribunaux, se pose la question de savoir si elle s'inscrit dans un contexte adapté. Cette évolution dans la conception de la famille, du couple et du divorce entraîne des changements profonds concernant l'intervention de l'État dans les rapports familiaux et remet en cause les caractères de l'ordre public familial et la perception du mariage<sup>41</sup>.

En plus de ces nombreux enjeux, le droit a été organisé de telle façon à appliquer des règles juridiques adaptées aux particularités et aux objectifs de chacune de ses branches. Or, tandis que le droit des contrats se caractérise par une liberté incontestable, liée au libéralisme politique et économique, le droit de la famille se définit par les limites de l'ordre public imposées par l'État, dans un objectif de sécurité et de protection des personnes. Outre ces considérations d'ordre politique, les exigences techniques propres à chacun de ces deux domaines juridiques se distinguent rigoureusement, puisqu'elles découlent de leurs caractères et de leurs particularités respectives.

14. La convention de divorce organise alors une fusion, ou pourrait-on dire un mariage, entre ces deux branches, auxquelles s'ajoutent des spécificités formelles particulières. Ces différentes notions ont été reprises dans la circulaire du 26 janvier 2017 par Jean-Jacques Urvoas, qui y notait que « *le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire se trouve à la croisée des chemins entre les règles d'ordre public en matière de droit de la famille, la liberté contractuelle et*

---

<sup>40</sup> L. de Saint-Pern, *Le divorce sans juge en droit comparé*, art. préc., p.1, n°3

<sup>41</sup> v. C. Dudit, *La contractualisation du droit de la famille*, thèse Université de Nantes, 2009, p.122

*les formalités imposées par le recours à l'acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire »<sup>42</sup>.*

C'est pourquoi, il convient de se demander si le choix de la contractualisation du divorce offre les garanties nécessaires à l'essence même du droit de la famille empreint de considérations d'ordre public.

15. Toute la question du sujet se rapporte à la critique du recours au droit des contrats pour le divorce par consentement mutuel. Pour cela, il est pertinent d'aborder à la fois les avantages, mais aussi les inconvénients de ce choix, tant sur le plan technique, que sur le plan politique. En effet, malgré le cadre textuel spécifique proposant un certain nombre de garanties et le choix d'apparence adapté du droit des contrats comme méthode, le divorce conventionnel présente de nombreux inconvénients et soulève des difficultés qui n'ont pas suffisamment été abordées ni résolues par le législateur. En effet, « *Le contenu de la loi, des décrets et des circulaires relatives au nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire n'apporte pas toujours de réponses précises aux questions que peuvent engendrer ces difficultés* »<sup>43</sup>. Cela laisse un flou juridique important, notamment sur la résolution des conflits de l'après-divorce, alors que le droit de la famille se caractérise par des considérations d'ordre public considérables pour protéger les intérêts des individus.

16. Dès lors, il convient dans un premier temps de rechercher la pertinence des principes fondamentaux du droit des contrats dans la formation de la convention de divorce (Partie 1), pour révéler ensuite sa contradiction à l'égard des spécificités irréductibles du droit de la famille (Partie 2).

---

<sup>42</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., propos préliminaire, p.2

<sup>43</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.62

## **Partie 1 : La pertinence des principes fondamentaux du droit des contrats dans la formation de la convention de divorce**

17. Lors de la déjudiciarisation du divorce, le droit des contrats est apparu comme la méthode la plus cohérente pour régler la dissolution du mariage. Quel autre outil qu'une convention pour donner force obligatoire à l'accord des époux sur le principe et les effets du divorce, quand la décision judiciaire est écartée ? L'analyse des principes fondamentaux qui encadrent le droit des contrats, et par conséquent la convention de divorce, permettra néanmoins de conclure sur une telle compatibilité de cette branche du droit avec le divorce par consentement mutuel. D'ailleurs, à l'exception des règles formelles propres au divorce extrajudiciaire, ces éléments de recherche concernent en réalité le divorce par consentement mutuel en général, puisque sa forme judiciaire impliquait déjà la rédaction d'une convention, même si elle devait être homologuée par le juge.

Ces principes fondamentaux concernent essentiellement le consensualisme, la force obligatoire, la liberté contractuelle, la bonne foi et la sécurité<sup>44</sup>, qui organisent et dirigent la formation des contrats. Deux caractéristiques majeures se dessinent à travers ces principes. D'une part, le droit des contrats accorde une place considérable à la volonté des parties (Chapitre 1). D'autre part, les règles contractuelles liées à la sécurité et à la prévisibilité se vouent à la protection des époux (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 – Les avantages liés à la place de la volonté en droit des contrats**

18. L'importance de la volonté des parties se retrouve d'abord dans le principe contractuel du consensualisme, qui concorde avec la nature amiable du divorce par consentement mutuel (Section 1). Elle se manifeste aussi dans le principe de liberté contractuelle, qui est conforme au divorce moderne (Section 2).

#### **Section 1 – Le consensualisme et la nature amiable du divorce par consentement mutuel**

19. Il est essentiel d'analyser plus précisément si l'objet du contrat en droit commun des contrats concorde avec l'objet du divorce par consentement mutuel (A), et de voir quelles sont les conséquences de cette analyse sur la qualification de la convention de divorce (B).

---

<sup>44</sup> F. Cohet, *Le contrat*, Presses universitaires de Grenoble, 2020, p.17, n°25

## §1 – La concordance des objets

20. La convention est définie comme un « *accord de deux ou plusieurs volontés individuelles en vue de produire un effet de droit* »<sup>45</sup>. Ainsi, l'objet du contrat semble coïncider exactement avec celui du divorce par consentement mutuel, qui est de donner force obligatoire (B) à un accord de volonté (A).

### A) La convention de divorce comme accord de volonté

21. En vertu de l'article 229-1 du Code civil, le divorce par consentement mutuel se fonde sur l'entente des époux « *sur la rupture du mariage et ses effets* ». Contrairement aux autres types de divorce, la totalité du règlement du divorce par consentement mutuel relève, par définition, du choix personnel consenti des époux<sup>46</sup> et c'est plus exactement cette volonté des époux sur le principe et sur les conséquences du divorce qui déclenche le divorce<sup>47</sup>, ce qui valait également lorsque sa procédure était judiciaire. Le lien entre le droit des contrats et ce divorce réside en effet dans le motif précis du consentement mutuel des époux. Il est certain que des époux qui choisissent pour cause de divorce l'acceptation du principe de la rupture du mariage, l'altération définitive du lien conjugal, ou la faute, ne pourraient conclure quelque convention que ce soit en raison du désaccord inhérent à leur divorce, d'où le rôle décisionnel du juge. Dans le divorce par consentement mutuel, loin de l'idée même d'un quelconque contentieux<sup>48</sup>, il s'agit au moins d'un compromis, au mieux d'un accord total.

22. Or, l'essence même de l'instrument contractuel est aussi de mettre en œuvre l'accord de volonté des parties. Au-delà d'un aspect formel, c'est d'abord l'expression du consentement des contractants qui fonde la validité du contrat, selon le principe du consensualisme, très ancien en droit des contrats français<sup>49</sup>. Tandis qu'il était auparavant déduit implicitement de l'absence de mention à la

---

<sup>45</sup> Lexique des termes juridiques (sous la direction de S. Guinchard et T. Debard), 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p.258 ; Lexique des termes juridiques (sous la direction de S. Guinchard et T. Debard), 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017-2018, p.598

<sup>46</sup> B. Bartehelet, J. Boisard-Petrissans, M. Boulenouar Azzemou et al., *Guide du divorce*, Lexis Nexis, 2019-2020, p.10

<sup>47</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.46 ; V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1

<sup>48</sup> P. Eydoux dans *Modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle – Auditions sur le divorce « conventionnel » par consentement mutuel*, Compte rendu de la Commission des lois du Sénat (présidée par P. Bas), 8 juin 2016

<sup>49</sup> A. Loysel, *Institutes coutumières*, 1607 : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles » cité par M. Fabre-Magnan, *Le droit des contrats*, Presses Universitaires de France, 2018, p.3

forme dans le Code civil, l'ordonnance du 10 février 2016<sup>50</sup> réformant le droit des contrats a consacré ce principe à l'article 1172 du Code civil. En réalité, la plupart des contrats spéciaux sont soumis à des règles formelles, mais le consentement des parties est toujours une condition indispensable à la formation du contrat, qui est sanctionné par la nullité en cas de vice à l'article 1130 du Code civil.

23. En outre, le divorce par consentement mutuel n'exige pas de cause précise pour conforter la volonté des époux, qui est la seule condition requise. Le professeur Jean Carbonnier qualifiait ce divorce de « *mystique* »<sup>51</sup>, c'est-à-dire mystérieux, secret quant à sa cause<sup>52</sup>. Il en est de même pour les contrats, dans lesquels le consentement suffit, sans qu'aucune explication précise sur les raisons de l'engagement contractuel ne soit nécessaire. Partant, tandis que l'accord de volonté des époux constitue la cause essentielle de la convention de divorce, la force obligatoire attachée à cet accord est davantage liée à ses effets.

## **B) La force obligatoire du contrat**

24. La convention de divorce par consentement mutuel n'a pas seulement pour objet d'exprimer l'accord de volonté des époux, ce qui serait restrictif, mais surtout de produire des effets de droit. Or précisément, pour que la convention soit concrètement exécutée par les parties et pour qu'elle s'impose aux tiers, elle doit être obligatoire. Dans les divorces judiciaires, c'est la force exécutoire des décisions de justice qui justifient le caractère obligatoire des effets du divorce.

25. Le droit des contrats prévoit également ce principe à travers la force obligatoire des contrats, qui ont pour objet de produire des effets qui s'imposent aux parties. Dans un contrat, de façon évidente, les parties décident de se lier pour que leurs engagements soient respectés et exécutés. Ainsi, c'est parce que la volonté souveraine des parties en constitue le socle que le contrat a force obligatoire. Cette idée est relativisée par le juriste Hans Kelsen qui considère que le contrat a force obligatoire parce que la loi lui donne, et non l'échange des consentements des parties<sup>53</sup>. Mais que cela provienne de l'accord de volonté des parties ou de la loi, le contrat est incontestablement une source d'obligations. Hans Kelsen indique en effet que « *le contrat est un acte juridique créateur de*

---

<sup>50</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

<sup>51</sup> J. Carbonnier cité par A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.212

<sup>52</sup> *ibid.*

<sup>53</sup> H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1940, p.33-76 cité par R. Encinas de Munagorri, *Kelsen et la théorie générale du contrat*, Actualité de Kelsen en France (sous la direction de C.-M. Herrera), LGDJ, 2001, p.109

normes »<sup>54</sup>. L'article 1103 du Code civil prévoit que dès lors que les contrats sont régulièrement formés, ils « *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

26. En ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, on pourrait relever que le consentement réciproque des époux fonde également le caractère obligatoire de la convention. Cependant, en réalité, l'intervention du notaire à travers le dépôt de la convention de divorce au rang de ses minutes va au-delà de la simple force obligatoire, en lui donnant force exécutoire, au regard de l'article 229-4 du Code civil. Cela provient du régime spécifique des formes applicables à la convention de divorce. Tandis que la force exécutoire est « *réservée aux actes de l'autorité publique* », c'est-à-dire au contrôle d'un « *professionnel soumis à l'autorité de l'État* »<sup>55</sup>, la force obligatoire vise les contrats, dont l'exécution forcée nécessite de recourir au juge. Néanmoins, l'objet du constat est que le droit des contrats se prête à l'accueil du divorce par consentement mutuel car leurs objets coïncident. L'objectif est que les obligations soient effectivement mises en œuvre en pratique par les parties.

27. De la même façon, le principe de l'effet relatif des contrats à l'égard des tiers posé à l'article 1199 du Code civil permet à la convention de divorce de ne créer des obligations qu'à l'égard des époux. Cette concordance entre l'objet du droit des contrats et celui du divorce par consentement mutuel amène à étudier de façon plus précise la qualification de la convention de divorce.

## **§2 – Les conséquences sur la qualification de la convention de divorce**

28. Outre la question de la nature conventionnelle de la convention de divorce (A), la qualification exacte de celle-ci au sein des classifications des contrats est déterminante pour définir les règles qui lui sont applicables (B).

### **A) La qualification de contrat**

29. La nature conventionnelle de la convention de divorce est peu débattue, avant tout parce que l'article 229-1 du Code civil lui-même emploie le terme de convention. L'auteur Mustapha Mekki estime d'ailleurs que les conditions spéciales propres à la convention de divorce « *ne [remettent] pas en cause l'existence d'une véritable convention* »<sup>56</sup>. Cet auteur met en avant, à juste titre, les conditions formelles applicables à certains contrats spéciaux comme le bail

---

<sup>54</sup> *ibid.*

<sup>55</sup> R. Libchaber, *Force obligatoire et force exécutoire des obligations*, RDC 2011, n°2, p.465

<sup>56</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°2

commercial, qui ne remettent pas en question leur nature contractuelle. En général, les critères de la qualification d'un contrat sont liés à la présence d'un accord de volonté et d'un processus de négociations. En l'espèce, ces éléments font partie intégrante de la convention de divorce. Le garde des Sceaux avait affirmé dans la circulaire du 26 janvier 2017 le « *caractère purement conventionnel du divorce par consentement mutuel* »<sup>57</sup>.

30. De façon générale, il existe une distinction floue entre le terme de contrat et celui de convention, qui a été d'une certaine manière résolue par l'ordonnance du 10 février 2016. De nombreux auteurs s'entendaient à dire que le contrat est une espèce de convention créant des obligations, faisant écho à l'ancien article 1101 du Code civil<sup>58</sup>. Mais depuis la réforme de 2016, la distinction a été abandonnée et le nouvel article 1101 « *a ouvert la catégorie contractuelle à tous les accords de volonté destinés à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »<sup>59</sup>, de sorte que les deux notions sont employées indifféremment.

La réforme a d'ailleurs privilégié le terme de contrat en supprimant celui de convention, ce qui en dit long sur le choix de la formule « convention de divorce » pour le divorce sans juge. Alors que la plupart des contrats spéciaux sont appelés « contrats » (contrat de prêt, contrat de travail, contrat de bail etc.), la distinction de la convention de divorce évoque son caractère spécial. Le législateur a probablement repris l'ancienne distinction entre contrat et convention, car la formule « convention de divorce » était déjà employée dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire, entré en vigueur avant la réforme du droit des contrats de 2016. Mais il faut constater que ce choix met de la distance entre la convention de divorce et le droit des contrats. Cela pourrait avoir pour finalité de créer moins d'inquiétude quant à la véritable nature contractuelle de la convention de divorce. D'après l'auteur François Chénéde, peu importe la qualification de contrat, de convention, ou d'acte *sui generis*, puisqu'il est certain que le divorce par consentement mutuel « *prend sa source dans un accord de volonté* »<sup>60</sup>. Même si la nature conventionnelle du divorce sans juge est peu discutable, ce qui est fondamental est que le droit des contrats, c'est-à-dire le Sous-titre Ier du Titre III du Livre III (articles 1100 à 1231-7) du Code civil, s'applique au divorce extrajudiciaire.

---

<sup>57</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 2, p.9

<sup>58</sup> « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.* »

<sup>59</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, AJ Fam. 2017, p.26, n°2

<sup>60</sup> *ibid.*

31. Puisqu'elle repose sur l'accord de volonté des époux inhérent à la nature du divorce par consentement mutuel, qui est l'objet même de tous les contrats, « *la convention de divorce par consentement mutuel, plus que jamais s'analyse comme un contrat* »<sup>61</sup>. Il advient que cette contractualisation est permise grâce à la grande diversité des contrats.

## **B) La qualification précise dans la diversité de classification des contrats**

32. Le droit des contrats se caractérise par le grand nombre de possibilités qu'il offre aux parties, quant à l'objet, à la forme et aux effets du contrat. L'article 1101 du Code civil dispose que « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Cette grande liberté a participé à la création possible d'une convention ayant particulièrement pour objet le divorce. La convention de divorce est un contrat nommé, car son régime spécifique est défini par le législateur, aux articles 229-1 et suivants du Code civil. Or, l'article 1105 prévoit que les régimes spéciaux priment sur le droit commun en cas de contrariété, de telle façon que le droit spécial du divorce évince parfois certaines règles du droit commun des contrats, dont l'application à la convention de divorce n'est pas absolue.

33. Au sein des classifications des contrats (articles 1105 à 1111-1 du Code civil), la convention de divorce est de façon certaine un contrat civil, synallagmatique, conclu *intuitu personae* et de gré à gré, en raison de la libre négociation des stipulations par les parties, encadrée par les avocats, ce qui exclut l'application de l'article 1171 du Code civil relatif au contrôle des clauses abusives. Il s'agit également d'un contrat solennel, car sa validité est soumise à un formalisme spécifique. La circulaire de 2017 précise qu'il s'agit d'un contrat à terme (article 1305 du Code civil), car l'exigibilité des obligations est différée au dépôt de l'acte au rang des minutes du notaire, tandis que la force obligatoire de la convention s'impose aux parties dès la signature<sup>62</sup>.

Le professeur François Chénéde affirme que le divorce sans juge pourrait être classé dans la catégorie des accords extinctifs d'obligations, puisque l'objet de la convention est la dissolution d'une union matrimoniale<sup>63</sup>. Toutefois, la convention fait également naître des obligations à la charge des époux, car elle a vocation à

---

<sup>61</sup> V. Bonnet et A. Gouttenoire, *Divorce : procédure*, Répertoire de procédure civile, Encyclopédie juridique Dalloz, 2017 (actualisation en 2022), n°64

<sup>62</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 6, p.20

<sup>63</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, art. préc., n°2

organiser les relations patrimoniales et personnelles futures des parties. D'après Mustapha Mekki, la convention de divorce « *créé, modifiée, transmet et éteint à la fois* »<sup>64</sup>. La qualification précise dépend dès lors des stipulations choisies par les époux en fonction de leur situation. La convention est créatrice et modificatrice d'obligations seulement si elle prévoit par exemple une pension alimentaire, une prestation compensatoire, ou organise l'autorité parentale. La convention constitue dans ce cas aussi un contrat commutatif à titre onéreux, à exécution instantanée ou successive en fonction des modalités de paiement prévues.

34. Alors, la convention de divorce s'insère parfaitement dans les différentes catégories de contrats et peut être considérée comme une « *hypothèse originale de mutus dissensus* »<sup>65</sup> ou une « *convention hybride répondant à plusieurs espèces de genre* »<sup>66</sup>. Il résulte de cela que la place laissée à la volonté des parties dans les nombreuses classifications des contrats, traduite par le principe de consensualisme, est intimement lié à celui de la liberté contractuelle.

## **Section 2 – Le principe de liberté contractuelle conforme au divorce moderne**

35. Puisque le contrat est un instrument privé, dans lequel l'État n'intervient en principe pas, ou peu, les contractants disposent d'une grande liberté. Consacrée à l'article 1102 du Code civil, la liberté contractuelle constitue un des principes les plus fondamentaux du droit des contrats. En premier lieu se pose la question de savoir si l'application d'une telle liberté au divorce par consentement mutuel concorde avec les considérations politiques et sociologiques contemporaines (§1). En second lieu, la question porte sur les intérêts que présente la liberté contractuelle dans le processus du divorce en lui-même (§2).

### **§1 - La concordance de la liberté contractuelle avec les réalités sociales et familiales contemporaines**

36. En vertu de l'étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, « *la justice du 21<sup>ème</sup> siècle se doit d'être plus proche des citoyens, adaptée aux évolutions de la société, simple et*

---

<sup>64</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°2

<sup>65</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, art. préc., n°2

<sup>66</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°5

moderne »<sup>67</sup>. Or, aujourd'hui, les réalités sociales et familiales contemporaines mettent en jeu les idées d'autonomie de la volonté et de prise en compte des libertés individuelles (A), ce qui a mené à un large phénomène contemporain de contractualisation du droit de la famille (B).

### **A) Le principe de l'autonomie de la volonté et la prise en compte des libertés individuelles**

37. Volonté et liberté sont étroitement liées et interdépendantes. De même que le principe du consensualisme, la liberté contractuelle est une conséquence de la théorie de l'autonomie de la volonté. De façon générale, la société adopte un point de vue croissant en faveur des libertés individuelles, et le droit des contrats en est une manifestation presque absolue. La circulaire du 26 janvier 2017 mentionne cette « *prévalence de l'autonomie de la volonté des époux* », qui n'a fait que croître en droit de la famille depuis 1975. La prise en compte des évolutions sociologiques constituait à chaque fois un objectif majeur des dernières réformes relatives au divorce. En effet, le particularisme du droit de la famille réside notamment dans son absorption des règles morales<sup>68</sup> à travers des phénomènes d'inter-normativité. Jean Carbonnier estime ainsi que la famille est le domaine privilégié du non-droit<sup>69</sup>.

38. Les mœurs et les mentalités prônent aujourd'hui une ouverture d'esprit qui a permis aux formes d'unions de se développer (notamment avec le pacte civil de solidarité), et à la conception de la famille d'évoluer (familles recomposées, monoparentales etc.). En ce qui concerne plus précisément le divorce, la fragilité et l'instabilité des couples a mené à la normalisation progressive du divorce<sup>70</sup>, ou peut-être est-ce le contraire. D'ailleurs, le divorce sans juge permet de concurrencer l'attractivité des autres formes d'union (le pacte civil de solidarité et le concubinage) parfois privilégiées en raison de leur facilité de rupture<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> *Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle*, site du Sénat, 31 juillet 2015, p.7, <https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-661-ei/pjl14-661-ei.pdf>

<sup>68</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.42

<sup>69</sup> J. Carbonnier, *L'hypothèse du non-droit*, Archives de philosophie du droit, 1963, repris dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p.34

<sup>70</sup> Depuis 2008, le nombre de divorces en France est à la baisse (Ministère de la Justice, *Évolution statistique des mariages et des divorces*, 17 février 2012, <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/evolution-statistique-des-mariages-et-des-divorces-23682.html>) ; En 2016, près de 45% des mariages se soldaient par un divorce (Justifit, *Combien de couples divorcent en France et pourquoi ?*, 14 janvier 2022, <https://www.justifit.fr/b/guides/droit-famille/divorce/combien-de-couples-divorcent-en-france/>)

<sup>71</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.200

La consécration de différentes causes de divorce et notamment du divorce par consentement mutuel, marque la rupture avec l'indissolubilité du mariage et crée un réel droit au divorce<sup>72</sup>. Le divorce par consentement mutuel s'inscrit amplement dans ce mouvement de prise en compte des libertés individuelles, dans le sens où il constitue le divorce d'accord par référence, fondé exclusivement sur la volonté des époux.

39. S'ajoute à cela l'objectivation des cas de divorce, moralement neutres dans leur cause et dans leurs effets<sup>73</sup>, car ne se rapportant qu'à des situations factuelles liées à l'idée de rupture, sans considération d'ordre personnel en lien avec les agissements des époux pendant leur union. Il ne s'agit plus aujourd'hui de sanctionner le coupable, mais de mettre en œuvre la volonté d'un ou des époux. D'ailleurs, le divorce pour faute, qui en est la seule exception, est de moins en moins prononcé<sup>74</sup>. En outre, l'article 247 du Code civil<sup>75</sup> prévoit un système de passerelle vers le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire à tout moment d'une procédure judiciaire, - si les époux trouvent finalement un arrangement amiable -, et envisage le même système dans l'autre sens dans le cas où les époux ne parviennent pas à se mettre d'accord<sup>76</sup>.

40. La prise en compte des considérations idéologiques et sociologiques actuelles relatives à la liberté des individus et à la prévalence de la volonté se retrouve plus précisément dans la tendance de contractualisation du droit de la famille. En effet, la libéralisation du divorce est un objectif poursuivi par le législateur contemporain, tandis que la contractualisation en est le moyen<sup>77</sup>.

## **B) Le phénomène large de contractualisation du droit de la famille**

41. Dans le contexte de prise en compte des libertés individuelles, on assiste en droit de la famille à un phénomène large de contractualisation<sup>78</sup>, lié à celui de déjudiciarisation, qui ne touche pas seulement le divorce. Il n'en demeure pas moins que « *La loi du 18 novembre 2016 est l'illustration ultime de cette*

---

<sup>72</sup> H. Fulchiron, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365 ; M.-T. Meulders-Klein, *Le démariage consensuel*, RTD Civ. 1995, p.559

<sup>73</sup> H. Fulchiron, *Les métamorphoses des cas de divorce*, Defrénois 2004, n°17, p.1103

<sup>74</sup> Ministère de la justice, Références statistiques de la justice, 2019, p. 15, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/References\\_statistiques\\_justice\\_complet-2020-WEB-v3.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/References_statistiques_justice_complet-2020-WEB-v3.pdf)

<sup>75</sup> « *Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.* »

<sup>76</sup> M. Cadiou, *Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers*, AJ Fam. 2017, p.45

<sup>77</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, op. cit., p.298

<sup>78</sup> H. Fulchiron, *Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (observations sur l'après divorce sans juge)*, Dr. Fam. n°1, 2017, n°2

*contractualisation du droit de la famille* »<sup>79</sup>. Le recours au droit des contrats est de plus en plus commun, car celui-ci « *apparaît comme instrument particulièrement pertinent* »<sup>80</sup>.

42. Outre le divorce par consentement mutuel, la méthode contractuelle organise plus largement aujourd'hui les relations conjugales et parentales. Dans la sphère patrimoniale, le contrat de mariage, le pacte civil de solidarité et la convention de concubinage accordent respectivement aux époux, aux partenaires et aux concubins la possibilité d'organiser leurs rapports patrimoniaux de différentes manières. L'article 1397 du Code civil a également admis la possibilité pour les époux de changer de régime matrimonial au cours de leur union, en modifiant leur contrat de mariage. De plus, les parents peuvent fixer par convention les modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>81</sup>, au titre de l'article 373-2-7 du Code civil. Quant aux rapports post-conjugaux, les conventions de rupture des couples non mariés<sup>82</sup> leur permettent de s'accorder sur les effets de leur séparation, par exemple sur la garde des enfants.

43. Il découle de ces développements que le nouveau divorce conventionnel n'est pas une innovation imprévisible et dénuée de sens ou de logique. Si le choix de l'instrument du droit des contrats a été fait pour régir certains aspects du droit de la famille comme le divorce, on peut croire que c'est bien parce qu'il s'agit d'une méthode en principe adaptée et capable de satisfaire un minimum aux exigences du droit de la famille. Pour autant, ce n'est pas parce que ce phénomène de contractualisation est de plus en plus répandu qu'il ne pose aucun problème aux plans technique et politique. Si la liberté contractuelle concorde avec la tendance politique et législative actuelle de contractualisation du droit de la famille, elle a des conséquences directes sur la convention de divorce.

## **§2 – Les conséquences de la liberté contractuelle dans le processus de divorce**

44. La première conséquence de la liberté contractuelle concerne la liberté de rédaction des clauses contractuelles, qui permet de prendre en compte la situation des époux (A). Cela a également pour effet de responsabiliser les époux, qui deviennent de véritables acteurs de leur divorce (B).

---

<sup>79</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.6

<sup>80</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, op. cit., p.40 ; cf. *infra* p.64, n°156

<sup>81</sup> A. Etienney-de-Sainte-Marie, *Contrat et autorité parentale : l'alliance des contraires ? Réflexions sur les conventions parentales à partir du divorce sans juge*, RTD Civ. 2019, p.9

<sup>82</sup> C. Dudit, *La contractualisation du droit de la famille*, thèse Université de Nantes, 2009, p.59

## A) La gestion des diversités de situation dans la rédaction des clauses contractuelles

45. De façon analogue à l'expression traditionnelle selon laquelle le contrat serait la chose des parties, l'auteur Hugues Fulchiron décrivait le projet du nouveau divorce extrajudiciaire comme « *l'hypothèse d'un divorce devenu la « chose » des époux* »<sup>83</sup>. Pour autant, la liberté contractuelle des époux dans la convention de divorce n'est pas absolue, puisqu'ils n'ont pas la liberté de choisir la forme de leur contrat, ni leur cocontractant<sup>84</sup>. Néanmoins, ils sont libres de contracter ou non et de fixer le contenu de leur convention, ce qui revient à déterminer les effets de leur divorce, sous réserve de certaines règles d'ordre public. C'est pourquoi la liberté contractuelle, dans son application au divorce par consentement mutuel, relève en réalité surtout de la rédaction du contenu des clauses contractuelles. Ce système de clauses permet aux époux d'adapter les effets applicables à leur divorce selon leur situation propre.

46. Dans la convention de divorce, les époux disposent d'ailleurs d'une large liberté, qui se manifeste en grande partie dans la prestation compensatoire, puisqu'ils peuvent choisir son montant, sa forme (capital ou rente), sa durée (viagère ou temporaire)<sup>85</sup>, selon les dispositions de l'article 278 du Code civil. Cette liberté s'accroît dans la comparaison entre la prestation conventionnelle et la prestation judiciairement fixée, la dernière devant obéir à des règles précises qui s'imposent au juge.

L'article 279 du Code civil permet également aux époux d'insérer une clause de révision au sein de leur convention, pour permettre à un époux de demander au juge la révision de la prestation compensatoire en cas de changement de ressources ou de besoins. Au-delà de la prise en compte des différences de situation entre époux, la liberté contractuelle, intervenant dans la rédaction du contenu de la convention, privilégie la volonté des époux.

47. Toutefois, cette liberté est à relativiser, car les époux doivent respecter les dispositions légales qui leur sont applicables, et ne peuvent de façon évidente pas inventer contractuellement des mécanismes qui n'existeraient pas. De plus, en pratique, les époux ne rédigent pas eux-mêmes la convention ; ce sont leurs

---

<sup>83</sup> H. Fulchiron, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365

<sup>84</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°4

<sup>85</sup> B. Bartehelet, J. Boisard-Petrissans, M. Boulouar Azzemou et al., *Guide du divorce*, Lexis Nexis, 2019-2020, p.31

avocats qui s'en chargent, en prenant souvent pour modèle les dispositions applicables aux divorces judiciaires. L'auteur Stéphane David met en outre en évidence le risque que prendraient les avocats quant à leur responsabilité professionnelle en faisant preuve de trop d'originalité dans les clauses contractuelles de la convention de divorce, par exemple en liant le montant et les modalités de la prestation compensatoire à la survenance d'évènements futurs, qui fait souvent l'objet de contentieux<sup>86</sup>. Malgré le rôle déterminant des conseils, la contractualisation du divorce accorde une place importante aux époux.

## **B) La responsabilisation des époux acteurs de leur divorce**

48. La liberté consentie aux époux dans leur convention de divorce par la loi du 18 novembre 2016 n'est pas sans contrepartie, mais s'applique à la condition que les époux agissent de façon responsable et raisonnable. Ainsi, selon les avocats interrogés par le Conseil national des barreaux en 2018, 84,2% des couples souhaitant divorcer trouvent que l'absence de juge dans le divorce permet notamment de « *prendre son divorce en main* »<sup>87</sup>. La responsabilisation des époux joue un rôle déterminant dans la légitimité de la convention. Il s'agit à la fois de favoriser leur volonté sur le plan politique, et à la fois de rendre service aux aspects techniques que cela met en jeu. Si les époux manifestent leur consentement au moment du divorce et qu'ils sont eux-mêmes à l'origine de la convention, ils auront plus de difficultés à remettre en cause cette dernière. Une telle remise en cause serait risquée car elle entraînerait des conséquences considérables<sup>88</sup>, mais ne doit pas être négligée si l'on considère qu'elle serait vouée à prendre en compte des abus intervenus dans le processus de divorce, puisque le consentement des époux est à la base de la convention.

49. Le recours à la méthode du droit des contrats présente également des avantages pour le processus de divorce. L'auteure Valérie Poure relève que « *c'est bien la volonté conjointe de divorcer, animée par le désir de ne pas envenimer davantage leurs relations mutuelles, que les époux consacrent dans leur convention* »<sup>89</sup>. Cette idée de pacification des relations entre les époux, opérée par la contractualisation du divorce, a été mise en valeur de façon légitime par de nombreux auteurs. En effet, la rédaction d'une convention encourage la

---

<sup>86</sup> S. David et P.-J. Claux, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022-2023, p.268, n°141.173

<sup>87</sup> *Quelques chiffres du CNB*, AJ Fam. 2018, p.80 ; v. aussi L. Garnerie, *Divorce sans juge : un succès malgré des difficultés*, Gaz. Pal. 2018, n°5, p.8

<sup>88</sup> cf. *infra* p.39, n°99 et s. et p.42, n°105 et s.

<sup>89</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, art. préc., n°4

discussion, favorise les solutions<sup>90</sup>, assure une certaine compréhension et contribue à apaiser et à prévenir les conflits<sup>91</sup>.

Cela rend le processus de divorce moins traumatisant et favorise de bonnes relations entre époux, bénéfique dans l'après-divorce notamment en présence d'enfants. D'ailleurs, le système des passerelles, précédemment mentionné, renforce cette finalité dans les autres cas de divorce. L'objectif de conciliation se retrouve aussi dans l'essor des modes alternatifs de règlement des différends, comme le processus de droit collaboratif<sup>92</sup>, et de la médiation familiale<sup>93</sup>.

50. Pour autant, il convient de garder à l'esprit qu'une forme de contentieux est inhérente au divorce, car les époux déclenchent en général la rupture du mariage lorsqu'ils sont en désaccord. Certains soulignent ce paradoxe qui force les époux à discuter sur leur séparation alors même qu'une mésentente « *les a conduits à envisager la rupture* »<sup>94</sup>. D'ailleurs, dans tout contrat, les parties en cause recherchent d'abord à satisfaire leurs propres intérêts. Pour cela, de nombreux auteurs proposent de modifier le cadre actuel en conditionnant le divorce conventionnel à des cas simples, comme en l'absence d'enfants<sup>95</sup>.

51. Finalement, les principes et l'objet du droit des contrats semblent aller dans le sens du divorce par consentement mutuel. Toutefois, cela ne suffit pas puisque c'est l'ensemble des règles du droit commun des contrats qui s'applique à la convention de divorce. D'ailleurs, « *la volonté des parties [n'est] pas toute-puissante, puisqu'elle est bornée par les impératifs d'intérêt général* »<sup>96</sup>. Dès lors, c'est la conciliation entre souplesse, flexibilité et ordre public garant du respect de certains principes qui fait l'originalité du droit des contrats<sup>97</sup>.

## **Chapitre 2 – La sécurité et la prévisibilité pour la protection des parties**

52. La liberté contractuelle et, de façon plus générale, la flexibilité qui caractérise le droit des contrats, doit être nuancée, car les exigences de sécurité

---

<sup>90</sup> B. Bartehelet, J. Boisard-Petrissans, M. Boulenouar Azzemou et al., *Guide du divorce*, Lexis Nexis, 2019-2020, p.33

<sup>91</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.299

<sup>92</sup> C. Butruille-Cardew, *Les atouts du processus collaboratif dans le nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2018, p.152

<sup>93</sup> P. Murat, *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020-2021, p.220 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, op. cit., p.46 ; A. M. de Cayeux, *Médiation familiale et divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2018, p.156

<sup>94</sup> P. Aurière, F. Housty et E. Schellino, *La médiation par consentement mutuel et le divorce privé*, AJ Fam. 2017, p.49

<sup>95</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.195

<sup>96</sup> F. Cohet, *Le contrat*, Presses universitaires de Grenoble, 2020, p.16

<sup>97</sup> A. Cathelineau-Roulaud, *Le nouveau divorce sans juge*, LPA 2017, n°250, p.10

et de prévisibilité ont amené le législateur à élaborer des règles impératives, qui s'appliquent dès lors à la convention de divorce et qui priment sur la volonté des parties. D'ailleurs, en réalité, la liberté contractuelle est limitée en pratique, et la sécurité semble davantage en adéquation avec les caractères du divorce, même par consentement mutuel, qui imposent une protection particulière des époux. Il est possible de voir dans cette association entre souplesse et sécurité un juste milieu qui s'insère dans la nécessité de faire prévaloir le consentement mutuel des époux dans le divorce, tout en leur assurant une certaine protection.

En ce qui concerne l'élaboration de la convention de divorce, les principes de sécurité et de prévisibilité se retrouvent à la fois dans les règles de fond du droit commun des contrats (Section 1) et à la fois dans la forme précise de la convention de divorce (Section 2).

### **Section 1 – L'ordre public de fond dans la formation des contrats**

53. Si les contrats concèdent une place non négligeable à la liberté des individus, cette dernière n'est pas absolue et le pouvoir des parties à créer le droit est réglementé, car le contrat s'inscrit dans un système où « *la primauté revient à la loi comme pouvoir créateur de droit* »<sup>98</sup>. En ce sens, l'article 1102 du Code civil dispose en son second alinéa que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* », ce qui renvoie à l'article 1162 du même code. Cet ordre public englobe des règles juridiques obligatoires qui s'imposent aux sujets de droit pour des raisons d'intérêt général (ordre public de direction) ou de protection des individus (ordre public de protection)<sup>99</sup>.

54. S'il est certain que le droit des contrats est applicable à la convention de divorce, en réalité, de nombreuses dispositions du droit des contrats lui sont étrangères en raison de sa nature familiale<sup>100</sup>. En effet, le droit des contrats a été conçu pour des contrats à caractère exclusivement économique. C'est pourquoi, il est davantage pertinent de n'étudier que le rapport des règles d'ordre public avec le divorce conventionnel, c'est-à-dire les règles qui s'appliquent impérativement et effectivement aux époux. La codification des principales règles d'ordre public régissant la formation des contrats avec l'ordonnance de 2016 les a rendues plus claires. L'élaboration du contrat intéresse d'abord la conclusion

---

<sup>98</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1 *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, 15<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, p.98

<sup>99</sup> Article 1179 du Code civil ; S. David et P.-J. Claux, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022-2023, p.293, n°141.471

<sup>100</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, AJ Fam. 2017, p.26, n°3

du contrat, et plus précisément le déroulement des négociations (§1), mais aussi la question de la validité du contrat (§2).

## **§1 – La réglementation des négociations**

55. Pour que les époux puissent effectivement s'accorder sur les effets du divorce, un temps est consacré, comme dans tout contrat, aux négociations. Lors de cette étape déterminante, plusieurs devoirs pèsent sur les parties afin de protéger leurs intérêts. L'ordre public concerne ici l'obligation de loyauté et de bonne foi (A) et les devoirs précontractuels d'information et de confidentialité (B).

### **A) L'obligation de loyauté et de bonne foi**

56. L'obligation de bonne foi est un principe fondamental du droit commun des contrats, au même titre que le consensualisme et la liberté contractuelle. Sa valeur d'ordre public est posée à l'article 1104 du Code civil. Les principes du droit européen des contrats issus de la Commission présidée par le professeur Ole Lando prévoient à l'article 1:201 que « *chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi* ». Ce principe est admis dans toutes les phases de la vie du contrat<sup>101</sup>, et il se réalise pleinement au niveau des négociations précontractuelles. Si au regard de l'article 1112 du Code civil, « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* », ce même article précise immédiatement que c'est dans la limite de « *satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Se combinant avec le devoir de loyauté, l'obligation de bonne foi implique l'honnêteté des parties et s'oppose aux intentions malveillantes.

57. Le professeur Mustapha Mekki précise légitimement que ce sont les circonstances de la rupture des pourparlers qui sont susceptibles d'entraîner une sanction, et non la rupture en elle-même<sup>102</sup>. D'après Stéphane David, « *les cas de rupture déloyale seront assez rares en pratique* »<sup>103</sup>. Les auteurs envisagent tout de même la faute d'un époux qui aurait prévu secrètement de déposer une requête en divorce dès le début des négociations, ou la prolongation fautive des négociations qu'un époux sait vaines<sup>104</sup>. Mekki indique alors que la sanction sera l'indemnisation des frais de négociations inutiles, comme les

---

<sup>101</sup> S. Le Gac-Pech, *Principes généraux et droit prospectif*, LPA 2011, n°125, p.4

<sup>102</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°9

<sup>103</sup> S. David et P.-J. Claux, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022-2023, p.90, n°112.102

<sup>104</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, art. préc., n°4

honoraires d'avocats, puisque la réparation du préjudice ne peut pas « compenser la perte des avantages attendus du contrat conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages »<sup>105</sup>, mais seulement les pertes subies. La rupture tardive des pourparlers sans juste motif est également considérée comme une faute relative aux circonstances de la rupture, qui est facilement admise par la jurisprudence<sup>106</sup>.

Toutefois, appliquer cette jurisprudence à la convention de divorce reviendrait à contredire les délais laissés aux époux pour engager une procédure judiciaire. En effet, l'avocat Jérôme Casey avance que la rupture des pourparlers serait plus libre dans la convention de divorce que dans les autres contrats, en raison de la possibilité accordée aux époux de saisir le juge d'une demande de divorce judiciaire au titre de l'article 1148-2 alinéa 2 du Code de procédure civile entre la signature de la convention et le dépôt de celle-ci au notaire<sup>107</sup>. Une telle rupture des négociations aussi tardive serait sans aucun doute habituellement sanctionnée par la jurisprudence.

58. Dès lors, l'obligation de bonne foi prévue par le droit commun des contrats s'adapte en partie seulement à la convention de divorce. Les dispositions particulières applicables au divorce sans juge protègent le consentement des époux en leur laissant, certes, davantage de liberté, mais surtout un temps de réflexion important. Il découle de l'obligation de bonne foi et de loyauté les devoirs précontractuels d'information et de confidentialité.

## **B) Les devoirs précontractuels d'information et de confidentialité**

59. L'article 1112-1 du Code civil impose aux parties de communiquer à leur cocontractant les informations déterminantes de leur consentement lorsqu'ils en ont connaissance et que celui-ci les ignore de façon légitime. Dans le cadre du divorce conventionnel, les avocats jouent un rôle principal pour conseiller les époux sur cette obligation précontractuelle d'information. L'auteur Mustapha Mekki affirme que sont notamment déterminants du consentement des époux, « la composition du patrimoine respectif des époux, la nature et le montant de leurs revenus et de leurs dettes, la situation présente et personnelle de l'époux [...], ainsi que le comportement passé de l'un des époux »<sup>108</sup>, car ils ont un lien

---

<sup>105</sup> Article 1112 alinéa 2 du Code civil (depuis la loi n°2018-287 du 20 avril 2018)

<sup>106</sup> Cass. Com., 16 février 2016, n°13-28.448 ; Cass. Com., 18 janv. 2011, n°09-14.617

<sup>107</sup> J. Casey, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur*, AJ Fam. 2017, p.14, n°15 et 16

<sup>108</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°10

direct et nécessaire avec le contenu du contrat et la qualité des parties<sup>109</sup>. Cette obligation se marie bien avec le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, dans lequel le consentement est déterminant. Le respect de l'obligation générale d'information est renforcé par l'obligation spéciale de confidentialité.

60. L'article 1112-2 du Code civil précise quant à lui que l'utilisation ou la divulgation d'une information confidentielle obtenue au cours des négociations sans autorisation est fautive. Or, pour ce qui est du divorce sans juge, la plupart des informations communiquées pendant les pourparlers sont déterminantes du consentement des parties et confidentielles, car elles concernent les données personnelles des époux. La question de l'application de cette obligation de confidentialité aux époux fait l'objet d'un débat doctrinal important, laissé sans réponse encore aujourd'hui<sup>110</sup>. Le problème se pose essentiellement dans l'hypothèse dans laquelle un époux utiliserait des informations confidentielles, obtenues lors des négociations de la convention de divorce, devant le juge, en cas de changement de procédure au profit d'une procédure judiciaire.

L'auteur François Chénéde indique que cette obligation ne devrait pas s'appliquer aux époux dans cette situation, notamment car les magistrats souhaiteront apprécier les cas d'espèce en connaissance de tous les éléments en cause<sup>111</sup>. Cependant, ne pas appliquer le devoir de confidentialité aux époux les découragerait de respecter l'obligation d'information. C'est pour cela que l'auteur Mustapha Mekki recommande de façon avisée de déterminer par une clause contractuelle les informations ayant un caractère confidentiel, pour éviter une divulgation de ces informations en cas de divorce judiciaire<sup>112</sup>. Au vu du flou jurisprudentiel en la matière, les conventions de divorce doivent elles-mêmes adapter le droit commun des contrats au divorce par consentement mutuel.

61. Pour finir, la sanction résultant d'une faute à ces obligations précontractuelles légales est l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'époux fautif selon l'article 1240 du Code civil. Si le manquement au devoir d'information est à l'origine d'un vice du consentement, la nullité de la convention de divorce pourra aussi être demandée<sup>113</sup>. Après la question des négociations, se pose celle de la validité du contrat.

---

<sup>109</sup> Article 1112-1 alinéa 3 du Code civil

<sup>110</sup> J. Casey, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur*, AJ Fam. 2017, p.14, n°17

<sup>111</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, AJ Fam. 2017, p.26, n°4

<sup>112</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, art. préc., n°10

<sup>113</sup> cf. *infra* p.39, n°99 et s.

## §2 – La validité du contrat

62. En ce qui concerne la validité du contrat, l'ordre public impose d'une part certaines conditions de validité relatives aux parties (A) et d'autre part des règles applicables au contenu du contrat (B).

### A) Les conditions de validité tenant aux parties

63. En vertu de l'article 1128 du Code civil, le consentement des parties et leur capacité à contracter sont nécessaires à la validité d'un contrat. Autrement dit, un contrat qui ne respecte pas ces conditions de validité relatives aux parties encourt la nullité au regard de l'article 1178 du Code civil.

64. En ce qui concerne le consentement des époux dans un premier temps, il doit être lucide (époux sain d'esprit), libre et éclairé, donc exempt des vices relatifs à l'erreur, au dol et à la violence. La condition posée à l'article 1128 est renforcée par l'article 229-3 du Code civil qui dispose que « *le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas* » et qui prévoit que l'accord des époux doit être expressément mentionné dans la convention de divorce (alinéa 2, 3°).

Alors que les vices du consentement font habituellement l'objet d'un contrôle par le juge dans le cadre des divorces judiciaires, ce sont les avocats qui ont la charge de ce contrôle dans le divorce extrajudiciaire. Là encore, les dispositions particulières de la convention de divorce adaptent celle-ci au droit commun des contrats en le complétant. Vérifier le consentement des parties est primordial dans le cadre du divorce conventionnel, de sorte que ces dispositions sont parfaitement applicables aux époux. D'ailleurs, le consentement doit être présent tout le long du processus de divorce, jusqu'au dépôt de la convention au notaire<sup>114</sup>. Toutefois, malgré le rôle des avocats, on se pose facilement la question de savoir si ce consentement sera effectivement contrôlé en pratique<sup>115</sup>.

65. Dans un second temps, concernant la capacité des époux, il n'y a pas de difficulté sur ce point puisque les textes du droit commun des contrats (articles 1128, 1145 et 1146 du Code civil) ne font que confirmer l'article 229-2 qui ferme la voie du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire aux majeurs protégés<sup>116</sup>. L'article 1146 ajoute que les mineurs non émancipés ne peuvent

---

<sup>114</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.10

<sup>115</sup> cf. *infra* p.58, n°144

<sup>116</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, art. préc., n°5

contracter ; ils ne peuvent donc divorcer, mais de façon évidente, puisqu'ils ne peuvent pas non plus se marier<sup>117</sup>.

66. Ces conditions de validité, qui tiennent exclusivement à la qualité des parties, sont précisées par le régime spécial propre au divorce extrajudiciaire. En revanche, il n'en va pas nécessairement de même pour la dernière condition posée par l'article 1128 relative au contenu du contrat.

## **B) Le contenu du contrat**

67. L'article 1128 dispose en son dernier alinéa que le contrat doit comprendre un contenu licite et certain pour être valide. En ce sens, la circulaire du garde des Sceaux de 2017 indique qu'il ne doit pas y avoir dans la convention de divorce des « *clauses fantaisistes* » qui pourraient provoquer la nullité du contrat<sup>118</sup>. Différentes dispositions d'ordre public régissent ainsi le contenu du contrat.

68. D'abord, en vertu de l'article 1162 du Code civil, l'objet du contrat et le contenu des clauses doivent respecter l'ordre public. Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, cela vise surtout l'ordre public familial. La circulaire précitée précise ici qu' « *en matière familiale, la jurisprudence a une appréciation extensive de l'ordre public* ». Par exemple, la convention de divorce ne peut pas aller à l'encontre de l'impossibilité de cession des droits relatifs à l'autorité parentale et de l'indisponibilité de l'obligation alimentaire. Ainsi, ce texte permet d'appliquer au divorce conventionnel à la fois l'ordre public propre au droit des contrats et à la fois celui inhérent au droit de la famille, en laissant une place même minime à l'ordre public familial malgré la contractualisation du divorce<sup>119</sup>.

69. Ensuite, les clauses qui privent de leur substance les obligations essentielles du débiteur sont réputées non écrites par l'article 1170. La circulaire prend l'exemple d'une clause qui prévoirait l'exonération de responsabilité d'un époux en cas de non-paiement de la pension alimentaire. Ce texte apparaît dès lors adapté au divorce conventionnel.

70. Enfin, l'article 1169 du Code civil rend le contrat nul en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire. Peu d'auteurs citent cet article en rapport avec le divorce extrajudiciaire, pour une raison simple. Si ce texte est en théorie applicable à la convention de divorce, il n'est en pratique pas adapté à celle-ci. En effet, il a été conçu pour des contrats à titre onéreux organisant « *un échange de valeurs entre*

---

<sup>117</sup> Article 144 du Code civil

<sup>118</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 2, p.9

<sup>119</sup> cf. *infra* p.60, n°148 et s.

*les parties* »<sup>120</sup>, tandis que le contrôle de l'équilibre de la convention de divorce est « *infiniment plus complexe* »<sup>121</sup> et ne permet pas véritablement d'identifier une contrepartie.

71. Les règles d'ordre public du droit commun des contrats semblent donc *a priori* convenir, en les adaptant néanmoins quelque peu, à la convention de divorce. Toutefois, l'application du seul droit des contrats, tout-de-même marqué par une liberté considérable, ne permet pas des garanties conformes aux spécificités exigeantes du droit de la famille en termes de protection des individus, ce qui a mené à instaurer un régime spécial quant à la forme de la convention de divorce.

## **Section 2 – Un contrat *sui generis* par sa forme**

72. La convention de divorce n'est pas un contrat comme les autres. Selon l'auteure Corinne Renault-Brahinsky, « *la convention de divorce extrajudiciaire scelle un accord, donc elle est soumise au droit commun des contrats, avec certaines adaptations en raison du caractère familial de la convention de divorce* »<sup>122</sup>. Ce caractère familial est abondamment considéré comme constituant toute la spécificité de la convention de divorce. Dans la circulaire de 2017, le garde des Sceaux affirme en visant le divorce par consentement mutuel que « *s'il emprunte au droit des contrats, il s'en détache en raison de son caractère familial* »<sup>123</sup>.

Il ne s'agit en fait pas d'une simple contractualisation du divorce, mais de la création d'un système *sui generis*<sup>124</sup>, dans lequel s'imbrique à la fois le droit commun et à la fois des règles spéciales, notamment formelles. D'ailleurs, le droit de la famille en général repose sur différentes influences, méthodes, pratiques et outils, créant à chaque fois des régimes spécifiques et particuliers. Cette caractéristique du droit de la famille s'explique par la nécessité de protection accrue des sujets de droit découlant de sa fonction sociale.

73. Ainsi, il convient d'admettre que la réforme de 2016 ne s'est pas cantonnée à appliquer le droit des contrats au divorce par consentement mutuel, mais a dégagé des règles particulières en créant un contrat spécial inédit, dans

---

<sup>120</sup> F. Chénéde, *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, AJ Fam. 2017, p.26, n°6

<sup>121</sup> *ibid.*

<sup>122</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.10

<sup>123</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 2, p.9

<sup>124</sup> C. Lienhard, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle*, Recueil Dalloz 2017, p.307

un but de protection des individus. Ces garanties ont en réalité essentiellement pour objectif de vérifier le consentement des époux et concernent à la fois l'intervention de professionnels de droit qui jouent un rôle dans la convention de divorce (§1) et des exigences formelles qui font de la convention de divorce un contrat solennel (§2).

### **§1 – L'encadrement de la convention par des professionnels de droit**

74. L'intervention des professionnels de droit dans la convention de divorce permet de pallier de façon moindre l'absence du juge, afin d'établir un minimum de contrôle du respect des règles de fond, et notamment celles d'ordre public, dans la convention de divorce. En comparaison avec une simple désunion devant l'officier d'état civil, proposition qui entraine dans le débat du projet du divorce sans juge, cela est plus protecteur pour les personnes en cause dans le divorce.

75. D'ailleurs, la présence de ces juristes se retrouve expressément dans la nature de la convention, qui n'est pas qu'un simple contrat, mais un acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. Dès lors, la convention de divorce est « *le fruit d'un travail des deux professions* »<sup>125</sup>, dans lequel les avocats se voient attribuer un rôle déterminant (A), et le notaire une fonction particulière (B).

#### **A) Le rôle déterminant des avocats**

76. La grande différence introduite par le divorce extrajudiciaire, en comparaison avec le divorce par consentement mutuel judiciaire, réside dans l'obligation de l'intervention de deux avocats, chacun assistant un époux dans le divorce. Cette règle est posée à l'article 229-1 du Code civil. De plus, les avocats ne peuvent pas exercer au sein de la même structure professionnelle<sup>126</sup>. Ces exigences permettent d'assurer leur indépendance et leur impartialité. En termes de contractualisation du divorce, les avocats n'ont pas vocation à remplacer le juge, mais une certaine confiance leur est accordée, car leur fonction apporte des garanties indispensables dans la formation de la convention.

77. En effet, l'intervention des avocats est décisive en ce qu'elle participe à la nature de l'acte. La convention de divorce n'est pas un simple acte sous signature privée ordinaire, mais un acte contresigné par avocats, ce qui offre un cadre

---

<sup>125</sup> S. David, *Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2017, p.31

<sup>126</sup> Article 4.1 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN) ; Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 2, p.10

juridique sécurisé et permet d'attester que le consentement des parties a été constaté et éclairé par des professionnels du droit<sup>127</sup>, afin de limiter les abus et les risques de pression d'un époux sur l'autre. Le contreseing donne alors une force probante renforcée à la convention ; il fait foi de l'écriture et de la signature des parties selon les dispositions de l'article 1374 du Code civil.

En pratique, en raison de la place occupée par les avocats dans leur rôle de conseil et de défense, les clients se confient et se dévoilent généralement facilement à eux sur leur vécu, leur ressenti et leurs craintes. Même s'il ne s'agit pas de la mission première des avocats, cela permet d'apporter une aide psychologique aux époux qui divorcent, et facilite les conseils dans la tâche de vérification du consentement des parties à la convention. Le rôle des avocats est essentiellement de conseiller, protéger et défendre les intérêts de leur client, mais aussi et surtout de vérifier le respect des règles applicables à la convention de divorce, pour garantir la pleine efficacité de celle-ci<sup>128</sup>. Ils sont en effet chargés d'assurer notamment l'équilibre de la convention, la bonne information par les parents des enfants mineurs de leur droit à être entendus par le juge, et le respect de la convention de divorce aux règles formelles et à l'ordre public. Ces missions sont essentielles car elles devraient « être source d'une diminution importante du contentieux post-divorce », en raison du respect des intérêts des époux<sup>129</sup>.

78. Le choix particulier de l'intervention des avocats se justifie d'abord par les connaissances juridiques approfondies de ces derniers, et leur intervention dans les divorces en général, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une réforme révolutionnaire du rôle des avocats, qui ont simplement acquis en plus une place déterminante au sein du divorce extrajudiciaire. De plus, la quantité d'avocats dans les nombreux barreaux de France offre aux époux une liberté avantageuse quant au choix de leur conseil<sup>130</sup> en raison de l'absence de nécessité de rattachement territorial (puisque'il n'existe pas de procédure judiciaire).

L'auteur Pierre Murat souligne également l'adaptation des pratiques professionnelles des avocats, notamment aux techniques de médiation, ce qui s'inscrit dans « le sens souhaité par le législateur »<sup>131</sup>. Enfin, pour assurer l'honnêteté et la rigueur des avocats, ces derniers sont soumis à des règles

---

<sup>127</sup> B. Bartehelet, J. Boisard-Petrissans, M. Boulenouar Azzemou et al., *Guide du divorce*, Lexis Nexis, 2019-2020, p.48

<sup>128</sup> Article 7.2 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN)

<sup>129</sup> C. Lienhard et A. Linard, *Le regard sur la réforme des avocats de la famille*, AJ Fam. 2018, p.79

<sup>130</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.12

<sup>131</sup> P. Murat, *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020-2021, p.220

déontologiques et leur responsabilité professionnelle peut être engagée. L'auteure Valérie Poure indique que « *l'acte d'avocat ne peut être assimilé à un acte authentique, faute de force exécutoire. L'on comprend donc toute la nécessité du dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire* ». <sup>132</sup>

## **B) La fonction du notaire**

79. L'article 229-1 du Code civil prévoit que la convention de divorce est « *déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles* ». Le notaire a également pour mission de s'assurer que le délai de réflexion de quinze jours avant la signature du projet de convention par les époux, prévu à l'article 229-4, a été respecté. Si ces conditions ne sont pas remplies, il doit refuser le dépôt de la convention. Le notaire peut également procéder si nécessaire à la liquidation du régime matrimonial par acte authentique, ainsi qu'aux formalités d'enregistrement des actes soumis à la publicité foncière. Enfin, après le dépôt, il remet aux ex-époux ou à leurs avocats une attestation, qui leur permettra de faire procéder à la mention de divorce sur les actes d'état civil et de justifier du divorce auprès des tiers.

80. Il faut préciser que la fonction du notaire se limite à ces missions spécifiques, ce qui paraît très restreint <sup>133</sup>. Néanmoins, il peut alerter les avocats dans le cas où la convention porterait manifestement atteinte à l'ordre public. La circulaire du 26 janvier 2017 <sup>134</sup> donne les exemples d'une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation, et d'une clause de non-remariage. Le notaire engage sa responsabilité professionnelle s'il dépasse le délai de quinze jours, prévu à l'article 1146 alinéa 3 du Code de procédure civile, pour enregistrer la convention. En outre, au regard de l'alinéa 3 de l'article 229-1, ce dépôt confère à la convention de divorce date certaine et force exécutoire, mais pas la qualité d'un acte authentique, créant ainsi un acte véritablement unique et original, qui nécessiterait tout de même quelques précisions législatives <sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°7

<sup>133</sup> cf. *infra* p.52, n°131

<sup>134</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 6, p.18

<sup>135</sup> cf. *infra* p.53, n°134 et s.

81. Si certains auteurs estiment que la fonction de vérification formelle de l'acte du notaire infantilise les avocats, qui auraient pu s'en charger<sup>136</sup>, l'intervention du notaire dans le processus de divorce sans juge apporte une figure d'autorité tierce, neutre et compétente en matière de droit de la famille, dans laquelle davantage de garanties n'est jamais de trop. D'ailleurs, cette idée de garantie se manifeste aussi à travers les exigences formelles applicables à la convention de divorce.

## **§2 – Un contrat solennel soumis à des exigences spécifiques**

82. Des règles formelles précises liées à la protection des individus font de la convention de divorce un contrat solennel *sui generis*. C'est parce que le consentement des époux est au centre du divorce par consentement mutuel que celui-ci est protégé par un formalisme spécifique. Ainsi, le formalisme est au service du consensualisme et le complète. Ces formalités comprennent les hypothèses dans lesquelles le recours à une procédure judiciaire est nécessaire (A), et les nombreuses conditions de procédure et de forme s'imposant à la convention de divorce (B).

### **A) Les exceptions au recours à un processus extrajudiciaire**

83. La convention de divorce est encadrée par des règles précises de fond liées au consentement des individus, tel que développé précédemment. C'est pourquoi, lorsque le législateur a considéré que les situations ne présentaient pas des garanties suffisantes à la protection des individus directement et indirectement impactés par la convention, il a émis des exceptions à la possibilité de recours à un divorce conventionnel. Dans certains cas, la convention de divorce est davantage risquée, et il est nécessaire de passer d'un processus extrajudiciaire à une procédure judiciaire.

Le recours à une procédure judiciaire est alors indispensable afin de garantir la protection des intérêts en présence par le juge, qui est le seul garant de l'ordre public et des libertés individuelles. L'on considère alors que la seule intervention des avocats n'est pas suffisante à cette finalité. Ainsi, deux situations impliquent obligatoirement d'avoir recours à un divorce judiciaire. Elles sont décrites à l'article 229-2 du Code civil.

---

<sup>136</sup> É. Mulon, « *Divorce sans juge : les avocats ont l'expérience, les compétences et la déontologie pour maintenir l'équilibre entre les parties* », interview par L. Garnerie, Gaz. Pal. 2016, n°41, p.7

84. Il s'agit d'abord du cas où l'enfant mineur demande son audition par le juge dans le cadre de son droit à être entendu par le juge de l'article 388-1. Ce sont les parents qui doivent l'informer de ce droit lorsqu'ils considèrent qu'il est capable de discernement, et lui faire remplir le formulaire prévu à cet effet. Dans ce cas, la voie purement contractuelle se ferme et c'est celle de l'homologation judiciaire de la convention des époux qui s'ouvre, de telle façon que le juge prononce le divorce, selon les dispositions des articles 230 et 232 du Code civil. C'est le retour du divorce par consentement mutuel judiciaire. Ces règles s'inscrivent dans le mouvement de promotion procédurale de l'enfant qui se voit progressivement reconnaître des droits dans les procédures qui le concernent<sup>137</sup>.

85. Le deuxième cas est celui du placement d'un époux sous un régime de protection, ce qui vise la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle, mais aussi l'habilitation familiale et le mandat de protection future<sup>138</sup>. En effet, le divorce par consentement mutuel exige que chaque époux dispose de sa pleine et entière capacité juridique pour contracter. Ici, les règles du droit commun des contrats ne sont pas suffisantes, l'acte est trop important pour relever du tuteur ou du curateur, donc seuls les divorces contentieux sous contrôle judiciaire étaient classiquement envisageables. Néanmoins, depuis la loi du 23 mars 2019<sup>139</sup>, une personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage au regard de l'article 249 du Code civil<sup>140</sup>. Dès lors, lorsque le divorce conventionnel n'est pas interdit, de nombreuses conditions formelles et procédurales encadrent la convention de divorce en elle-même.

## **B) De multiples conditions formelles et procédurales**

86. La convention de divorce est un contrat solennel disposant de ses propres règles de forme et de procédure, nécessaires au regard de sa nature familiale. Toutes ces règles visent encore une fois à protéger le consentement des époux. Plusieurs auteurs font référence, en parlant du processus du divorce conventionnel, à l'idée du *punctation* provenant du droit allemand<sup>141</sup>. Selon ce concept, la conclusion du contrat est soumise à des étapes successives

---

<sup>137</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.28

<sup>138</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.6 ; Chapitre II du Titre XI du Livre 1<sup>er</sup> du Code civil (articles 425 à 494-12)

<sup>139</sup> Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

<sup>140</sup> v. S. David, *Le divorce du majeur protégé*, AJ Fam. 2020, p.502 (qui propose l'ouverture du divorce par consentement mutuel judiciaire aux majeurs protégés)

<sup>141</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°2

imposées par la loi et se trouve donc étalée dans le temps<sup>142</sup>. En l'espèce, le processus implique la négociation, la rédaction, puis la signature, et enfin le dépôt de la convention de divorce.

87. Dans un premier temps, l'article 229-3 du Code civil impose de nombreuses mentions qui doivent apparaître expressément dans la convention de divorce, à peine de nullité. Cela concerne par exemple les informations personnelles relatives aux époux, les informations professionnelles des avocats et le formulaire de l'enfant mineur. Les différentes clauses de la convention doivent prévoir successivement les modalités du règlement des effets du divorce, qui concernent notamment le sort des enfants et du domicile familial, la liquidation du régime matrimonial, le port du nom d'usage et l'éventuel versement d'une prestation compensatoire. En pratique, des modèles de convention sont accessibles aux avocats.

88. Le processus de la convention de divorce est par ailleurs enfermé dans plusieurs délais. Selon l'article 229-4, les époux ont un délai de réflexion de quinze jours entre la réception du projet de convention envoyé par lettre recommandée par leur avocat et sa signature. La convention doit être transmise au notaire dans un délai de sept jours à compter de la signature et le notaire dispose d'un délai de quinze jours pour déposer la convention au rang de ses minutes (article 1146 du Code de procédure civile).

La circulaire de 2017 a précisé que ce dernier délai laissé au notaire n'est pas un délai de rétractation<sup>143</sup>, car la force obligatoire de la convention s'impose aux parties dès la signature et seuls les effets et l'exigibilité sont en réalité reportés au dépôt. C'est pourquoi, le notaire devrait tout-de-même procéder au dépôt de la convention, hormis en cas de demande d'audition de l'enfant, qui est une cause de rétractation prévue par la loi, ou de renonciation d'un commun accord, au sens de l'article 1193 du Code civil. Néanmoins, dans cette période, les époux peuvent toujours renoncer au divorce extrajudiciaire et utiliser le système des passerelles de l'article 1148-2 alinéa 2 du Code de procédure civile pour saisir le juge aux affaires familiales d'une demande en divorce judiciaire. L'auteur François Chénéde déclare que cette possibilité n'est pas que conjointe mais

---

<sup>142</sup> M. Mekki, *Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ?*, JCP N 2016, n°19 ; M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°2

<sup>143</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 5, p.17

aussi unilatérale, et que les époux bénéficient dès lors d'un délai de « bifurcation »<sup>144</sup>.

89. En outre, le rendez-vous portant sur la signature de la convention doit être organisé et commun ; la présence physique des époux et de leurs avocats respectifs est exigée par la circulaire du 26 janvier 2017<sup>145</sup> qui se fonde sur l'article 1145 du Code de procédure civile, afin de permettre concrètement aux conseils de contrôler le consentement des époux. L'assemblée générale du Conseil national des barreaux a réitérée cette exigence le 8 février 2019, en précisant également que c'est bien l'avocat du client qui doit signer la convention, et non un associé ou collaborateur à qui il aurait délégué la tâche<sup>146</sup>. La convention doit être signée en trois exemplaires originaux. L'article 1175 du Code civil dispose néanmoins que la convention peut être établie et conservée sur support électronique. À ce propos, une nouvelle fonctionnalité, appelée « e-divorce », est actuellement en phase de test et sera accessible début juin 2022 sur le site e-barreaux, destiné aux avocats, pour la signature électronique sécurisée des conventions de divorce par consentement mutuel<sup>147</sup>.

90. Finalement, c'est à la fois la nature familiale de la convention de divorce, et surtout les conséquences de celle-ci quant à la nécessité de protéger les intérêts en cause, qui se manifestent notamment par les formes et exigences procédurales, qui en font un contrat *sui generis*. Ainsi, le régime particulier de la convention de divorce a permis d'adapter le droit des contrats à cette dernière. Toutefois, de nombreuses lacunes demeurent dans l'application du droit commun des contrats au divorce par consentement mutuel.

---

<sup>144</sup> F. Chénéde, *Le divorce sans juge : « contrat à terme » et « rétractation »*, AJ Fam. 2017, p.87

<sup>145</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 5, p.17

<sup>146</sup> L. Garnerie, *Divorce sans juge : les avocats rédacteurs de l'acte doivent signer ensemble*, Gaz. Pal. 2019, n°6, p.7

<sup>147</sup> M. Lartigue, *E-divorce par consentement mutuel : la signature électronique en phase de test*, Gaz. Pal. 2022, n°13, p.5

## **Partie 2 : Les incompatibilités de la contractualisation du divorce avec le particularisme du droit de la famille**

91. Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire tel qu'issu de la loi de 2016 a été exposé à de nombreuses critiques et à un scepticisme certain de la part de la doctrine et des professionnels de droit. Que ce soit son origine dans la réforme de la justice et non dans celle du droit des contrats, sa place au sein des dispositions du Code civil relatives au divorce (Livre I<sup>er</sup>, Titre VI) et non au droit des contrats (Livre III, Titre III, Sous-titre I<sup>er</sup>), ou le choix du terme convention au lieu de contrat<sup>148</sup>, de nombreux éléments révèlent la particularité de la convention de divorce, et son attachement profond au droit de la famille.

92. Or, en ce qu'il touche directement à l'état des personnes, c'est-à-dire aux éléments qui définissent et individualisent les citoyens, le droit de la famille exige une protection accrue, tandis que les contrats sont marqués par un libéralisme économique. Dès lors, il est difficile de comprendre comment le simple droit commun des contrats, aux antipodes des impératifs de protection des personnes, puisse régir la convention de divorce, même en s'y adaptant par un régime spécial. Si les règles encadrant la formation du contrat s'adaptent de façon relativement satisfaisante à la convention de divorce, les incompatibilités de la contractualisation du divorce avec le particularisme du droit de la famille se retrouvent d'abord dans l'insécurité découlant du risque de contentieux dans l'après-divorce (Chapitre 1), et ensuite dans l'insuffisance de garanties apportées par le droit des contrats au divorce (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 – L'insécurité due au risque important de contentieux dans l'après-divorce**

93. Valérie Poure a écrit « *Au vu de sa spécificité et de ses conséquences, le droit du divorce amiable ne peut se construire dans le strict sillage des règles écrites pour les contrats. Ces dernières n'ont d'ailleurs vocation à s'appliquer que dans la mesure où elles ont du sens au regard de la nature ou de l'objet de l'acte juridique considéré* »<sup>149</sup>. Or, les règles du droit commun qui s'appliquent après la conclusion du contrat semblent loin de convenir aux caractéristiques du divorce.

94. En réalité, la différence entre le divorce par consentement mutuel judiciaire et le divorce extrajudiciaire réside dans l'après-divorce, car les règles du droit

---

<sup>148</sup> cf. *supra* p.14, n°30

<sup>149</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°10

commun des contrats au niveau de la formation de la convention étaient déjà applicables au divorce par consentement mutuel judiciaire. C'est l'absence de l'homologation du juge dans le nouveau divorce conventionnel, et ainsi la suppression de l'autorité de la chose jugée de la convention de divorce, qui entraîne l'application totale du droit des contrats, même dans l'après-divorce. Ainsi, les voies de recours ne seront pas restreintes à un pourvoi en cassation dans les quinze jours suivant l'homologation<sup>150</sup>, mais seront ouvertes à « *tous les modes de remise en cause d'une convention* »<sup>151</sup>.

95. Si la formation des contrats a été adaptée à la convention de divorce, ni la loi, ni le décret, ni la circulaire relatifs au divorce extrajudiciaire, n'apportent de réponses précises aux problématiques découlant de l'après-divorce. « *C'est pourtant à ce sujet que les inquiétudes sont les plus fortes* »<sup>152</sup>. En effet, Sylvain Thouret a affirmé qu' « *une chose est cependant certaine : le juge ne sera pas absent de l'après-divorce conventionnel* »<sup>153</sup>, mais il risque d'y faire son grand retour. Innombrables sont les auteurs qui ont relevé le risque certain et évident de la résurgence de l'intervention du juge *a posteriori* du divorce. La juridiction compétente sera alors de façon probable celle qui est compétente en matière de droit des contrats, plutôt que le juge aux affaires familiales, « *en dépit de sa compétence de principe après-divorce* »<sup>154</sup>. Or, les tribunaux judiciaires seront déjà alimentés considérablement par les contentieux découlant de la réforme du droit des contrats de 2016<sup>155</sup>. Finalement, la contractualisation du divorce ne fera donc que déplacer la judiciarisation dans le temps et dans l'espace.

Outre la remise en cause de la convention (Section 1), le contentieux de l'après-divorce pourra également porter sur l'exécution des obligations issues de la convention (Section 2).

## **Section 1 – La remise en cause de la convention de divorce**

96. De nombreuses préoccupations portent sur la remise en cause de la convention de divorce, facilitée par l'application du droit des contrats. Cela concerne à la fois la contestation (§1) et à la fois la révision de la convention (§2).

---

<sup>150</sup> Article 1103 du Code de procédure civile

<sup>151</sup> S. Thouret, *Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ?*, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°1

<sup>152</sup> S. Thouret, *Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge – Présentation et questionnement*, AJ Fam. 2016, p.568

<sup>153</sup> S. Thouret, *L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !*, AJ Fam. 2017, p.42

<sup>154</sup> S. David et P.-J. Claux, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022-2023, p.290, n°141.400

<sup>155</sup> G. Bonnet, *Divorce sans juge – Le point de vue du notaire*, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°10

## §1 – La contestation de la convention de divorce

97. La question de la contestation de la convention de divorce vise tant la nullité de cette convention (A) que sa remise en cause par les tiers (B).

### A) La nullité de la convention

98. Comme tout contrat, la convention de divorce pourra faire l'objet d'une demande en nullité, et « *c'est incontestablement là que réside le point fragile du nouveau système* »<sup>156</sup>. À l'absence des formalités prescrites à l'article 229-3 du Code civil s'ajoutent les règles du droit commun des contrats. Il est donc possible d'imaginer qu'un ex-époux saisisse le juge après le dépôt de la convention pour vice, absence ou insuffisance du consentement (articles 1129 et suivants du Code civil)<sup>157</sup>, défaut de capacité (article 1145), contrariété à l'ordre public (article 1162), ou encore disparition d'un élément essentiel (article 1186)<sup>158</sup>. La demande se fera alors dans les conditions et délais prévus par le droit commun. En cas de nullité relative, il sera possible pour la partie protégée par la nullité de renoncer à son droit d'agir par confirmation (articles 1180 et suivants).

99. En pratique, très peu de divorces extrajudiciaires ont connu de tels recours jusqu'à aujourd'hui, et le rôle des avocats est de prévenir ces risques<sup>159</sup>. Malgré cela, il est indispensable de prendre en compte les dangers que cela pourrait impliquer, en raison de la rétroactivité de la nullité de la convention de divorce. Celle-ci pourrait entraîner l'annulation du règlement des effets du divorce, mais aussi la révocation du principe du divorce en lui-même.

En effet, si elle porte sur un élément déterminant du consentement des époux, la nullité ne sera plus partielle mais totale. On pourrait alors assister à la remise en cause de la liquidation du régime matrimonial, c'est-à-dire que certains biens redeviendraient communs aux ex-époux, si ce n'est la plupart en cas de régime matrimonial légal. Cela aurait aussi pour conséquence l'annulation de l'éventuelle prestation compensatoire, qui devrait être remboursée. Enfin, la plus grande difficulté tient à la situation dans laquelle un ex-époux, ou même les deux, se seraient remariés. En annulant le divorce, un tel remariage deviendrait également nul, avec toutes les conséquences que cela implique au niveau

---

<sup>156</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.213

<sup>157</sup> v. par exemple CA Nîmes, 1<sup>ère</sup> ch., 14 avril 2020, n°19/00887 qui déboute la requérante de sa demande en nullité de la convention de divorce pour vice du consentement

<sup>158</sup> H. Fulchiron, « *L'après-divorce sans juge* » : *remise en cause et modification de la convention passée par les époux*, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°7

<sup>159</sup> v. L. Garnerie, *Le divorce par consentement mutuel satisfait les ex-époux*, Gaz. Pal. 2019, n°4, p.8

personnel, patrimonial et fiscal. La nullité pourrait même être conventionnelle aux termes de l'article 1178 du Code civil, en respectant un parallélisme des formes<sup>160</sup>. Il y aurait là une très grande place à l'insécurité juridique pour les époux divorçant par consentement mutuel, sans compter la responsabilité de l'avocat rédacteur de l'acte. Ainsi, l'avocat Sylvain Thouret a exprimé l'espoir qu'il place en la jurisprudence pour limiter les effets d'une telle nullité<sup>161</sup>.

100. Ces « *difficultés énormes* » avaient été soulevées lors des débats parlementaires<sup>162</sup>. Pourtant, aucune précision législative ou réglementaire n'a été apportée à ce sujet, laissant beaucoup de questions sans réponses. Pour pallier ces risques, l'auteure Valérie Poure propose de s'appuyer sur le droit commun afin d'envisager des aménagements conventionnels plus protecteurs<sup>163</sup>.

Par exemple, l'article 2254 du Code civil permettrait, sur accord des époux, de réduire le délai de prescription de la nullité à un an, au lieu de cinq. Mustapha Mekki recommande également d'insérer une clause par laquelle les époux reconnaissent que la convention est conclue indépendamment des qualités du conjoint, afin d'affirmer que le comportement passé du conjoint n'est pas déterminant du consentement donné au principe et aux effets du divorce<sup>164</sup>. Ces idées semblent prometteuses mais demeurent tout de même limitées et conditionnées aux bons conseils des avocats. Se pose alors la question de savoir si la remise en cause de la convention de divorce est aussi facilitée pour les tiers.

## **B) La remise en cause par les tiers**

101. Tandis que les auteurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès estiment que la situation des tiers est encore plus incertaine que celle des époux divorçant<sup>165</sup>, Sylvain Thouret, quant à lui, affirme que « *les tiers semblent gagner en protection autant que les époux perdent en sécurité* »<sup>166</sup>. Les premiers considèrent que la protection des intérêts des créanciers est affaiblie en raison de l'absence du contrôle judiciaire. Il est vrai que la disparition de l'homologation judiciaire fait

---

<sup>160</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°24

<sup>161</sup> S. Thouret, *L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !*, AJ Fam. 2017, p.42

<sup>162</sup> J.-M. Clément et J.-Y. Le Bouillonnet, Rapport n°3904 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n°3872), modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 30 juin 2016

<sup>163</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°10

<sup>164</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, art. préc., n°28

<sup>165</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.316

<sup>166</sup> S. Thouret, *L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !*, art. préc.

disparaître la tierce opposition dans un délai d'un an suivant la publication du jugement de divorce, qui avait été prévue pour les créanciers à l'article 1104 du Code de procédure civile. Les auteurs admettent néanmoins que de nouvelles possibilités de contestation s'offrent aux ex-époux dans le divorce sans juge, notamment grâce à l'application des règles de droit commun des contrats.

D'abord, les tiers bénéficieront du délai de prescription de droit commun de cinq ans. Par ailleurs, l'article 1341-2 du Code civil prévoit une action paulienne, permettant aux créanciers de demander l'inopposabilité d'une convention de divorce conclue en fraude de leurs droits. Les actions en lien avec une procédure collective pourront également être mises en œuvre<sup>167</sup>.

102. Il s'agit donc bien d'un accroissement de la possibilité d'action des tiers, qui intensifie l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent la convention de divorce, et les ex-époux par la même occasion. Toutefois, d'après Hugues Fulchiron, il est nécessaire en l'espèce d'offrir des voies de recours aux tiers dans le sens où la convention est le simple fruit de la volonté des époux et n'a été contrôlée que de façon moindre en l'absence du juge<sup>168</sup>. Le problème de la contractualisation du divorce réside dès lors dans la difficulté d'équilibre entre sécurité juridique, exigeant des voies de recours limitées contre la convention, et protection des intérêts des parties et des tiers, nécessitant une possibilité de remise en cause de la volonté ou de la maladresse illicite des époux. Cet enjeu se retrouve également en matière de révision de la convention de divorce.

## **§2 – La révision de la convention de divorce**

103. La révision de la convention de divorce implique différentes problématiques, tenant d'abord à l'irrévocabilité du principe de divorce (A), et ensuite aux possibilités de modification des effets du divorce (B).

### **A) L'irrévocabilité du principe de divorce**

104. Dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire, il existait un principe d'indivisibilité entre le prononcé du divorce et l'homologation de la convention, « *auquel la jurisprudence avait donné une portée maximale* »<sup>169</sup>, afin de limiter les possibilités de remise en cause de la convention. Toute demande

---

<sup>167</sup> S. Thouret, *Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ?*, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°5

<sup>168</sup> H. Fulchiron, « *L'après-divorce sans juge* » : *remise en cause et modification de la convention passée par les époux*, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°25

<sup>169</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.313 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 1987, n°86-10.107

en révision de la convention homologuée était irrecevable, sauf concernant la prestation compensatoire et les dispositions relatives aux enfants<sup>170</sup>.

105. La possibilité de révision ou de révocation du principe du divorce serait contraire à l'ordre public familial, et plus précisément au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Ce principe exclut la possibilité pour un individu de disposer de sa situation juridique, et donc de décider par convention de modifier les éléments d'état civil qui le caractérise et auxquels la loi attache des effets de droit, tels que son nom et son prénom, son genre, sa filiation, sa nationalité. Il doit tout de même être relativisé car il est entaché de nombreuses exceptions. Le divorce conventionnel fait partie de ces limites, car les époux disposent de leur situation maritale. Dès lors, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes justifierait, selon la circulaire de 2017, l'impossibilité de « réviser » le principe de divorce (la circulaire ne parle étrangement pas de révocation mais de révision)<sup>171</sup>, mais il ne permettrait cependant pas de justifier l'impossibilité de divorcer par convention, qui peut donc subir une exception. La frontière entre principe et exception est relativement floue et en réalité, la révision du principe de divorce revient à sa révocation.

106. Certes, l'irrévocabilité du principe de divorce et le caractère définitif de la convention sont nécessaires à la sécurité des ex-époux, surtout au vu du long délai de prescription de droit commun de cinq ans et de l'hypothèse de remariage des époux. C'est pourquoi, la révision de la convention ne peut pas porter sur le principe de divorce, et l'annulation d'un élément déterminant du consentement des parties ne peut pas non plus influencer sur ce principe. L'auteur Mustapha Mekki propose en l'espèce d'insérer une clause de divisibilité à la convention de divorce, afin que la nullité d'une clause désignée n'entraîne pas l'anéantissement de l'ensemble des autres clauses<sup>172</sup>. La jurisprudence pourrait également limiter la portée de la remise en cause de la convention en distinguant le principe du divorce et le règlement de ses conséquences<sup>173</sup>.

107. Mais qu'en est-il si c'est bien le principe du divorce qui est remis en cause ? Il faut en effet prendre en compte les possibilités soulevées auparavant<sup>174</sup> de nullité totale de la convention, qui entraînerait l'annulation du divorce, mais aussi de nullité partielle portant sur le consentement au principe de

---

<sup>170</sup> M. Brusorio Aillaud, *Droit des personnes et de la famille*, 12<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2022, p.235

<sup>171</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 9, p.23

<sup>172</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°27

<sup>173</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, op. cit., p.313

<sup>174</sup> cf. *supra* p.39, n°99

divorce lui-même. Or, malgré les nombreux avertissements à ce sujet, aucune réponse légale n'a été apportée. Outre la révision du principe du divorce, il convient d'étudier la modification de ses effets.

## **B) La modification des effets du divorce**

108. La modification de la convention entre la signature et le dépôt est toujours possible sur accord des parties et ne pose pas de difficulté particulière. En revanche, avec le temps, après le dépôt de la convention, les stipulations contractuelles peuvent ne plus être adaptées à la situation des parties<sup>175</sup>. Or, le droit commun limite peu la révision des contrats, puisque celle-ci est permise, selon les dispositions de l'article 1193 du Code civil, par le « *consentement mutuel des époux, ou pour les causes que la loi autorise* ». La circulaire du 26 janvier 2017 précise ici que la convention pourra être modifiée par acte sous seing privé, contresigné ou non par avocat<sup>176</sup>. Toutefois, pour que la nouvelle convention ait date certaine et force exécutoire, l'article 1377 impose de la faire constater par acte authentique. Dès lors, d'un côté, en principe, les ex-époux pourront modifier la convention comme bon leur semble dès lors qu'ils sont en accord. De l'autre côté, ils seront forcés de saisir le juge dans certaines situations pour tenter de parvenir à leurs fins en cas de désaccord.

109. Tout d'abord, certains cas font l'objet d'un régime spécial. En cas d'oubli ou de dissimulation volontaire par un époux de biens ou dettes au sein de l'état liquidatif, les biens communs qui ont été omis pourront faire l'objet d'une demande en partage complémentaire (article 892 du Code civil), et en dommages et intérêts si l'omission est imputable à un époux<sup>177</sup>. L'article 373-2-13 du Code civil ouvre la voie à une demande de modification des stipulations relatives à l'autorité parentale et à la pension alimentaire. D'ailleurs, en cette matière, les parents peuvent choisir d'utiliser la procédure d'homologation judiciaire des conventions parentales prévue à l'article 373-2-7. De plus, l'article 279 du Code civil offre aux époux la possibilité de prévoir dans la convention qu'en cas de changement important dans les ressources d'une ou des parties, ils pourront demander la révision de la prestation compensatoire.

Des dispositions du droit commun, issues de la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016, permettent également la révision des conventions de divorce par le juge. Cela vise directement les dispositions sur l'imprévision de l'article 1195 du

---

<sup>175</sup> S. Thouret, *L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !*, AJ Fam. 2017, p.42

<sup>176</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 9, p.23

<sup>177</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.213

Code civil, qui permettent au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin en cas de changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, qui rendrait l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. Dans le cadre du divorce amiable, ces dispositions pourraient par exemple concerner la pension alimentaire.

110. C'est le grand nombre d'opportunités offertes aux parties qui étend leur capacité d'action et intensifie l'insécurité dans l'après-divorce. Force est de constater que l'intervention du juge apporte, comme dans le divorce par consentement mutuel judiciaire, un certain contrôle, une restriction à la liberté des époux et une contrainte les poussant à davantage de réflexion. Cependant, ce risque important de contentieux rend la situation patrimoniale des ex-époux totalement incertaine et instable et remet en cause l'objectif de déjudiciarisation de la réforme. Pour cela, l'auteure Corinne Renault-Brahinsky conseille aux époux de prévoir conventionnellement les circonstances pouvant entraîner la révision de la convention ainsi que les modalités de cette révision<sup>178</sup>. Par ailleurs, l'après-divorce concerne également la question de l'exécution des obligations.

## **Section 2 – L'exécution des obligations issues de la convention de divorce**

111. L'insécurité des époux divorçant sans juge, et par conséquent les incompatibilités du droit des contrats au divorce, se retrouvent également en matière d'exécution des obligations de la convention, que ce soit en droit interne (§1) ou en droit international (§2).

### **§1 – Les sanctions de l'inexécution en droit interne**

112. En accordant des droits au créancier d'une obligation, les sanctions de l'inexécution issues du droit commun des contrats et énumérées à l'article 1217 du Code civil ont vocation à inciter les parties à exécuter leurs engagements contractuels. Cela permet de rendre le caractère obligatoire des conventions effectif et efficace et d'éviter la défaillance des parties. Dans le sens où la réparation des conséquences de l'inexécution par des dommages et intérêts est toujours compatible avec les autres sanctions et ne pose pas de problème dans le divorce extrajudiciaire, son étude n'est pas particulièrement pertinente. Au contraire, certaines sanctions sont inconciliables avec le divorce par consentement mutuel (A), tandis que d'autres apparaissent compatibles avec celui-ci, mais sont parfois inadaptées (B).

---

<sup>178</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.62

## A) Les sanctions inconciliables avec le divorce

113. La circulaire du garde des Sceaux a indiqué que certaines dispositions du droit des contrats sont « *inconciliables par nature avec le divorce sous réserve de l'appréciation des juridictions* »<sup>179</sup>. Ainsi, une clause résolutoire portant sur le principe du divorce serait déclarée nulle car contraire à l'ordre public. Cela vise les développements précédents sur l'indisponibilité de l'état des personnes et l'irrévocabilité du principe du divorce. L'action en résolution fondée sur l'inexécution suffisamment grave après notification au débiteur prévue à l'article 1224 du Code civil ne semble pas non plus être valable, car elle remettrait également en cause le principe de divorce.

Malgré cela, rien ne semble aller à l'encontre d'une clause résolutoire ou d'une action en résolution portant sur les effets du divorce<sup>180</sup>. Toutefois, Hugues Fulchiron suggère à juste titre qu'il « *serait plus sage d'écartier expressément ces dispositions* »<sup>181</sup> pour éviter de fragiliser la convention. De plus, le choix de la résolution irait à l'encontre de la volonté des époux de divorcer et de donner des effets à leur divorce.

114. Par ailleurs, la réduction du prix envisagée par l'article 1217 ne semble pas non plus compatible avec le divorce<sup>182</sup>. Cette inadaptation tient au fait que la convention de divorce, de même qu'elle ne permet pas d'identifier des contreparties, implique de nombreuses obligations de différentes natures, causes et objets<sup>183</sup>, presque toutes principales. De cette façon, la simple expression de « réduction du prix » n'a pas véritablement de sens lorsqu'on l'applique au divorce extrajudiciaire. Ce n'est pas parce qu'un parent n'a pas pu profiter de son droit de visite des enfants qu'il faudrait réduire le prix de la pension alimentaire, puisque ces deux obligations sont indépendantes, et non des contreparties.

115. Sur les cinq sanctions de l'inexécution proposées par le droit commun des contrats, deux sont inconciliables avec le divorce conventionnel. Le législateur n'a d'ailleurs pas pris la peine de tenter de les adapter à ce dernier par des règles spécifiques. Il convient de voir ce qu'il advient des autres sanctions.

---

<sup>179</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 2, p.9

<sup>180</sup> M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°36

<sup>181</sup> H. Fulchiron, « *L'après-divorce sans juge* » : remise en cause et modification de la convention passée par les époux, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°24

<sup>182</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, op.cit., p.62

<sup>183</sup> cf. *supra* p.28, n°70

## B) Les sanctions inadaptées au divorce

116. Concernant l'exception d'inexécution d'une part, la circulaire de 2017 est « *particulièrement floue sur ce point et se contente de rappeler une évidence* »<sup>184</sup>, selon laquelle l'exception d'inexécution prévue à l'article 1219 du Code civil ne peut pas être invoquée si elle est contraire à l'intérêt de l'enfant, par exemple pour justifier de ne pas verser la pension alimentaire<sup>185</sup>. Cette exception permet à une partie de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu de son cocontractant la prestation qui lui est due, si l'inexécution est suffisamment grave.

Ainsi, l'exception d'inexécution semble pouvoir se concilier avec le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, mais n'est pas la sanction la plus adaptée. Elle était en effet auparavant considérée comme une mesure privée<sup>186</sup>, sorte de menace contractuelle. Or, l'absence de figure d'autorité quelle qu'elle soit ne convient pas à la sécurité du droit de la famille. Ici, il n'y aura pas d'avocat pour contrôler le respect des règles de droit, et le risque de contentieux menant à nouveau devant le juge est très présent. En résumé, soit les parties règlent leurs désaccords entre elles et subissent une insécurité considérable, soit elles ont recours au juge et l'objectif de déjudiciarisation perd de son sens.

117. En ce qui concerne l'exécution forcée d'autre part, l'article L111-3 4° du Code des procédures civiles d'exécution mentionne expressément la convention de divorce par consentement mutuel comme constituant un titre exécutoire, de sorte que les époux peuvent s'en prévaloir pour solliciter l'exécution forcée de la convention, qui a force exécutoire dès lors qu'elle a été déposée au rang des minutes d'un notaire<sup>187</sup>. La circulaire du 26 janvier 2017 précise d'ailleurs que plusieurs dispositions de différents codes ont été modifiées pour prendre en compte le nouveau dispositif relatif à la convention de divorce<sup>188</sup>.

118. L'exception d'inexécution et l'exécution forcée peuvent être mises en œuvre par les ex-époux pour obtenir l'exécution de leur prestation. Néanmoins, la solution de l'exécution forcée semble la plus raisonnable, notamment pour obtenir le paiement de la prestation compensatoire ou la contribution à

---

<sup>184</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.316

<sup>185</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 9, p.24

<sup>186</sup> R. Demogue, *Les notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 644 cité par S. David et P.-J. Claux, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022-2023, p.289, n°141.381

<sup>187</sup> v. L. Lauvergnat, *Retour sur l'exécution de la convention de divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2018, p.144

<sup>188</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 9, p.23 (article L213-1 du Code des procédures civiles d'exécution, article 1<sup>er</sup> de la loi n°75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires, articles L.523-1 et L581-2 du Code de la sécurité sociale)

l'éducation et l'entretien des enfants, déjà car c'est la méthode utilisée lorsque le divorce est prononcé, et aussi parce que des procédures spécifiques existent<sup>189</sup>.

Là encore, le droit des contrats est complété par des règles spéciales ayant également vocation à s'appliquer à la convention de divorce. D'ailleurs, l'article 1144-4 du Code de procédure civile impose à la convention de divorce fixant une pension alimentaire ou une prestation compensatoire sous forme de rente viagère à rappeler les modalités de recouvrement de la créance et les sanctions pénales encourues en cas de défaillance. Cela constitue un moyen préventif de lutter contre les difficultés d'exécution, mais est considéré insuffisant par Sylvain Thouret<sup>190</sup>, car il n'est pas assorti de sanction et il ne concerne pas toutes les créances que la convention peut comporter.

119. Pour finir, des aménagements conventionnels sont à nouveau préconisés pour pallier les risques d'inexécution en amont. De tels aménagements pourraient également réduire les difficultés liées à la contractualisation du divorce en matière de droit international privé.

## **§2 – La convention de divorce en droit international privé**

120. Au-delà du droit interne, la contractualisation du divorce soulève des enjeux en termes d'application à l'étranger. D'abord, il semble que ce choix de contractualisation est incohérent au regard du droit international et européen (A). Ensuite, il convient de faire preuve de prudence face aux difficultés de reconnaissance et d'exécution de la convention à l'étranger (B).

### **A) L'incohérence de la contractualisation du divorce avec le droit international et européen**

121. Tandis que l'actualité mondiale tend vers une internationalisation des rapports de famille<sup>191</sup>, la contractualisation française du divorce a offusqué plus d'un auteur d'un point de vue international et européen. L'avocat Alexandre Boiché se dit « *au-delà de la consternation, sidéré par l'absence de réflexion européenne et internationale qui a accompagné l'adoption de ce nouveau divorce* »<sup>192</sup>, et fait partie des avocats ayant saisi la Commission européenne

---

<sup>189</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.62

<sup>190</sup> S. Thouret, *L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !*, AJ Fam. 2017, p.42

<sup>191</sup> C. Brenner, *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP N 2017, n°9, p.342

<sup>192</sup> A. Boiché, *Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen – La France, nouveau Las Vegas du divorce ?*, AJ Fam. 2017, p.57

d'une plainte pour non-respect par la France du droit de l'Union européenne<sup>193</sup>. Les mots sont forts mais traduisent l'ignorance totale des règles de droit international privé par le législateur français lors de la construction du divorce sans juge, menant à une incohérence certaine.

122. La circulaire de 2017 énonce que les notaires « *ont vocation à recevoir tout acte, émanant de parties françaises, comme étrangères, qu'elles soient domiciliées en France ou à l'étranger dès lors que le droit français s'applique à leur divorce* »<sup>194</sup>. Les règles de compétence des juridictions ne sont pas applicables à la convention de divorce, car le processus est extrajudiciaire.

Quant aux règles de conflit de lois, le Règlement Rome III<sup>195</sup> ne semble s'appliquer qu'aux décisions de justice, puisqu'il fait référence à de nombreuses reprises aux « juridictions », excluant ainsi les divorces conventionnels. Cette exclusion a été confirmée par l'arrêt Sahyouni rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 20 décembre 2017<sup>196</sup>, qui a reconnu largement que le règlement Rome III en matière de loi applicable, ne s'applique pas aux divorces privés, car « *à la lumière de la définition du divorce qui figure dans le règlement Bruxelles II bis, il ressort des objectifs poursuivis par le règlement Rome III que celui-ci ne couvre que les divorces prononcés soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle* ». Or, le divorce extrajudiciaire français est un acte, au sein duquel le notaire n'a pas de rôle constitutif<sup>197</sup>.

Il découle de cette exclusion l'application des conventions bilatérales, ou de l'article 309 du Code civil prévoyant la loi française applicable pour les divorces en cas de nationalité ou de domicile français des époux, ou si « *aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence* ». Concernant la compétence subsidiaire de la loi française, elle est conditionnée à une compétence juridictionnelle française, qui interroge en cas de divorce sans juge. Ainsi, « *les hypothèses de [l'application du divorce extrajudiciaire français] à l'international s'en trouveraient sensiblement réduites* », en raison du lien nécessairement fort avec la France, ce qui semble être une solution d'application relativement satisfaisante<sup>198</sup>, mais

---

<sup>193</sup> C. Nourissat, A. Boiché, D. Eskenazi, A. Meier-Bourdeau, G. Thuan Dit Dieudonné, *Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France !*, AJ Fam. 2017, p.266

<sup>194</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 6, p.18

<sup>195</sup> Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Rome III)

<sup>196</sup> CJUE 1<sup>ère</sup> ch., 20 décembre 2017, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, n° C-372/16

<sup>197</sup> cf. *infra* p.51, n°131 et s.

<sup>198</sup> P. Hammje, *La notion de divorce au sens du règlement Rome III*, Rev. Crit. DIP 2018, p.899, n°22

qui entraîne la « désinternationalisation » du divorce sans juge, occultant toute dimension internationale<sup>199</sup>. En l'absence d'examen par les juridictions, n'importe quel couple pourrait bénéficier du processus extrajudiciaire, la France risquant de devenir un « *nouveau Las Vegas du divorce* »<sup>200</sup>.

123. On relève ici que le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>201</sup> exclut l'état des personnes physiques, et les obligations découlant des relations de famille de son champ d'application (article 1), de telle façon que la liberté de choix de la loi applicable (article 3 du règlement) ne peut s'appliquer à la convention de divorce, puisque son caractère familial prime sur son caractère contractuel. Malheureusement, les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution de la convention à l'étranger semblent au moins aussi évasives que celles venant d'être développées.

### **B) Les difficultés de reconnaissance et d'exécution de la convention à l'étranger**

124. La circulaire de 2017 affirme que la reconnaissance et l'exécution des décisions françaises dans les États hors Union Européenne relève des conventions liant la France et l'État concerné, et qu'en général la décision doit « *être revêtue de l'exequatur ou avoir fait l'objet d'une décision de reconnaissance de la force exécutoire* »<sup>202</sup>, ce qui implique une forte incertitude pour la convention de divorce, car cela dépendra des règles de droit international privé du pays requis, qui ne concernent souvent que les décisions judiciaires ou les actes authentiques. De plus, ces pays peuvent refuser une telle reconnaissance pour contrariété à l'ordre public.

125. Au sein de l'Union Européenne, l'article 46 du règlement Bruxelles II *bis*<sup>203</sup> prévoit que les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions, c'est-à-dire de plein droit. L'article 509-3 du Code de procédure civile indique dès lors que le certificat mentionné à l'article 39 du règlement, organisant une procédure simplifiée de déclaration de force exécutoire, sera délivré par le

---

<sup>199</sup> M.-L. Niboyet, I. Rein-Lescastereyres, et L. Dimitrov, *La « désinternationalisation » du nouveau divorce par consentement mutuel ?*, Gaz. Pal. 2017, n°14, p.74

<sup>200</sup> A. Boiché, *Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen – La France, nouveau Las Vegas du divorce ?*, AJ Fam. 2017, p.57

<sup>201</sup> Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

<sup>202</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 10, p.25

<sup>203</sup> Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000

notaire. Toutefois, ces solutions sont remises en question depuis la jurisprudence Sahyouni, en raison de la déclaration d'inapplicabilité des règlements en matière de divorce sans juge. L'article 509-3 du Code de procédure civile se retrouve en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, et est considéré comme illégal par l'avocat Alexandre Boiché<sup>204</sup>.

De même, le régime favorable à la circulation des décisions en matière de droit de visite à caractère transfrontalier (article 41 du règlement) et le règlement relatif aux obligations alimentaires ne s'appliquent pas au divorce extrajudiciaire, car ils ne visent que les décisions de justice, les transactions judiciaires et les actes authentiques<sup>205</sup>.

126. Ainsi, les avocats doivent impérativement se renseigner et faire preuve de prudence en cas de divorce international<sup>206</sup>. Selon certains, cela pourrait même avoir pour effet de pousser les époux et les avocats à préférer un divorce judiciaire, comme le divorce sur demande acceptée, en incluant des conventions homologuées<sup>207</sup>. En effet, « *eu égard aux très grandes incertitudes demeurant sur la reconnaissance et l'exécution à l'étranger du divorce par consentement mutuel sans juge, il semble de bonne pratique de privilégier un divorce contentieux* »<sup>208</sup>, car le jugement de divorce est plus facilement reconnu dans les autres pays. Pourtant, les statistiques révèlent l'attraction pour le nouveau divorce par convention, qui n'a pas été rejeté par les justiciables<sup>209</sup>.

127. La nécessité de prévoir des aménagements a été entendue par le législateur européen, mais il faudra attendre l'entrée en application du Règlement Bruxelles II *ter*<sup>210</sup> applicable à compter du 1<sup>er</sup> août 2022. Celui-ci prévoit la reconnaissance de plein droit des divorces sans juge, qui feront partie des « accords » visés par le champ d'application (article 65 §1 du règlement), au sein de l'Union Européenne, sous réserve de la délivrance d'un certificat<sup>211</sup>. En ce qui

---

<sup>204</sup> A. Boiché, *Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen – La France, nouveau Las Vegas du divorce ?*, AJ Fam. 2017, p.57

<sup>205</sup> cf. *infra* p.53, n°134

<sup>206</sup> S. David et P.-J. Claux, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022-2023, p.255, n°141.44

<sup>207</sup> H. Fulchiron, *Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (observations sur l'après divorce sans juge)*, Dr. Fam. n°1, 2017, n°8

<sup>208</sup> B. Bartehelet, J. Boisard-Petrissans, M. Boulenuar Azzemou et al., *Guide du divorce*, Lexis Nexis, 2019-2020, p.18

<sup>209</sup> Ministère de la Justice, Références statistiques de la justice, 2019, p.15, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/References\\_stastiques\\_justice\\_complet-2020-WEB-v3.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/References_stastiques_justice_complet-2020-WEB-v3.pdf)

<sup>210</sup> Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (Bruxelles II *ter*)

<sup>211</sup> E. Gallant, *Le nouveau Règlement « Bruxelles II ter »*, AJ Fam. 2019, p.401

concerne les obligations alimentaires, qui ne relèvent pas du règlement, il existe toujours la possibilité pour les époux de saisir le juge aux affaires familiales d'une demande d'homologation d'une convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale déjà évoquée, mais cela fait encore une fois réintervenir le juge dans le processus. Outre les problèmes liés à l'après-divorce, le droit des contrats ne semble pas apporter suffisamment de garanties au divorce sans juge.

## **Chapitre 2 – L'insuffisance des garanties apportées par le droit des contrats au divorce**

128. Tel que mentionné à de nombreuses reprises, le droit de la famille est caractérisé par une protection conséquente des justiciables. Si le droit des contrats tente de compenser l'absence du juge dans le processus du divorce par un régime spécial applicable à la convention de divorce, ce dernier ne semble pas suffisant au regard de cette nécessité de garanties (Section 1). L'insuffisance de protection se manifeste également par la rupture de la contractualisation du divorce avec le caractère institutionnel du mariage (Section 2).

### **Section 1 – Les limites du régime spécial de la convention de divorce**

129. En réalité, les pouvoirs des professionnels de droit, dont l'intervention marque le caractère spécial de la convention de divorce, sont relativement restreints (§1). Cette restriction, ainsi que le régime spécial en général, créent des risques de pression sur les personnes vulnérables (§2).

#### **§1 – Les pouvoirs restreints des professionnels de droit**

130. La présence des avocats et du notaire apporte une protection supplémentaire à la convention de divorce par rapport à la seule application du droit des contrats, mais leurs moyens de vérification pour contrôler le contenu et l'équilibre de la convention sont réduits (A), et la valeur du dépôt de l'acte au rang des minutes du notaire est ambiguë (B).

##### **A) Les moyens de vérification réduits du contenu et de l'équilibre de la convention**

131. Il est du rôle des avocats de contrôler le contenu et l'équilibre de la convention, afin de préserver les intérêts de tous. Le notaire, quant à lui, n'assume pas ces missions, qui sont considérées suffisamment prises en charge par les deux avocats. Une des fiches de la circulaire de 2017 précise que « *[le notaire] doit, avant de pouvoir effectuer le dépôt de la convention au rang des minutes,*

vérifier la régularité de celle-ci au regard des dispositions légales ou règlementaires »<sup>212</sup>. Ainsi, le notaire est un « simple vérificateur de forme »<sup>213</sup>, dont l'intervention est fortement limitée à un seul contrôle formel « de flagrance »<sup>214</sup> et d' « enregistreur » de la convention, en constatant le divorce sans le prononcer<sup>215</sup>. Ce rôle plus que réduit implique que le notaire enregistre la convention sans vérifier la légalité de ses stipulations ni en apprécier l'équité, et encore moins l'opportunité des choix faits. La situation du notaire est ainsi périlleuse<sup>216</sup> en termes de responsabilité, car il enregistre une convention dont il n'a pas contrôlé la légalité du contenu.

132. Si les moyens de vérification du notaire apparaissent d'emblée restreints, ceux des avocats ne sont pas non plus sans limites. L'auteure Valérie Poure désigne l'avocat comme un « homme-orchestre de la procédure de divorce conventionnelle » et affirme que des « pouvoirs quasi-juridictionnels » lui ont été conférés, « allant bien au-delà de son devoir de conseil et des règles de déontologie qui gouvernent la profession »<sup>217</sup>. En réalité, ce ne sont pas leurs pouvoirs, mais leurs missions, qui peuvent être considérées quasi-juridictionnelles. Or, les moyens, c'est-à-dire justement les pouvoirs, dont disposent les avocats ne sont pas à la hauteur de ces missions si déterminantes. En effet, les clients ne confient pas toujours tout à leur conseil et peuvent même selon certains « cultiver l'art de ne pas tout confier à leurs avocats »<sup>218</sup>, sans compter le coût des rendez-vous que cela pourrait engendrer. Cela a pour effet de limiter les avocats dans leur rôle de satisfaire les intérêts des époux, puisque s'ils ne connaissent pas précisément les besoins de leur client, ils ne peuvent établir un équilibre dans la convention.

133. Malgré cela, certains avocats considèrent que même le seul contrôle formel du notaire doit être supprimé, car il infantilise les avocats<sup>219</sup>, qui sont tout à fait capables d'effectuer un tel contrôle par eux-mêmes<sup>220</sup>. Pourtant, un double

---

<sup>212</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 6, p.18

<sup>213</sup> G. Bonnet, *Divorce sans juge – Le point de vue du notaire*, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°6

<sup>214</sup> J. Casey, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur*, AJ Fam. 2017, p.14, n°35

<sup>215</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.310

<sup>216</sup> *ibid.*

<sup>217</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°8

<sup>218</sup> P. Aufferé, F. Housty et E. Schellino, *La médiation par consentement mutuel et le divorce privé*, AJ Fam. 2017, p.49

<sup>219</sup> É. Mulon, « *Divorce sans juge : les avocats ont l'expérience, les compétences et la déontologie pour maintenir l'équilibre entre les parties* », interview par L. Garnerie, Gaz. Pal. 2016, n°41, p.7

<sup>220</sup> B. Weiss-Gout et É. Mulon, *Le consentement mutuel par acte d'avocat : un défi à relever*, Gaz. Pal. 2016, n°26, p.40

contrôle, même du fond, ne serait pas de trop dans un processus de divorce extrajudiciaire, d'autant plus que le notaire, en tant que professionnel neutre et indépendant de la convention, pourrait être le mieux placé pour vérifier l'équilibre qui en résulte. Malgré ces tensions sur leur rôle à jouer<sup>221</sup>, les avocats et les notaires ont donc intérêt à coopérer pour le bien de leurs clients. La journaliste juridique Laurence Garnerie considérait déjà en 2019 que « *les relations entre les deux professions semblent désormais apaisées* »<sup>222</sup>. Cet apaisement a été renforcé par la charte commune rédigée à l'échelle nationale par le Conseil supérieur du notariat et le Conseil national des barreaux le 23 décembre 2020<sup>223</sup>. Par ailleurs, l'absence de contrôle de contenu et d'équilibre de la convention par le notaire a un impact sur la valeur du dépôt de l'acte.

## **B) L'ambiguïté de la valeur du dépôt de l'acte au rang des minutes du notaire**

134. Le dépôt de la convention au rang des minutes du notaire crée une confusion quant à la valeur juridique de l'acte. Il donne à la convention force exécutoire. Ainsi, en vertu de la circulaire de 2017, « *la force exécutoire conférée à la convention de divorce déposée au rang des minutes du notaire permet d'accorder à cette nouvelle forme de divorce extrajudiciaire une force identique à celle des divorces judiciaires* »<sup>224</sup>. Pour autant, la fiche n°6 de cette même circulaire précise que le dépôt ne confère pas la qualité d'acte authentique à la convention de divorce<sup>225</sup>.

Un dépôt authentifiant permet une reconnaissance d'écriture et de signature, puisqu'il nécessite que le notaire contrôle l'intégrité du consentement des parties par leur comparution, grâce à une réception de l'acte, et non un simple dépôt. Selon Stéphane David, le législateur a estimé qu'en matière de divorce extrajudiciaire, une superposition du contrôle du notaire à celui des avocats n'était pas nécessaire, puisque l'acte contresigné par avocats offre déjà la reconnaissance d'écriture et de signature. L'auteur affirme alors que le divorce

---

<sup>221</sup> v. C. Dellagnol, *Divorce sans juge : avocats et notaire amenés à collaborer*, Gaz. Pal. 2018, n°34, p.10 ; L. Garnerie, *Divorce sans juge : un succès malgré des difficultés*, Gaz. Pal. 2018, n°5, p.8

<sup>222</sup> L. Garnerie, *Le divorce par consentement mutuel satisfait les ex-époux*, Gaz. Pal. 2019, n°4, p.8

<sup>223</sup> J. de Pauw et M. Delplanque, *Une charte commune aux avocats et notaires pour le divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2021, p.118 ; *Charte commune Conseil supérieur du notariat – Conseil national des barreaux sur le divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2021, p.120

<sup>224</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., propos préliminaire, p.2

<sup>225</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 6, p.19

extrajudiciaire crée un dépôt *sui generis*<sup>226</sup>, divisant la force exécutoire de l'authentification, et l'*instrumentum* du *negotium*<sup>227</sup>. Ainsi, il explique que l'acte notarié qui constate le dépôt est un acte authentique, alors que l'acte déposé, donc la convention de divorce en elle-même, est dépourvue d'authenticité<sup>228</sup>. Dès lors, en l'absence d'authentification, la procédure de faux est applicable (article 1375 alinéa 2 du Code civil) et les parties peuvent contester le contenu de la convention<sup>229</sup>. Cela peut également poser des difficultés pour la reconnaissance et l'exécution de la convention à l'étranger<sup>230</sup>.

135. La situation périlleuse susmentionnée dans laquelle se trouve le notaire<sup>231</sup> se manifeste pleinement ici, puisque le notaire enregistre une convention en l'absence de contrôle des consentements, du contenu et de l'équilibre de la convention. Or, la question de sa responsabilité dans le cadre d'un tel dépôt n'a pas fait l'objet de réponse législative<sup>232</sup>. En quelque sorte, ce contrôle est déplacé au rang des avocats, ce qui affecte directement la fonction du notaire. En effet, ce rôle restreint du notaire et de son dépôt lui vaut une qualification de « *simple chambre d'enregistrement* »<sup>233</sup> et une comparaison à un greffier<sup>234</sup>. Selon l'auteur Mustapha Mekki, il s'agit d'un choix politique discret mais ayant vocation à réduire la fonction notariale à un rôle purement instrumental et utilitaire, ce qui établit un contraste injustifié entre la valorisation du travail de l'avocat et la dévalorisation de celui du notaire<sup>235</sup>. Néanmoins, le recours au notaire est indispensable dans le cadre du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, car il aboutit tout de même à la mise en œuvre effective du divorce et à son efficacité<sup>236</sup>.

136. Toutes ces confusions et incertitudes affectent la sécurité juridique de l'acte. L'idée d'un « *circuit court* » a été émise pour signer l'ensemble des actes, en présence des époux et des avocats, directement chez le notaire, afin que ce dernier puisse attester *a minima* de la réalité du consentement des époux<sup>237</sup>, ou

---

<sup>226</sup> S. David, *Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2017, p.31

<sup>227</sup> P.-L. Niel, *Divorce par consentement mutuel conventionnel déposé au rang des minutes d'un notaire : entre l'efficacité de l'instrumentum notarié et la validité du negotium sous seing privé contresigné par l'avocat*, LPA 2017, n°90, p.12

<sup>228</sup> *ibid.*

<sup>229</sup> C. Renault-Brahinsky, *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017, p.12

<sup>230</sup> *cf. supra* p.49, n°124 et s.

<sup>231</sup> *cf. supra* p.52, n°131

<sup>232</sup> M. Mekki, *Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ?*, JCP N 2016, n°19, p.5 ; S. David, *Le règlement du régime matrimonial dans le divorce sans juge*, AJ Fam. 2021, p.208

<sup>233</sup> *ibid.*

<sup>234</sup> C. Blanchard, *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé*, JCP N 2017, n°1, p.37, n°16

<sup>235</sup> M. Mekki, *Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier*, art. préc.

<sup>236</sup> C. Blanchard, *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé*, art. préc., n°10

<sup>237</sup> J. Casey et S. David, *Divorce sans juge : plaidoyer pour un circuit court*, AJ Fam. 2017, p.539

même que les époux soient encore vivants au moment du dépôt<sup>238</sup>. Dès lors, les frontières des contrôles relatifs à la convention de divorce touchent directement la situation des personnes vulnérables.

## **§2 – Le risque de pression sur les personnes vulnérables**

137. Les personnes considérées comme vulnérables sont souvent spécialement protégées en droit civil, pour conserver un équilibre entre les parties<sup>239</sup>. Les illustrations les plus marquantes sont celles du consommateur, du salarié et de l'assuré. La réforme du droit commun des contrats par l'ordonnance de 2016 va également dans ce sens, par exemple à travers l'obligation précontractuelle d'information (article 1112-1 du Code civil), l'encadrement de la fixation unilatérale du prix (article 1164) et les dispositions relatives au contrat d'adhésion (article 1171).

138. Pourtant, en l'espèce, ni le droit commun des contrats, ni le régime spécial du divorce extrajudiciaire, ne semblent lutter suffisamment contre les risques de pression sur les personnes vulnérables présentes dans le divorce conventionnel. Ces risques affectent d'abord les enfants, qui peuvent faire l'objet d'une instrumentalisation (A), puis les époux les plus faibles, qui peuvent se trouver dans une situation de dépendance (B).

### **A) Le danger d'instrumentalisation des enfants**

139. Malgré la présence des avocats, qui ont pour responsabilité de veiller à l'information des enfants par les parents, nombreux sont les juristes qui rappellent que le juge est le seul garant de l'ordre public. La contractualisation du divorce évince légèrement les enfants du processus de divorce. Dans un divorce judiciaire, même si celui-ci concerne essentiellement le couple, les enfants font partie entière de la procédure, et c'est la famille dans sa globalité qui est appréhendée. Le contrat, quant à lui, a pour objet les seules volontés des parties et ne laisse pas de place aux intérêts des tiers, que sont les enfants dans la convention de divorce. La seule application du droit commun des contrats au divorce par consentement mutuel aurait donc pu totalement exclure les enfants. C'est pourquoi le régime spécial de la convention de divorce prévoit des règles

---

<sup>238</sup> C. Brenner, *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP G 2017, n°9, p.342 ; M. Mekki, *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16, n°15

<sup>239</sup> v. Y. Strickler, *La protection de la partie faible en droit civil*, LPA 2004, p.6

particulières aux enfants, déjà évoquées<sup>240</sup>. Mais ces règles sont-elles suffisamment protectrices de leurs intérêts ?

140. Une première incertitude concerne la question du discernement de l'enfant, qui doit « *faire l'objet d'une appréciation personnelle de la part des parents, prenant en compte plusieurs critères, à savoir l'âge, la maturité et le degré de compréhension de leur enfant* »<sup>241</sup>. Cette solution place l'avenir de l'enfant entre les mains de ses parents. Seulement, sans âge objectif et précis fixé à l'avance, les parents peuvent tout à fait invoquer le fait que leur enfant manque de discernement pour échapper au risque de devoir avoir recours à une procédure judiciaire, sans compter également la possibilité de ne pas informer l'enfant sur son droit à être entendu. De plus, il est certain qu'un enfant, même capable de discernement, peut difficilement comprendre le processus du divorce et les enjeux que cela impliquera sur sa propre situation et sur ses droits. Il faut bien prendre en compte qu'avec le système actuel, c'est la décision de l'enfant qui peut entraîner le recours à une procédure judiciaire et non à un divorce extrajudiciaire, comme le voulaient les parents. Cela fait peser une lourde charge de responsabilité sur des enfants. Or, d'après l'avocat Philippe Buratti, les enfants ont un droit à l'irresponsabilité et à l'insouciance<sup>242</sup>.

Les abus des parents peuvent conduire à l'instrumentalisation des enfants, qui sont, au surplus, relativement influençables. Un époux pourrait au gré de ses envies convaincre l'enfant de ne pas demander l'audition pour que le divorce reste extrajudiciaire ou de demander l'audition pour passer à un divorce judiciaire, par exemple pour une économie de coût<sup>243</sup>, d'autant plus que l'enfant peut ensuite renoncer à son audition sans que cela ne remette en cause le caractère judiciaire de la procédure. L'article 1148-2 du Code de procédure civile émet la possibilité pour l'enfant de demander à être auditionné par le juge entre la conclusion de la convention de divorce et le dépôt de celle-ci, de sorte qu'un membre du couple pourrait aisément se servir de cette disposition pour revenir sur ses engagements de façon détournée<sup>244</sup>. Par ailleurs, Hugues Fulchiron met en exergue le fait que l'audition de l'enfant a un impact direct sur le règlement des conséquences personnelles et patrimoniales du divorce entre les époux,

---

<sup>240</sup> cf. *supra* p.33, n°83 et s.

<sup>241</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 préc., Fiche 4, p.15

<sup>242</sup> P. Buratti, *Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2017, p.30

<sup>243</sup> Du fait de la possibilité de la présence d'un seul avocat dans le divorce par consentement mutuel judiciaire (article 250 du Code civil).

<sup>244</sup> C. Lienhard, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle*, Recueil Dalloz 2017, p.307

quand ces deux éléments n'ont pas véritablement de rapport. Enfin, ce dispositif amène les enfants à s'immiscer dans la « *dislocation du couple conjugal* »<sup>245</sup>, alors que là n'est pas leur place.

141. Ces dangers de l'instrumentalisation de l'enfant dans le processus du divorce touchent à l'intérêt supérieur de l'enfant reconnu par l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Pour éviter que la simplification du divorce par consentement mutuel ne coûte un recul des droits des enfants, le représentant du Syndicat national des magistrats Force Ouvrière, Jean de Maillard, et la Défenseure des enfants, Geneviève Avenard, avaient recommandé que le dispositif ne soit ouvert qu'aux couples sans enfants<sup>246</sup>. Ce risque d'abus peut également se retrouver entre les époux.

### **B) Le risque de dépendance des parties faibles**

142. Malgré le rôle des deux avocats de protection des consentements des époux, il demeure un risque important pour les parties faibles dans le divorce contractualisé. Cela découle directement des limites des pouvoirs des avocats dans leur mission de contrôle de l'équilibre de la convention mentionnée plus tôt<sup>247</sup> lorsqu'ils n'ont pas connaissance de l'exactitude de la situation des époux. Même si le savoir et le savoir-faire des avocats est mis en évidence par l'auteur Claude Lienhard, il faut prendre en compte le risque « *d'arrangements de rupture injustes, déséquilibrés, contraires à l'intérêt d'un des époux, voire des deux* »<sup>248</sup>.

143. Le contentieux inhérent au divorce déjà mentionné<sup>249</sup> est incompatible avec « *un contrat lambda entre deux personnes conscientes de leurs droits et responsables* »<sup>250</sup>. Il est rare en pratique que les époux soient totalement en accord sur le principe et sur tous les effets du divorce pourtant stipulés dans la convention, d'autant plus que la sphère familiale cache souvent des formes de

---

<sup>245</sup> P. Buratti, *Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel*, art. préc.

<sup>246</sup> Y. Détraigne, Rapport n°839 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 21 septembre 2016

<sup>247</sup> cf. *supra* p.52, n°132

<sup>248</sup> C. Lienhard, *Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel*, AJ Fam. 2017, p.40

<sup>249</sup> cf. *supra* p.22, n°50

<sup>250</sup> J. Gautier, *Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, LPA 2016, n°232, p.7

pression et des non-dits. Les rapports sont rarement équilibrés en matière de divorce, et il peut être difficile pour les époux de comprendre et défendre leurs intérêts dans une période souvent traumatisante de leur vie. L'avocat Joël Gautier évoque ainsi l'ignorance de « *la dimension humaine et psychologique du processus de séparation* » par le législateur<sup>251</sup>.

L'avocat Christian Charrière-Bournazel affirme que le divorce crée nécessairement un rapport de force entre les époux<sup>252</sup>. Plusieurs hypothèses peuvent entraîner des situations d'inégalité. Il existe de nombreux cas où le divorce est initié ou même imposé par un époux prêt à tout pour divorcer rapidement et simplement. Le professeur Hugues Fulchiron évoque aussi l'hypothèse d'un époux qui ne serait pas sain d'esprit, sans être placé sous un régime de protection<sup>253</sup>. L'auteur ajoute des exemples de cas dans lesquels un époux pourrait cacher des biens, des revenus, des dettes, ou convaincre l'autre d'abandonner ses droits<sup>254</sup>. De plus, la députée Catherine Coutelle avait mis en évidence lors des débats parlementaires le risque que pourrait avoir le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire dans un couple où il y a des violences conjugales<sup>255</sup>. Le garde des Sceaux avait alors rétorqué qu'interdire le divorce par consentement mutuel en cas de violences reviendrait à contraindre la victime des violences à subir un divorce contentieux plus long et plus contraignant. Toutefois, un divorce judiciaire serait certainement plus protecteur du membre du couple vulnérable et sous influence, pour qui il est souvent difficile de faire valoir ses droits. Ces personnes plus faibles pourraient céder aux souhaits de l'autre « *par lassitude, par facilité ou pour gagner du temps* »<sup>256</sup>.

144. La question qui se pose est celle de savoir si les avocats seront capables d'œuvrer pour la protection des personnes en appréhendant précisément la situation de leur client et en agissant en conséquence dans l'intérêt de ce dernier. Le problème réside toutefois dans le fait que les avocats sont par définition

---

<sup>251</sup> J. Gautier, *Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, LPA 2016, n°232, p.7

<sup>252</sup> C. Charrière-Bournazel, *Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort*, Gaz. Pal. 2007, n°354, p.2

<sup>253</sup> H. Fulchiron, « *L'après-divorce sans juge* » : remise en cause et modification de la convention passée par les époux, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°11

<sup>254</sup> H. Fulchiron, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365

<sup>255</sup> C. Coutelle dans Débats parlementaires (procédure accélérée), Assemblée nationale (1<sup>ère</sup> lecture), session ordinaire 2015-2016, compte rendu intégral deuxième séance du 19 mai 2016

<sup>256</sup> P. Gosselin dans J.-M. Clément et J.-Y. Le Bouillonnet, Rapport n°3904 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n°3872), modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 30 juin 2016

partiaux, puisqu'il s'agit de leur mission même, et peuvent donc difficilement assurer une quelconque impartialité<sup>257</sup>. Pour cela, les auteurs ont tendance à considérer que même si les professionnels de droit engagent leur responsabilité en cas de manquement, leur présence ne permet pas de purger la convention de ses vices<sup>258</sup>. Ainsi, même si la remise en cause de la convention de divorce demeure problématique, c'est à cause de ce risque de pression et d'inégalité qu'elle est nécessaire pour protéger les parties les plus faibles.

145. En outre, ce risque doit être relativisé, car il constituait déjà un enjeu lorsque le divorce par consentement mutuel était judiciaire, puisque le juge n'avait très souvent pas suffisamment de temps à consacrer à un contrôle effectif de la protection des intérêts des parties. On pourrait même estimer que l'intervention de deux avocats, qui se situent au plus proche de leur client dans tout le processus du divorce, est plus protectrice que celle du juge, compte tenu du temps dont il dispose. Néanmoins, il faut également prendre en compte que le contrôle même formel et symbolique du juge<sup>259</sup> permet d'assurer le respect du droit et de l'équité grâce à une certaine autolimitation des époux<sup>260</sup>. Il découle de cette éviction du juge du divorce par consentement mutuel une remise en cause de la conception du mariage en général.

## **Section 2 – La rupture de la contractualisation du divorce avec le caractère institutionnel du mariage**

146. Contrairement au mariage et au divorce, le contrat « *est instrument de liberté entre des personnes privées, et non de contrainte mise en œuvre par des personnes publiques* »<sup>261</sup>. En alliant les deux, la contractualisation du divorce a remis en cause cette distinction classique. En effet, elle a entraîné une ambiguïté de conception du mariage et du divorce, qui se situent entre des institutions et de simples contrats (§1) ; et cela a des conséquences sur l'ingérence, ou la non-ingérence, de l'État dans les rapports familiaux (§2).

---

<sup>257</sup> X. Breton dans Débats parlementaires (procédure accélérée), Assemblée nationale (1<sup>ère</sup> lecture), session ordinaire 2015-2016, compte rendu intégral deuxième séance du 19 mai 2016

<sup>258</sup> H. Fulchiron, « *L'après-divorce sans juge* » : remise en cause et modification de la convention passée par les époux, art. préc., n°5 et 6

<sup>259</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.309

<sup>260</sup> H. Fulchiron, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365

<sup>261</sup> R. Encinas de Munagorri, *Kelsen et la théorie générale du contrat*, Actualité de Kelsen en France (sous la direction de C.-M. Herrera), LGDJ, 2001, p.109

## §1 – Le mariage et le divorce entre institutions et simples contrats

147. En devenant un véritable contrat, le divorce se détache de l'ordre public familial et de l'idée d'institution (A), ce qui pose la question du parallélisme des formes en matière de mariage et de divorce (B).

### A) La rupture du divorce conventionnel avec l'ordre public familial

148. En raison de sa fonction sociale, le droit de la famille est un cadre juridique important et protecteur grâce à son ordre public, qui implique que l'État « se réserve l'exclusivité de la production normative en droit de la famille, au détriment de l'expression des volontés particulières » et « au nom des principes fondamentaux du moment »<sup>262</sup>. L'ordre public matrimonial concerne notamment le régime primaire impératif, c'est-à-dire l'ensemble des règles s'appliquant à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial.

Or, l'ordre public s'oppose au contrat en ce qu'il impose des règles auxquelles les justiciables ne peuvent déroger par un accord, et seul le juge en est le garant. Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire rompt dès lors avec l'ordre public familial. Cela avait été relevé avant même l'adoption de la loi du 18 novembre 2016, notamment par les députés requérants de la demande de contrôle *a priori* de constitutionnalité de la loi. Ceux-ci faisaient valoir qu' « en autorisant le divorce conventionnel, sans intervention du juge, les dispositions contestées portent atteinte au « caractère d'ordre public du droit de la famille » »<sup>263</sup>, qui découlerait du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946<sup>264</sup>.

149. La rupture du nouveau divorce avec l'ordre public familial peut constituer un problème pour certains, mais est justifié par d'autres par l'évolution de la société, qui s'éloigne du statut, de l'impérativité et de la contrainte, caractéristiques de l'ordre public prohibitif de direction classique. En effet, ces derniers ne permettent désormais plus de satisfaire l'objectif d'ordre social, mieux poursuivi par la prévalence des volontés personnelles et libertés individuelles sur l'institution et la collectivité<sup>265</sup>. Philippe Malaurie et Laurent Aynès affirment ainsi que le nouvel ordre public consiste en une « mise en balance globale des droits et intérêts en présence », afin de définir de nouveaux équilibres pour concilier l'intérêt des individus et ceux de la collectivité à travers sécurité et prévisibilité,

---

<sup>262</sup> C. Masson, *L'ordre public familial en péril ?*, RTD Civ. 2018, p.809, n°1

<sup>263</sup> Décision n°2016-739 DC du 17 novembre 2016, §46

<sup>264</sup> « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* »

<sup>265</sup> cf. *supra* p.17, n°37 et s.

mais plus sous la forme d'ordres et d'interdits<sup>266</sup>. Il s'agit d'un ordre public matrimonial renouvelé<sup>267</sup>, moderne et de protection des intérêts individuels composant la famille<sup>268</sup>.

150. Cette rupture n'est pas totale et doit être relativisée. En effet, le droit commun des contrats impose aux parties le respect de l'ordre public dans la rédaction de leur convention, comprenant évidemment l'ordre public familial en matière de divorce. Le régime spécial de la convention de divorce, en imposant des règles formelles, procédurales et de fond, protectrices des parties et des enfants, y participe aussi. Il s'agit donc de trouver un équilibre entre liberté contractuelle et ordre public familial<sup>269</sup>, ce qui met également en jeu la question de la place du divorce conventionnel vis-à-vis de l'institution du mariage.

### **B) La question du parallélisme des formes**

151. Certes, au regard de la loi, le mariage n'est qu'un contrat civil<sup>270</sup>. Certaines conditions auxquelles le mariage est soumis sont analogues à celles du contrat, notamment en ce qui concerne le consentement des parties<sup>271</sup>. Plus précisément, l'importance des règles de forme applicables au mariage pourrait faire de celui-ci un simple contrat solennel.

Pourtant, dans les mariages civils, ce n'est pas tant le contrat de mariage qui fait le mariage, mais plutôt la cérémonie devant l'officier d'état civil en présence des époux et des témoins et la signature de l'acte de mariage. En effet, la liberté des régimes matrimoniaux posée à l'article 1387 du Code civil n'impose pas aux époux de contracter, puisqu'en l'absence de contrat de mariage, il y a l'application d'un régime matrimonial légal de la communauté réduite aux acquêts. De plus, le mariage ne crée pas seulement des obligations à la charge des parties, mais il officialise l'union de deux personnes, reconnue par la société. Dès lors, plus qu'un simple contrat entre créancier et débiteur, le mariage est souvent qualifié d'institution<sup>272</sup>, en raison de son caractère symbolique, de sa

---

<sup>266</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.40

<sup>267</sup> F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008

<sup>268</sup> C. Masson, *L'ordre public familial en péril ?*, art. préc., n°21

<sup>269</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1

<sup>270</sup> H. Lécuyer, *La contractualisation de la famille* [actes du colloque, Université Paris-Sud, 3-4 février 2000], sous la direction de D. Laszlo-Fenouillet et P. de Vareilles Sommières, *Économica*, 2001, p.57

<sup>271</sup> Rapprocher les articles 146 et 1128 du Code civil

<sup>272</sup> M.-T. Meulders-Klein, *Le démariage consensuel*, RTD Civ. 1995, p.559

dimension publique<sup>273</sup> et de sa fonction sociale. En tant qu'acte juridique *sui generis*<sup>274</sup>, le mariage établit donc un équilibre entre institution et contrat.

152. Le parallélisme des formes apporte une certaine logique de symétrie, et implique de ne pouvoir défaire ce qui a été fait que par les mêmes exigences formelles. D'une part, il est possible de considérer que le parallélisme des formes n'a pas nécessairement sa place dans deux actes par nature si différents que sont le mariage et le divorce. En effet, Alain Bénabent souligne le fait que le mariage implique le plein accord des époux, tandis que le divorce est par nature destructeur<sup>275</sup>. Ainsi, il n'y a pas lors du mariage de contrôle judiciaire similaire à celui ayant lieu dans les divorces judiciaires<sup>276</sup>. D'autre part, selon un autre point de vue, la présence du juge lors du divorce peut correspondre à celle de la société civile lors du mariage, incarnée par l'officier d'état civil et par les témoins.

D'autre part, même si la convention de divorce n'est elle-même pas une simple convention, mais un contrat *sui generis*, la contractualisation du divorce aurait réduit le mariage à la qualification de simple contrat, par parallélisme des formes. Habituellement, la présence du juge justifie de mettre un terme à l'institution du mariage par le divorce. C'est pourquoi, l'absence du juge dans le divorce par consentement mutuel mène à une « *désinstitutionalisation* » du mariage, rapprochant celui-ci des couples pacsés et en concubinage<sup>277</sup>. En effet, la facilité avec laquelle les époux peuvent aujourd'hui mettre fin au mariage par convention de divorce remet en cause la nature institutionnelle du mariage au profit d'une nature seulement contractuelle. L'approfondissement de ces développements amène à se demander quel est le rôle de l'État dans les rapports familiaux.

## §2 – L'ingérence de l'État dans les rapports familiaux

153. Les contraintes imposées par l'État ont toujours été très présentes en matière familiale, mais se voient bousculées par le renforcement de l'idée de privatisation de la famille (A) déclenchée par la contractualisation du divorce. Il

---

<sup>273</sup> C. Brenner, *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP N 2017, n°9, p.342

<sup>274</sup> A. De Vita, *La contractualisation de la famille* [actes du colloque, Université Paris-Sud, 3-4 février 2000] sous la direction de D. Laszlo-Fenouillet et P. de Vareilles Sommières, Economica, 2001, p.266

<sup>275</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.200

<sup>276</sup> F. Dekeuwer-Défossez, *La contractualisation de la famille* [actes du colloque, Université Paris-Sud, 3-4 février 2000] sous la direction de D. Laszlo-Fenouillet et P. de Vareilles Sommières, Economica, 2001, p.67

<sup>277</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.306

faut néanmoins se demander si cette contractualisation ne serait pas un nouveau moyen de contrôle social (B).

### **A) Le renforcement de l'idée de privatisation de la famille**

154. La famille peut apparaître d'emblée comme une sphère privée, qui ne concerne que ses membres et n'intéresse par l'État, mais en réalité l'État s'immisce largement dans les rapports familiaux pour certaines matières. Dans le couple marié, l'État intervient seulement en cas de « *difficultés extrêmes caractérisant l'existence d'une crise* »<sup>278</sup>. C'est pourquoi en cas d'entente et d'accord, la famille reste privée et fait partie d'un « *domaine de non-droit* », influencé par les mœurs et les codes sociaux. C'est cette idée qu'avait exprimé Jean Carbonnier dans la formule « *À chacun sa famille, à chacun son droit* »<sup>279</sup>.

155. Puisque la règle de droit peine à régler les conflits familiaux en raison de leur complexité, c'est le juge qui est le plus à même d'effectuer une appréciation casuistique de ces litiges. S'agissant du divorce, l'intervention étatique était indiscutable avant 2016 et le nouveau divorce extrajudiciaire, car le juge était systématiquement présent lors du divorce. Celui-ci constitue de façon évidente une situation de crise, de sorte que les rapports familiaux devenaient une affaire publique. Aujourd'hui, la vie familiale est de plus en plus conçue comme un domaine réservé et privé, et les individus accordent à l'autorité publique le seul rôle d'arbitre des litiges. Or, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, il n'y a pas par définition de conflit, mais au contraire un accord presque total, de telle façon que l'État ne serait pas légitime à intervenir. Il faut bien préciser que le notaire, dans son rôle de dépôt de la convention de divorce, n'est pas véritablement représentant de la société<sup>280</sup>, puisqu'il ne fait que constater le divorce et que son contrôle est très restreint<sup>281</sup>.

C'est en cela qu'on assiste à une privatisation de la famille<sup>282</sup>. La contractualisation du divorce, et plus largement du droit de la famille, participe significativement à ce processus moderne, qui laisse de moins en moins de place à la puissance publique. Le divorce est ainsi soumis au pouvoir des époux. Cela est profondément lié à la primauté des volontés individuelles, des libertés et des droits, déjà évoquée à plusieurs reprises. D'ailleurs, cela fait écho à une

---

<sup>278</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, op. cit., p.25

<sup>279</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Défrénois, 1995, p.181 ; cf. *supra* p.1, n°1

<sup>280</sup> H. Fulchiron, « *L'après-divorce sans juge* » : *remise en cause et modification de la convention passée par les époux*, Dr. Fam. 2016, n°7-8, p.1, n°1

<sup>281</sup> cf. *supra* p.52, n°131

<sup>282</sup> H. Fulchiron, *Les métamorphoses des cas de divorce*, Defrénois 2004, n°17, p.1103

interprétation évolutive du droit au respect de la vie privée et familiale reconnu à l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ce mouvement de privatisation est analysé par Joël Gautier comme un moyen social de « *s'auto-organiser, de travailler par le contrat* », pour éviter un « *recours systématique au juge* »<sup>283</sup>. Malgré cette privatisation progressive de la famille, l'État est-il pour autant totalement évincé de l'encadrement des rapports familiaux ?

## **B) Le contrat comme nouveau mode de contrôle social**

156. En dépit de l'absence de contrôle judiciaire, il serait curieux qu'aucune forme de contrôle social n'appartienne plus à l'État pour jouer un rôle au sein de la famille. Tel que l'a exprimé le professeur Hugues Fulchiron, « *l'absence du juge ne signifie nullement qu'une plus grande liberté soit laissée aux époux* »<sup>284</sup>. Même si le contrat se caractérise par une grande liberté, opposée à l'intervention de l'autorité publique, il n'empêche pas l'État de s'en servir comme instrument de régulation sociale. « *La société dispose d'un mode de gestion souple et consensuel des différentes formes de vie en famille* »<sup>285</sup>, grâce aux règles du droit commun des contrats.

157. On peut y voir un juste équilibre entre la nécessité de prise en compte de l'autonomie individuelle et des libertés et celle d'assurer aux époux, et plus largement aux membres de la famille, un minimum de protection, de prévisibilité et de sécurité. Il faut également garder à l'esprit que la convention de divorce en particulier n'est pas non plus marquée par une liberté absolue, mais demeure soumise à des règles formelles et procédurales importantes, ainsi qu'aux exigences de fond notamment relatives aux effets que les époux peuvent donner au divorce. D'ailleurs, alors que la réforme du divorce a exclu le rôle du juge du processus de divorce d'accord, qui est devenu un contrat, certaines dispositions issues de la réforme du droit des contrats ont accru son immixtion dans le contrat, par exemple en cas d'imprévision<sup>286</sup> et en termes de standards, comme « bonne foi », « raisonnable », « manifestement excessif », « déséquilibre significatif » et « disproportion manifeste »<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup> J. Gautier, *Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, LPA 2016, n°232, p.7

<sup>284</sup> H. Fulchiron, *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365

<sup>285</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.40

<sup>286</sup> cf. *supra* p.43, n°109

<sup>287</sup> D. Mazeaud, *La place du juge en droit des contrats*, Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, RDC 2016, n°2, p.355, n°19

## Conclusion

158. Pour finir, l'avocat Alain Bénabent considère que l'application du droit des contrats au nouveau divorce par consentement mutuel semble « *plus paisible que conflictuelle* »<sup>288</sup>, et que les difficultés rencontrées sont limitées et constituent le prix inévitable pour profiter de l'assouplissement opéré par la réforme. Force est de constater que de très nombreux auteurs remettent tout de même en cause l'établissement de ce nouveau type de divorce. Ces différences de point de vue peuvent notamment dépendre du vécu de chacun, des époques et des générations. Ainsi, un très grand nombre d'articles discutent de la pertinence du divorce extrajudiciaire français, et plus particulièrement des modalités choisies pour l'encadrer. Ces textes traduisent le débat théorique qui s'est installé et qui porte sur l'évolution de la conception des différentes fonctions juridiques et institutions concernées, mais aussi sur les questions techniques.

159. Néanmoins, la théorie et la pratique contrastent. Il est indéniable qu'en pratique et dans l'immédiat, la majorité des avocats, des notaires et des époux prennent leur rôle à cœur, de telle façon que le divorce par convention se déroule généralement sans obstacle. Ainsi, ses avantages profitent à tous sans que les inconvénients mentionnés par la doctrine, qui concernent parfois des situations éventuelles très précises, ne posent de réel problème. C'est pourquoi, 84% des personnes ayant divorcé sans juge de 2017 à 2019 ont été satisfaits de la manière dont leur divorce s'est déroulé<sup>289</sup>. D'ailleurs, outre les questions relatives à l'autorité parentale et à la pension alimentaire, les dissolutions des pactes civils de solidarité « *n'ont pratiquement pas suscité de contentieux* »<sup>290</sup>, donc il est possible d'espérer un phénomène similaire pour le divorce sans juge.

Toutefois, de façon évidente, ce travail de recherche juridique est indispensable dans un objectif d'analyse politique et technique concernant la viabilité et l'efficacité du mécanisme à long terme. D'autant plus que, même dans la pratique, certains usages sont à condamner. En effet, en plus des nombreux dangers déjà mentionnés, il existe un risque important de dérives concernant des divorces en ligne dits « *low cost* »<sup>291</sup>, qui sont peu coûteux et plus rapides<sup>292</sup>,

---

<sup>288</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.213

<sup>289</sup> L. Garnerie, *Le divorce par consentement mutuel satisfait les ex-époux*, Gaz. Pal. 2019, n°4, p.8

<sup>290</sup> P. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, p.316

<sup>291</sup> C. Lienhard, *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle*, Recueil Dalloz 2017, p.307

<sup>292</sup> S. David et P.-J. Claux, *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022-2023, p.266, n°141.142

mais qui sont loin de respecter les exigences de qualité des conseils et des informations auxquelles sont soumis les avocats, et sont donc dénoncées par la plupart des avocats spécialisés en droit de la famille<sup>293</sup>.

160. Les propositions de la doctrine sur le sujet pour rendre le processus de divorce conventionnel plus satisfaisant au regard des nombreux enjeux ont foisonné. La majorité des auteurs, de même que certains députés lors des débats parlementaires<sup>294</sup>, ont préconisé l'ouverture du divorce sans juge seulement dans des cas simples, c'est-à-dire en cas d'absence d'enfants mineurs et en cas de situations patrimoniales simples<sup>295</sup>, sans biens immobiliers. Cette solution serait cependant contraire au principe d'égalité, selon le rapport de Françoise Dekeuwer-Défossez<sup>296</sup>. Hugues Fulchiron aurait quant à lui préféré que seule la convention relative à l'autorité parentale reste soumise à l'homologation judiciaire<sup>297</sup>. Le groupe de travail présidé par Pierre Delmas-Goyon au sujet de l'office du juge avait envisagé que le divorce par consentement mutuel soit prononcé par un greffier doté de prérogatives juridictionnelles<sup>298</sup>. Cette idée a été approuvée notamment par l'avocat Joël Gautier<sup>299</sup>, qui a proposé autrement de conférer des pouvoirs juridictionnels au notaire. Au contraire, d'autres auteurs souhaiteraient approfondir la déjudiciarisation et avoir systématiquement recours à la médiation en cas de divorce<sup>300</sup>.

Finalement, en l'absence de davantage de précisions législatives ou jurisprudentielles, la meilleure solution pour prévenir quelques-uns de ces risques semble être la mise en place d'aménagements conventionnels<sup>301</sup>, afin d'employer le droit commun des contrats à la cause d'une convention de divorce plus protectrice des justiciables.

---

<sup>293</sup> B. Weiss-Gout, S. Travade-Lannoy, C. Lienhard et S. David, *Le divorce par consentement mutuel*, Gaz. Pal. 2017, n° hors-série 2, p. 23 ; S. Thouret, *Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge – Présentation et questionnement*, AJ Fam. 2016, p.568

<sup>294</sup> P. Hetzel dans Débats parlementaires (procédure accélérée), Assemblée nationale (1ère lecture), session ordinaire 2015-2016, compte rendu intégral deuxième séance du 19 mai 2016)

<sup>295</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, op. cit., p.200

<sup>296</sup> F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, septembre 1999, p.120

<sup>297</sup> H. Fulchiron, *L'enfant dans le divorce sans juge*, Dr. fam. 2016. n°7-8, p.1, n°3

<sup>298</sup> P. Delmas-Goyon, *Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à la garde des Sceaux, décembre 2013, p.107 (proposition n°49)

<sup>299</sup> J. Gautier, *Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, LPA 2016, n°232, p.7

<sup>300</sup> P. Auffer, F. Housty et E. Schellino, *La médiation par consentement mutuel et le divorce privé*, AJ Fam. 2017, p.49

<sup>301</sup> V. Poure, *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3, p.1, n°10

## Annexes

### Annexe 1 : Tableau statistique représentant les divorces et séparations de corps en justice entre 2015 et 2019<sup>302</sup>

1. Demandes de rupture d'union en justice selon leur nature						unité : affaire
	2015	2016	2017	2018	2019	
<b>Total</b>	<b>162 092</b>	<b>173 079</b>	<b>99 235</b>	<b>95 232</b>	<b>90 930</b>	
<b>Demandes de divorce</b>	<b>159 797</b>	<b>170 895</b>	<b>97 629</b>	<b>93 818</b>	<b>89 647</b>	
Divorce par consentement mutuel <sup>(1)</sup>	71 807	85 862	2 428	299	191	
Divorce contentieux	87 439	84 518	94 854	93 140	89 079	
Conversion de la séparation de corps en divorce	551	515	347	379	377	
<b>Demandes de séparation de corps</b>	<b>2 295</b>	<b>2 184</b>	<b>1 606</b>	<b>1 414</b>	<b>1 283</b>	
Séparation de corps par consentement mutuel	635	683	250	160	86	
Séparation de corps en contentieux	1 660	1 501	1 356	1 254	1 197	

<sup>(1)</sup> Sont comptabilisés ici seulement les divorces par consentement mutuel prononcés par le JAF (cf. Définitions et méthodes)

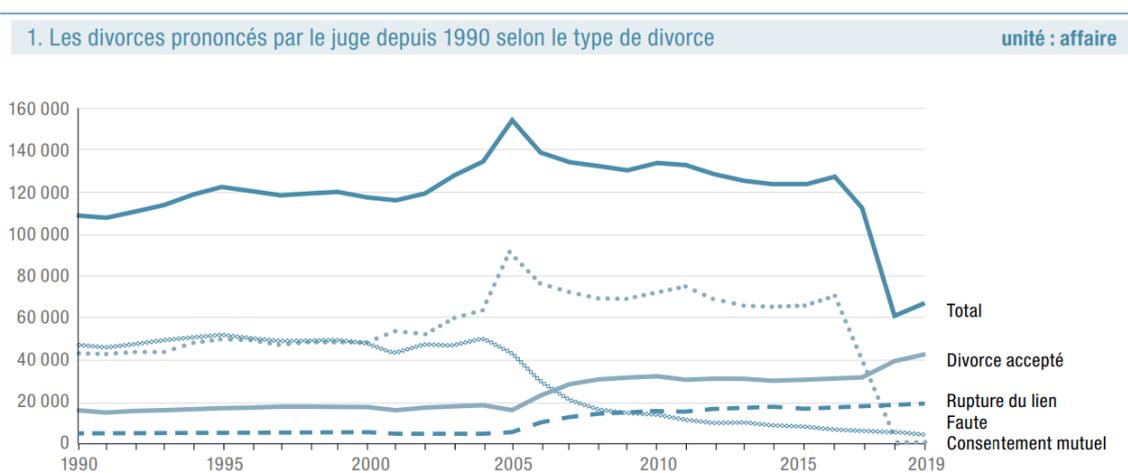
2. Décisions de justice relatives aux ruptures d'union						unité : affaire
	2015	2016	2017	2018	2019	
<b>Décisions de ruptures d'union</b>	<b>124 645</b>	<b>129 048</b>	<b>91 435</b>	<b>62 954</b>	<b>66 672</b>	
Divorce par consentement mutuel	67 875	71 933	33 457	283	94	
Divorce accepté	29 656	29 854	30 404	36 374	40 051	
Divorce par altération définitive du lien conjugal	16 288	17 010	17 790	17 637	18 432	
Divorce pour faute	8 504	8 036	7 665	6 989	6 669	
Divorce direct indéterminé	779	731	935	748	591	
Conversion séparation de corps en divorce	566	479	362	290	279	
Séparation de corps	977	1 005	822	633	556	
<b>Autres décisions</b>	<b>29 580</b>	<b>30 327</b>	<b>25 991</b>	<b>23 681</b>	<b>23 526</b>	
Rejet	1 617	1 531	1 582	1 351	1 405	
Radiation	5 195	4 946	4 501	3 780	3 365	
Désistement des parties	9 082	9 312	8 605	7 959	7 997	
Caducité de la demande	4 624	4 727	5 119	5 079	5 441	
Autres décisions	9 062	9 811	6 184	5 512	5 318	

3. Délai moyen des procédures de rupture d'union prononcées par un juge						unité : mois
	2015	2016	2017	2018	2019	
<b>Divorce direct</b>	<b>13,5</b>	<b>13,7</b>	<b>18,7</b>	<b>25,8</b>	<b>26,1</b>	
Consentement mutuel	3,5	3,6	4,4	10,3	14,3	
Accepté	22,7	23,4	23,8	22,2	22,5	
Altération définitive du lien conjugal	30,0	31,0	31,7	31,4	32,1	
Faute	28,9	29,8	30,5	30,9	31,5	
Indéterminé	25,9	27,1	24,6	26,3	24,7	
<b>Conversion séparation de corps en divorce</b>	<b>9,9</b>	<b>9,2</b>	<b>10,1</b>	<b>10,4</b>	<b>10,8</b>	
<b>Séparation de corps</b>	<b>16,3</b>	<b>17,6</b>	<b>19,6</b>	<b>23,5</b>	<b>26,0</b>	

<sup>302</sup> Ministère de la Justice, Références statistiques de la justice, 2019, p.15, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Referencs\\_stastiques\\_justice\\_complet-2020-WEB-v3.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Referencs_stastiques_justice_complet-2020-WEB-v3.pdf)

## Annexe 2 : Tableau statistique représentant les divorces prononcés par le juge entre 1990 et 2019<sup>303</sup>



<sup>303</sup> Ministère de la Justice, Références statistiques de la justice, 2019, p.17, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Referenes\\_stastiques\\_justice\\_complet-2020-WEB-v3.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Referenes_stastiques_justice_complet-2020-WEB-v3.pdf)

## Bibliographie

### • Ouvrages généraux

BÉNABENT (Alain), *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020

BRUSORIO AILLAUD (Marjorie), *Droit des personnes et de la famille*, 12<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2022

COHET (Frédérique), *Le contrat*, Presses universitaires de Grenoble, 2020

ÉGÉA (Vincent), *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2022

FABRE-MAGNAN (Muriel), *Le droit des contrats*, Presses Universitaires de France, 2018

FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Éric), *Les obligations*, vol. 1 *L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, 15<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012

GARRIGUE (Jean), *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018

MALAURIE (Philippe) et AYNÈS (Laurent), *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020

MALAURIE (Philippe) et FULCHIRON (Hugues), *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020

MARIE (Catherine) et CATHELINEAU-ROULAUD (Anne), *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Bréal, 2021

MURAT (Pierre), *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020-2021

Dictionnaire Larousse, « Définition de mutuel, mutuelle », <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/mutuel/53467>

GUINCHARD (Serge) et DEBARD (Thierry), *Lexique des termes juridiques*, 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014

GUINCHARD (Serge) et DEBARD (Thierry), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017-2018

### • Ouvrages spéciaux

BARTEHELET (Barthélémy), BOISARD-PETRISSANS (Julie), BOULENOUAR AZZEMOU (Malika) et al., *Guide du divorce*, Lexis Nexis, 2019-2020

CARBONNIER (Jean), *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Défrénois, 1995

Conseil national des barreaux (groupe de travail Famille), *Divorce par consentement mutuel par acte d'avocats – Mode d'emploi*, 1<sup>e</sup> éd., 2017

Conseil national des barreaux, *Fiche d'information technique – Le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats*, Actualisation 29 décembre 2016

DAVID (Stéphane) et CLAUD (Pierre-Jean), *Droit et pratique du divorce*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz référence, 2022/2023

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Françoise), *La contractualisation de la famille* [actes du colloque, Université Paris-Sud, 3-4 février 2000] sous la direction de D. Laszlo-Fenouillet et P. de Vareilles Sommières, *Économica*, 2001, p.67

DEMOGUE (René), *Les notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911

DE VITA (Anna), *La contractualisation de la famille* [actes du colloque, Université Paris-Sud, 3-4 février 2000] sous la direction de D. Laszlo-Fenouillet et P. de Vareilles Sommières, *Économica*, 2001, p.266

*Divorce par consentement mutuel conventionnel : DIP*, AJ Fam. 2019, p.6

DUDIT (Carine), *La contractualisation du droit de la famille*, thèse Université de Nantes, 2009

ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafael), *Kelsen et la théorie générale du contrat*, Actualité de Kelsen en France (sous la direction de C.-M. Herrera), LGDJ, 2001

LECUYER (Hervé), *La contractualisation de la famille* [actes du colloque, Université Paris-Sud, 3-4 février 2000], sous la direction de D. Laszlo-Fenouillet et P. de Vareilles Sommières, *Économica*, 2001, p.57

NIBOYET (Frédérique), *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008

RENAULT-BRAHINSKY (Corinne), *Le nouveau divorce sans juge – Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Gualino Eds, 2017

#### • **Articles et chroniques**

AMRANI-MEKKI (Soraya), *La déjudiciarisation*, Gaz. Pal. 2008, n°157, p.2

ANGER (Camille), *Le règlement Bruxelles II ter au secours du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé*, Gaz. Pal. 2019, n°33, p.53

AUFIÈRE (Pierrette), HOUSTY (Françoise) et SCHELLINO (Elisabeth), *La médiation par consentement mutuel et le divorce privé*, AJ Fam. 2017, p.49

BAMDÉ (Aurélien), *La convention de divorce par acte d'avocat : conditions, effets et révision*, 20 mai 2018, Le Droit dans tous ses états, <https://aurelienbamde.com/2018/05/20/la-convention-de-divorce-par-acte-davocat-conditions-effets-et-revision/>

BAMDÉ (Aurélien), *La notion de contrat*, 1<sup>er</sup> septembre 2016, Le Droit dans tous ses états, <https://aurelienbamde.com/2016/09/01/la-notion-de-contrat/>

BEIGNIER (Bernard) et PUYO (Yann), *Droit civil : La famille – La rupture du mariage (divorce et séparation de corps)*, Université Numérique Juridique Francophone, 2014

[https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/56/Cours/04\\_item/index10.htm](https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/56/Cours/04_item/index10.htm)

BINET (Jean-René), *Divorce par consentement mutuel – Divorce sans juge : après la loi, un décret et un arrêté*, Dr. Fam. 2017

BLANCHARD (Christophe), *La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé*, JCP N 2017, n°1, p.37

BOICHÉ (Alexandre), *Divorce par consentement mutuel et droit international privé*, Interview d'Alexandre Boiché, AJ Fam. 2018, p.145

BOICHÉ (Alexandre), *Divorce privé et droit européen de la famille – Décision rendue par Cour de justice de l'Union européenne*, AJ Fam. 2018, p.119

BOICHÉ (Alexandre), *Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen – La France, nouveau Las Vegas du divorce ?*, AJ Fam. 2017, p.57

BOICHÉ (Alexandre), *Rédaction de la convention de divorce dans un contexte international*, AJ Fam. 2020, p.634

BONNET (Gilles), *Divorce sans juge – Le point de vue du notaire*, Dr. Fam. 2016, n°7-8

BONNET (Vincent) et GOUTTENOIRE (Adeline), *Divorce : procédure*, Répertoire de procédure civile, Encyclopédie juridique Dalloz, 2017 (actualisation 2022)

BRAUDO (Serge), « Définition de Divorce / séparation de corps », Dictionnaire juridique de Serge Braudo, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/divorce-separation-de-corps.php>

BRAUDO (Serge), « Définition de Extrajudiciaire », Dictionnaire juridique de Serge Braudo, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/extrajudiciaire.php>

BRENNER (Claude), *Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ?*, JCP G 2017, n°9, p.342

BURATTI (Philippe), *Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2017, p.30

BUTRUILLE-CARDEW (Charlotte), *Les atouts du processus collaboratif dans le nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2018, p.152

CADIOU (Muriel), *Une passerelle à l'endroit... une passerelle à l'envers*, AJ Fam. 2017, p.45

CARBONNIER (Jean), *L'hypothèse du non-droit*, Archives de philosophie du droit, 1963, repris dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001

CASEY (Jérôme), *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une réforme en clair-obscur*, AJ Fam. 2017, p.14

CASEY (Jérôme) et DAVID (Stéphane), *Divorce sans juge : plaider pour un circuit court*, AJ Fam. 2017, p.539

CATHELINEAU-ROULAUD (Anne), *Le nouveau divorce sans juge*, LPA 2017, n°250, p.10

CHARRIÈRE-BOURNAZEL (Christian), *Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort*, Gaz. Pal. 2007, n°354, p.2

*Charte commune Conseil supérieur du notariat – Conseil national des barreaux sur le divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2021, p.120

CHÉNEDÉ (François), *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, AJ Fam. 2017, p.26

CHÉNEDÉ (François), *Le divorce sans juge : « contrat à terme » et « rétractation »*, AJ Fam. 2017, p.87

*Circulation dans l'Union européenne des conventions de divorce par consentement mutuel conventionnel*, AJ Fam. 2019, p.60

*Circulation des divorces par consentement mutuel : qui sera l'autorité compétente pour délivrer le certificat requis ?*, AJ Fam. 2021, p.257

CRÔNE (Richard), *« Nouveau divorce » par consentement mutuel : aspects internationaux*, Défrénois 2018, n°34, p.27

DAVID (Stéphane), *Le divorce du majeur protégé*, AJ Fam. 2020, p.502

DAVID (Stéphane), *Le notaire confronté au divorce par consentement mutuel extra-judiciaire*, Défrénois 2019, n°28, p.15

DAVID (Stéphane), *Le règlement du régime matrimonial dans le divorce sans juge*, AJ Fam. 2021, p.208

DAVID (Stéphane), *Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2017, p.31

DEFIX (Michel), *L'aide juridictionnelle : nouveautés*, AJ Fam. 2017, p.46

DELLANGNOL (Clémence), *Divorce sans juge : avocats et notaires amenés à collaborer*, Gaz. Pal. 2018, n°34, p.10

DEVERS (Alain), *Le divorce sans juge en droit international privé*, Dr. Fam. 2017, n°1

DE CAYEUX (Anne Marion), *Médiation familiale et divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2018, p.156

DE PAUW (Julien) et DELPLANQUE (Marion), *Une charte commune aux avocats et notaires pour le divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2021, p.118

DE SAINT-PERN (Laure), *Le divorce sans juge en droit comparé*, Dr. Fam. 2018, n°9

ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafael), *Kelsen et la théorie générale du contrat*, Actualité de Kelsen en France (sous la direction de C.-M. Herrera), LGDJ, 2001, p.109

ETIENNEY-DE-SAINTE-MARIE (Anne), *Contrat et autorité parentale : l'alliance des contraires ? Réflexions sur les conventions parentales à partir du divorce sans juge*, RTD Civ., 2019, p.9

FULCHIRON (Hugues), *Divorcer sans juge - À propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, JCP G 2016, n°48, p.2182

FULCHIRON (Hugues), *Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (observations sur l'après divorce sans juge)*, Dr. Fam. 2017, n°1

FULCHIRON (Hugues), *Les métamorphoses des cas de divorce*, Defrénois 2004, n°17, p.1103

FULCHIRON (Hugues), *« L'après-divorce sans juge » : remise en cause et modification de la convention passée par les époux*, Dr. Fam. 2016, n°7-8

FULCHIRON (Hugues), *L'enfant dans le divorce sans juge*, Dr. fam. 2016. n°7-8

FULCHIRON (Hugues), *Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial »)*, Recueil Dalloz 2008, p.365

GALLANT (Estelle), *Le nouveau Règlement « Bruxelles II ter »*, AJ Fam. 2019, p.401

GAUTIER (Joël), *Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, LPA 2016, n°232, p.7

GARNERIE (Laurence), *Divorce sans juge : les avocats rédacteurs de l'acte doivent signer ensemble*, Gaz. Pal. 2019, n°6, p.7

GARNERIE (Laurence), *Divorce sans juge : un succès malgré des difficultés*, Gaz. Pal. 2018, n°5, p.8

GARNERIE (Laurence), *Le divorce par consentement mutuel satisfait les ex-époux*, Gaz. Pal. 2019, n°4, p.8

HAMMJE (Petra), *La notion de divorce au sens du règlement Rome III*, Rev. Crit. DIP 2018, p.899, n°22

HERMAN (Harold), *Présentation du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire issu de la loi J21*, Gaz. Pal. 2017, n°5, p.64

- HOUSIER (Jérémy), *Le divorce extrajudiciaire : premier bilan des avocats et des notaires*, AJ Fam. 2018, p.72
- HUET (Jérôme), *Un divorce électronique par consentement mutuel est-il valable ?*, RDC 2021, n°2, p.53
- INSEE, *Tableaux de l'économie française Édition 2020 (Mariage – PACS – Divorces)*, 27 février 2020  
<https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277624?sommaire=4318291&q=divorce+et+divortialit%C3%A9>
- KELSEN (Hans), *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1940
- LARTIGUE (Miren), *E-divorce par consentement mutuel : la signature électronique en phase de test*, Gaz. Pal. 2022, n°13, p.5
- LAUVERGNAT (Ludovic), *Retour sur l'exécution de la convention de divorce par consentement mutuel*, AJ Fam. 2018, p.144
- LE GAC-PECH (Sophie), *Principes généraux et droit prospectif*, LPA 2011, n°125, p.4
- LIBCHABER (Rémy), *Force obligatoire et force exécutoire des obligations*, RDC 2011, n°2, p.465
- LIENHARD (Claude), *Le nouveau divorce par consentement mutuel – Une révolution culturelle*, Recueil Dalloz 2017, p.307
- LIENHARD (Claude), *Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel*, AJ Fam. 2017, p.40
- LIENHARD (Claude) et LINARD (Anne), *Le regard sur la réforme des avocats de la famille*, AJ Fam. 2018, p.79
- MASSON (Charles), *L'ordre public familial en péril ?*, RTD Civ. 2018, p.809
- MAUGER-VIELPEAU (Laurence), *Le divorce par consentement mutuel sans juge et l'enfant*, LEFP 2016, n°11, p.4
- MAYER (Lucie), *Les déjudiciarisation opérées par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, Gaz. Pal. 2017, p.59
- MAZEAUD (Denis), *La place du juge en droit des contrats*, Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, RDC 2016, n°2, p.355
- MEKKI (Mustapha), *Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ?*, JCP N 2016, n°19, p.5
- MEKKI (Mustapha), *Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai...*, Gaz. Pal. 2017, n°12, p.16
- MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), *Le démariage consensuel*, RTD Civ. 1995, p.559

Ministère de la justice, *Divorce par consentement mutuel*, Service-Public.fr, vérifié le 29 septembre 2021

<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10567>

Ministère de la Justice, *Divorce par consentement mutuel sans juge (Quel bilan, 1 an après la réforme ?)*, 28 février 2018

<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/divorce-par-consentement-mutuel-sans-juge-31342.html>

Ministère de la Justice, *Évolution statistique des mariages et des divorces*, 17 février 2012

<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/evolution-statistique-des-mariages-et-des-divorces-23682.html>

Ministère de la Justice, *Les divorces et ruptures d'union*, 5 mars 2019

<http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/references-statistiques-justice-12837/les-divorces-et-ruptures-dunion-32585.html>

Ministère de la Justice, *Questions/réponses sur la réforme du divorce par consentement mutuel*, décembre 2016,

[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/J21\\_Questions\\_reponses.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/J21_Questions_reponses.pdf)

MORACCHINI-ZEIDENBERG (Stéphanie), *La contractualisation du droit de la famille*, RTD Civ. 2016, p.773

MULON (Élodie), *Divorce sans juge : « Les avocats ont l'expérience, les compétences et la déontologie pour maintenir l'équilibre entre les parties »*, interview par Laurence Garnerie, Gaz. Pal. 2016, n°41, p.7

MULON (Élodie), *Le nouveau divorce par consentement mutuel : vademecum*, Gaz. Pal. 2017, n°14, p.68

MUNCK (Alice), *Convention de divorce : quand la lettre est claire, inutile d'en rechercher l'esprit*, AJ Fam. 2018, p.232

NIBOYET (Marie-Laure) et REIN-LESCASTEREYRES (Isabelle), *La CJUE remet en question le traitement du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé en droit international privé de l'Union européenne*, Gaz. Pal. 2018, n°14, p.44

NIBOYET (Marie-Laure), REIN-LESCASTEREYRES (Isabelle) et DIMITROV (Laurie), *La « désinternationalisation » du nouveau divorce par consentement mutuel ?*, Gaz. Pal. 2017, n°14, p.74

NIEL (Paul-Ludovic), *Divorce par consentement mutuel conventionnel déposé au rang des minutes d'un notaire : entre l'efficacité de l'instrumentum notarié et la validité du negotium sous seing privé contresigné par l'avocat*, LPA 2017, n°90, p.12

NOURISSAT (Cyril), BOICHÉ (Alexandre), ESKENAZI (Delphine), MEIER-BOURDEAU (Alice) et THUAN DIT DIEUDONNÉ (Grégory), *Divorce par consentement mutuel : plainte contre la France !*, AJ Fam. 2017, p.266

PAILLARD (Stéphanie), *Conséquences fiscales de la procédure de divorce par consentement mutuel sans juge*, AJ Fam. 2017, p.31

POURE (Valérie), *La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même*, Dr. Fam. 2018, n°3

QUÉGUINER (Sébastien), *Le divorce sans juge en droit international privé*, Dr. Fam. 2018, n°9

*Quelques chiffres du CNB*, AJ Fam. 2018, p.80

RUDE-ANTOINE (Edwige), *Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil*, L'Année sociologique, vol. 57, 2007, Presses Universitaires de France, p.527-543

STRICKLER (Yves), *La protection de la partie faible en droit civil*, LPA 2004, p.6

THOURET (Sylvain), *Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge – Présentation et questionnement*, AJ Fam. 2016, p.568

THOURET (Sylvain), *L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge !*, AJ Fam. 2017, p.42

THOURET (Sylvain), *Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ?*, Dr. Fam. 2016, n°7-8

THOURET (Sylvain), CHÉNEDÉ (François), LEVILLAIN (Nathalie), CASEY (Jérôme) et VERHEYDE (Thierry), *Modernisation du droit de la famille*, AJ Fam. 2015, p.122

THOURET (Sylvain) et AVENA-ROBARDET (Valérie), *Divorce par consentement mutuel conventionnel*, AJ Fam. 2017, p.125

VIGANOTTI (Elisa), *Divorce sans juge et droit international privé : réflexions d'un avocat français*, Gaz. Pal. 2017, n°4, p.11

WEISS-GOUT (Béatrice) et MULON (Élodie), *Le consentement mutuel par acte d'avocat : un défi à relever*, Gaz. Pal. 2016, n°26, p.40

WEISS-GOUT (Béatrice), TRAVADE-LANNOY (Stéphanie), LIENHARD (Clause) et DAVID (Stéphane), *Le divorce par consentement mutuel*, Gaz. Pal. 2017, n° hors-série 2, p.23

- **Notes, observations, rapports**

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), *Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, septembre 1999

DELMAS-GOYON (Pierre), *Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle – Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à la garde des Sceaux, décembre 2013

GUINCHARD (Serge), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, juin 2008

MARSHALL (Didier), *Les juridictions du XXI<sup>e</sup> siècle*, Rapport à la garde des Sceaux, décembre 2013

THERY (Irène), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, Odile Jacob, juin 1998

Débats parlementaires (procédure accélérée), Assemblée nationale (1<sup>ère</sup> lecture), session ordinaire 2015-2016, compte rendu intégral deuxième séance du 19 mai 2016

<https://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160192.asp#P787449>

Débats parlementaires (procédure accélérée), Assemblée nationale (1<sup>ère</sup> lecture), session ordinaire 2015-2016, compte rendu intégral deuxième séance du 17 mai 2016

<https://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160188.asp#P781981>

Sénat, *Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle*, 31 juillet 2015,

<https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-661-ei/pjl14-661-ei.pdf>

Ministère de la justice, *Références statistiques de la justice, 2019*, p. 15, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/References\\_statistiques\\_justice\\_complet-2020-WEB-v3.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/References_statistiques_justice_complet-2020-WEB-v3.pdf)

Sénat, *Modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle – Auditions sur le divorce « conventionnel » par consentement mutuel*, Compte rendu de la Commission des lois (présidée par P. Bas), 8 juin 2016

<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160606/lois.html#toc4>

CLÉMENT (Jean-Michel) et LE BOUILLONNEC (Jean-Yves), Rapport n°3904 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n°3872), modifié par l'Assemblée nationale en première lecture, de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, 30 juin 2016

CLÉMENT (Jean-Michel) et LE BOUILLONNEC (Jean-Yves), Rapport n°3726 au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n°3204), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 6 mai 2016

DÉTRAIGNE (Yves), Rapport n°839 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, 21 septembre 2016

## Index alphabétique

### A

Acte authentique  
§78 *et s.*, 109, 136

Aménagements (conventionnels)  
§101, 120, 162 (*et* 111)

### C

Capacité  
§63, 65, 85, 99, 111

Consensualisme  
§17 *et s.*, 22, 34, 37, 56, 82

Cour de Justice de l'Union  
Européenne  
§123, 127

### E

État des personnes  
§92, 106, 114, 125

### F

Faute / fautif / fautive  
§57, 60, 61

Force obligatoire  
§17, 23, 25, 33, 88

### I

Imprévision  
§110, 159

### J

Jurisprudence  
§5, 57, 68, 100, 105, 107, 127

### L

Liquidation  
§79, 87, 100

### M

Médiation  
§49, 78

Mœurs  
§10, 38, 156

### P

Pacte civil de solidarité / pacsé  
§38, 42, 154

Parlementaire(s)  
§4, 7, 11, 101, 145

Passerelle(s)  
§39, 49, 88

Patrimonial(e)(s) / patrimoniaux  
§5, 33, 42, 100, 111, 142

Pension alimentaire  
§33, 69, 110, 115, 117, 119

Prestation compensatoire  
§33, 46 *et s.*, 87, 100, 105, 110, 119

### R

Responsabilité  
§47, 61, 69, 78, 80, 100, 133, 137, 141,  
142, 146

### S

Statistiques  
§6, 128

*Sui generis*  
§12, 30, 72, 82, 90, 136, 153 *et s.*

### V

Violences  
§14

## Table des matières

Remerciements	c
Sommaire	d
Liste des abréviations	e
Introduction	1
<b>PARTIE 1 : LA PERTINENCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DES CONTRATS DANS LA FORMATION DE LA CONVENTION DE DIVORCE</b>	<b>10</b>
<b>Chapitre 1 – Les avantages liés à la place de la volonté en droit des contrats</b>	<b>10</b>
Section 1 – Le consensualisme et la nature amiable du divorce par consentement mutuel	10
§1 – La concordance des objets	11
A) La convention de divorce comme accord de volonté	11
B) La force obligatoire du contrat	12
§2 – Les conséquences sur la qualification de la convention de divorce	13
A) La qualification de contrat	13
B) La qualification précise dans la diversité de classification des contrats	15
Section 2 – Le principe de liberté contractuelle conforme au divorce moderne	16
§1 - La concordance de la liberté contractuelle avec les réalités sociales et familiales contemporaines	16
A) Le principe de l'autonomie de la volonté et la prise en compte des libertés individuelles	17
B) Le phénomène large de contractualisation du droit de la famille	18
§2 – Les conséquences de la liberté contractuelle dans le processus de divorce	19
A) La gestion des diversités de situation dans la rédaction des clauses contractuelles	20
B) La responsabilisation des époux acteurs de leur divorce	21
<b>Chapitre 2 – La sécurité et la prévisibilité pour la protection des parties</b>	<b>22</b>
Section 1 – L'ordre public de fond dans la formation des contrats	23
§1 – La réglementation des négociations	24
A) L'obligation de loyauté et de bonne foi	24
B) Les devoirs précontractuels d'information et de confidentialité	25
§2 – La validité du contrat	27
A) Les conditions de validité tenant aux parties	27
B) Le contenu du contrat	28
Section 2 – Un contrat <i>sui generis</i> par sa forme	29
§1 – L'encadrement de la convention par des professionnels de droit	30
A) Le rôle déterminant des avocats	30
B) La fonction du notaire	32
§2 – Un contrat solennel soumis à des exigences spécifiques	33
A) Les exceptions au recours à un processus extrajudiciaire	33
B) De multiples conditions formelles et procédurales	34
	79

## **PARTIE 2 : LES INCOMPATIBILITES DE LA CONTRACTUALISATION DU DIVORCE AVEC LE PARTICULARISME DU DROIT DE LA FAMILLE 37**

### **Chapitre 1 – L’insécurité due au risque important de contentieux dans l’après-divorce 37**

Section 1 – La remise en cause de la convention de divorce	38
§1 – La contestation de la convention de divorce	39
A) La nullité de la convention	39
B) La remise en cause par les tiers	40
§2 – La révision de la convention de divorce	41
A) L’irrévocabilité du principe de divorce	41
B) La modification des effets du divorce	43
Section 2 – L’exécution des obligations issues de la convention de divorce	44
§1 – Les sanctions de l’inexécution en droit interne	44
A) Les sanctions inconciliables avec le divorce	45
B) Les sanctions inadaptées au divorce	46
§2 – La convention de divorce en droit international privé	47
A) L’incohérence de la contractualisation du divorce avec le droit international et européen	47
B) Les difficultés de reconnaissance et d’exécution de la convention à l’étranger	49

### **Chapitre 2 – L’insuffisance des garanties apportées par le droit des contrats au divorce 51**

Section 1 – Les limites du régime spécial de la convention de divorce	51
§1 – Les pouvoirs restreints des professionnels de droit	51
A) Les moyens de vérification réduits du contenu et de l’équilibre de la convention	51
B) L’ambiguïté de la valeur du dépôt de l’acte au rang des minutes du notaire	53
§2 – Le risque de pression sur les personnes vulnérables	55
A) Le danger d’instrumentalisation des enfants	55
B) Le risque de dépendance des parties faibles	57
Section 2 – La rupture de la contractualisation du divorce avec le caractère institutionnel du mariage	59
§1 – Le mariage et le divorce entre institutions et simples contrats	60
A) La rupture du divorce conventionnel avec l’ordre public familial	60
B) La question du parallélisme des formes	61
§2 – L’ingérence de l’État dans les rapports familiaux	62
A) Le renforcement de l’idée de privatisation de la famille	63
B) Le contrat comme nouveau mode de contrôle social	64

Conclusion	65
Annexes	67
Bibliographie	69
Index alphabétique	78
Table des matières	79