

CONCOURS ENM 2018

Droit civil

La contractualisation du droit des couples et ses limites

La contractualisation, que l'on peut définir, *prima facie*, comme une tendance à accorder une portée accrue aux accords des individus, correspond à un ample mouvement de notre droit. Les frontières du légal et du contractuel, de l'interdit et du permis, de l'indisponible et du disponible évoluent ainsi au gré d'un renouvellement des rapports entre l'Etat et l'individu. Cela se vérifie pour toutes les branches du droit, et singulièrement pour le droit des couples.

L'expression « droit des couples » n'est ni anodine, ni classique, et elle n'a fait florès que depuis une vingtaine d'années. La notion de couple a acquis une première juridicité avec la loi du 29 juillet 1994, au sujet de la procréation médicalement assistée, mais les titres du couple à prétendre à des droits uniformisés et autonomisés n'ont été reconnus que de façon progressive et parcellaire. Les moteurs de cette évolution sont, d'une part, les principes d'égalité et de non-discrimination – aux mêmes situations de communauté de vie les mêmes effets – et d'autre part, de façon tout aussi certaine, l'utilité sociale de règles *omnibus*. En effet, sauf à céder à une psychologisation béate des règles juridiques, c'est avant tout l'intérêt de l'Etat qui commande de reconnaître un couple aux structures souples, à la séparation simplifiée et à la procréation éventuelle. Le Code civil permet ainsi à ceux qui souhaitent partager leur existence d'opter pour l'une des voies suivantes : vivre en concubinage, conclure un P.A.C.S. ou s'unir par le mariage. Tout à fait distinctes avant la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS et au concubinage, ces trois formes de conjugalité sont désormais appréhendées parfois de façon unitaire par la règle de droit, au point de pouvoir évoquer l'émergence d'un véritable droit commun des couples qui sera mis en œuvre, notamment, par le Juge aux affaires familiales (JAF), juge de toutes les conjugalités. Or, ce droit commun peut compter non seulement sur les règles uniformes mais lacunaires qui ont été promues par le législateur, mais aussi sur les ressources du droit des contrats, dont l'attractivité a été renforcée par la réforme récente issue de l'ordonnance du 10 février 2016, ratifiée par la loi du 20 avril 2018. En effet, l'interrogation doctrinale classique sur la nature du mariage - contrat ou institution - s'étend désormais à tous les couples. Ce mouvement touche les rapports patrimoniaux - comme en témoigne la mutabilité du changement de régime matrimonial – mais les relations personnelles, au sein du couple conjugal comme au sein du couple parental. Il suffit de songer aux conventions parentales venant régler le quotidien de certaines familles (article 373-2-7 du Code civil). Avec le recul historique dont nous disposons aujourd'hui, l'irruption du PACS dans le paysage juridique français aura contribué à ce développement de la contractualisation dans le champ personnel, avec l'appui du Conseil constitutionnel, qui a confirmé sa nature de « contrat spécifique » (Décision du 9 novembre 1999). Le paradoxe mérite d'être relevé : alors que la nature contractuelle du PACS était destinée à souligner la différence avec le mariage, on constate plutôt un effet d'entraînement. Sans surprise, cette contractualisation a accéléré la libéralisation du divorce. Après l'importante réforme du 26 mai 2004 qui consacrait un véritable droit au divorce, la loi du 18 novembre 2016 admet un divorce par consentement mutuel sans juge, opéré par un acte sous seing privé contresigné par deux avocats et enregistré par un notaire.

Cependant, cette contractualisation du droit des couples n'est pas sans limites. Si l'Etat trouve un intérêt à cette contractualisation - en tant qu'accord de volontés, le contrat porte en lui la promesse d'une pacification des rapports au sein des couples, d'une autonomie accrue des individus, d'une négociation plus efficace qu'une coercition imposée par une décision de l'autorité publique – il ne s'illusionne pas sur les dangers d'un tel mouvement. D'une part, la dimension institutionnelle du droit des couples ne doit pas être négligée, et elle du reste été parfois renforcée, pour le PACS notamment (loi du 23 juin 2006) : les individus ne sauraient tout vouloir, tout choisir, tout négocier, au point de faire fi des interdits fondamentaux. C'est pourquoi l'ordre public familial

demeure et se régénère, quitte à prohiber ou contrôler certains contrats. D'autre part, la contractualisation ne doit pas être confondue avec la déjudiciarisation (retrait du juge), ni même la « dé-juridictionnalisation » (présence du juge pour une homologation à moindre coût) même si toutes contribuent, chacune à leur façon, à désengorger les rôles des juridictions et à endiguer le contentieux familial. En réalité, le besoin et l'utilité du juge se feront toujours sentir car le droit commun des contrats - même s'il intègre désormais la notion de contrat d'adhésion - ne peut à lui seul veiller à l'équilibre des rapports entre parties de force inégale.

En somme, cette tension entre contractualisation accrue (I) et contractualisation contenue (II) du droit des couples permet de prendre la mesure de ce qui demeure, aujourd'hui, de l'ordre public familial et de l'office du juge.

I- La contractualisation accrue du droit des couples

La contractualisation du droit des couples s'est naturellement développée pour les aspects patrimoniaux (A), dans le sillage du traditionnel « contrat de mariage » qui mobilise les avantages de cet outil de prévision que constitue l'accord de volontés. De façon plus étonnante, et récente, la souplesse offerte par cet instrument a aussi été recherchée pour aménager les aspects personnels du droit des couples (B).

A- La contractualisation des aspects patrimoniaux du droit des couples

Au regard des aspects patrimoniaux du droit des couples, la contractualisation permet non seulement de régir les rapports du couple uni (1) mais aussi d'organiser les rapports du couple désuni (2).

1- La contractualisation des rapports du couple uni

S'agissant, d'abord, des couples mariés, la liberté contractuelle s'exprime depuis longtemps par le principe fondamental de la liberté des conventions matrimoniales : ce principe donne aux futurs époux la possibilité de se doter de leur propre charte pécuniaire, en passant, avant de se marier, un contrat à cette fin. L'incitation à contracter est aisée à comprendre. En effet, à défaut de contrat de mariage, la loi fixe le régime légal des époux, lequel, depuis la loi du 13 juillet 1965, est celui de la communauté réduite aux acquêts (articles 1393 et 1400 du Code civil). Or, ce régime supplétif peut se révéler « répulsif » (C. Pérès) pour certains – on songe aux commerçants notamment – ce qui conduit à conclure un contrat de mariage pour privilégier une autre organisation patrimoniale entre époux. Ce contrat aura force obligatoire, quand bien même il avantagerait plus un époux qu'un autre (Civile 1^{ère} 29 mai 2013).

S'agissant, ensuite, des pacsés, le législateur avait dans un premier temps retenu pour les biens des partenaires un régime d'indivision, ersatz de communauté légale. Ce régime supplétif, fort décrié, tant par la pratique que par la doctrine, avait vocation à s'appliquer à tous les pactes conclus avant le 1^{er} janvier 2007, sauf convention modificative. Cela signifie, par exemple, que lorsque les pacsés sous ce régime acquièrent un bien immobilier, il est considéré comme indivis pour deux moitiés égales, sans égard pour une éventuelle disparité des apports pour cette acquisition (Civile 1^{ère} 4 mars 2015). Depuis la loi du 23 juin 2006, le régime supplétif est devenu celui de la séparation de biens. Il va de soi, toutefois, au regard de la nature contractuelle du pacte civil de solidarité - confirmée à deux reprises par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel 9 novembre 1999 et 21 octobre 2006) - que les partenaires peuvent choisir conventionnellement un régime d'indivision des biens.

Enfin, s'agissant des concubins, l'incitation à contracter tient, non pas à l'existence d'un régime légal supplétif qu'il y aurait lieu d'écarter, mais plutôt à l'absence de statut patrimonial. Les concubins peuvent, en premier lieu, librement conclure entre eux un contrat nommé à titre gratuit ou à titre onéreux (vente, prêt, société).

Ils peuvent aussi, en deuxième lieu, recourir à la technique assurantielle, comme l'illustre par exemple l'assurance-vie, qui mobilise un procédé contractuel fondé sur une stipulation pour autrui expresse. En troisième lieu, il est possible également de conclure un contrat innommé de concubinage, qui imite le contrat de mariage en le prenant pour référent. En effet, le contrat de concubinage permet d'organiser la vie des concubins en donnant un régime conventionnel à leur union. Il peut ainsi se proposer de fixer les règles entre concubins en matière pécuniaire. Afin de donner force et forme à leur convention, les concubins font en général appel à un notaire. Si aucun contrat n'a été conclu entre les concubins, le règlement d'un différend patrimonial sera tranché en mobilisant les règles des quasi-contrats en général, et de l'enrichissement sans cause en particulier (Civile 1^{ère} 24 septembre 2008). Au regard des incertitudes et de l'imprévisibilité des solutions en la matière, on comprend dès lors pourquoi, en cas de concubinage stable et notoire, un recours à l'outil contractuel peut s'avérer judicieux pour anticiper l'hypothèse d'une désunion.

2- La contractualisation des rapports du couple désuni

La contractualisation des rapports du couple désuni renvoie à deux acceptions distinctes : d'une part, la rupture du couple peut être lue selon une grille de lecture contractuelle ; d'autre part, la rupture du couple peut être organisée en recourant à la technique contractuelle.

Selon la première acception, il est ainsi possible d'analyser la rupture dans le cadre du Pacs comme une rupture unilatérale sans préavis imposé, très proche de la rupture unilatérale du droit commun des contrats (article 1226 nouveau du Code civil). Quant au divorce pour altération définitive du lien conjugal, il se rapproche de la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée, avec cependant une exigence de délai désormais réduit à deux ans ; cela dit, le délai n'est pas décompté au moment de la tentative de conciliation, mais lors de l'assignation en divorce, en vertu de l'article 228 du code civil.

Selon la seconde acception, les couples qui souhaitent se séparer sont incités à conclure des accords de volonté destinés à organiser et, autant que faire se peut, pacifier leur rupture. C'est ainsi que même dans les divorces contentieux, le JAF devra tenir compte des accords des époux. Quant au divorce par consentement mutuel, il suppose un accord non seulement sur le principe du divorce mais aussi sur ses modalités. Cette formule de divorce contractuel, désormais déjudiciarisée (article 229-1 du Code civil issu de loi du 18 novembre 2016), appelle trois séries de précisions. D'abord, d'un point de vue terminologique, il importe de souligner que les vocables « convention » et « contrat » sont désormais synonymes. En effet, alors que la convention désignait traditionnellement l'ensemble des accords de volontés créateurs d'effets de droit (genre), tandis que le contrat ne visait que la convention créatrice d'obligations (espèce), l'ordonnance du 10 février 2016 a ouvert la catégorie contractuelle à tous les accords de volonté destinés « à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations » (article 1101 nouveau du Code civil). Ensuite, on peut qualifier ce divorce extrajudiciaire de contrat extinctif, et plus précisément de *mutuus dissensus* : deux adultes décident de défaire par un contrat leur union. Enfin, puisque « contracter, c'est prévoir » (Ripert), la convention de divorce aura pour objet non seulement de dissoudre l'union, et de solder le passé, mais encore d'envisager l'avenir, et notamment de se prononcer sur l'octroi éventuel d'une prestation compensatoire. Cela exige une bonne capacité d'anticipation, et gare à ceux qui se montreraient peu prévoyants ! La Cour de cassation a ainsi été amenée à refuser au juge la possibilité d'ajouter aux prévisions d'une convention de divorce homologuée : en l'espèce, l'épouse avait pensé trop tard à l'intérêt de prévoir des garanties de paiement de la prestation compensatoire (Civile 1^{ère} 11 septembre 2013).

La liberté contractuelle s'est ainsi naturellement développée dans le droit patrimonial des couples, mais elle a aussi été promue au regard des aspects personnels du droit des couples, à la faveur d'une érosion de leur dimension institutionnelle.

B- La contractualisation des aspects personnels du droit des couples

La contractualisation peut se révéler utile pour organiser les rapports personnels au sein des couples, qu'il s'agisse du couple conjugal (1) ou du couple parental (2).

1- La contractualisation au sein du couple conjugal

Sans surprise, la nature contractuelle du PACS favorise l'aménagement des effets personnels entre les partenaires, sauf si une liberté fondamentale est menacée. En effet, le micro-régime primaire institué par la loi du 23 juin 2006 ne comprend que la vie commune et l'assistance (article 515-4 du Code civil) et rien n'empêche les partenaires d'enrichir le contrat d'effets personnels plus denses, à condition toutefois de ne pas heurter la liberté sexuelle. C'est pourquoi la décision lilloise qui avait cru pouvoir déduire du droit commun des contrats, et plus précisément du devoir de bonne foi, une obligation de fidélité entre partenaires, est demeurée isolée (TGI Lille, ordonnance, 5 juin 2002).

On ne s'étonnera pas non plus, en raison de la volonté du législateur contemporain de contractualiser dans la mesure du possible le divorce, que des accords soient possibles sur les effets personnels de la rupture. Ainsi, s'agissant du nom, l'article 264 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 26 mai 2004, pose-t-il le principe suivant lequel le droit d'usage du nom du conjoint disparaît automatiquement avec la dissolution du mariage, pour l'assortir immédiatement de deux tempéraments, l'un judiciaire (autorisation du JAF), l'autre conventionnel : l'un des époux peut conserver le nom de son conjoint après le divorce avec l'accord de ce dernier. Il s'agit d'une exception classique, fondée sur le seul accord du conjoint et qui pas à être justifiée par un intérêt particulier. Cet accord s'impose à tous et notamment aux membres de la famille du mari.

Enfin, par un effet d'entraînement, cette contractualisation a gagné les devoirs des époux qui sont désormais considérés, non plus comme respectifs, comme le voudrait une logique institutionnelle, mais bien davantage comme réciproques, à l'instar d'un contrat synallagmatique. Un exemple topique est fourni par la communauté de vie. Cette notion de communauté de vie, qui a remplacé depuis la loi du 4 juin 1970 celle de cohabitation, apparaît moins matérielle, plus abstraite : la communauté de vie englobe normalement la cohabitation, la résidence commune mais plus largement une communauté affective et intellectuelle. Or, l'article 215 alinéa 2 du Code civil énonce que « la résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord ». Ce n'est donc plus tant le domicile que la résidence de fait de la famille qui doit être fixée d'un commun accord des époux. Il s'agit d'un acte volontaire par lequel les époux peuvent parfaitement décider, au regard de leurs contraintes professionnelles, qu'ils auront des résidences distinctes, sans qu'il soit pour autant porté atteinte à la communauté de vie (Civile 1^{ère} 12 février 2014).

2- La contractualisation au sein du couple parental

Si la parenté - c'est-à-dire le lien avec l'enfant - demeure marquée du sceau de l'institution, ce qui exclut une contractualisation, la parentalité - c'est-à-dire le rôle tenu à l'égard de l'enfant - connaît désormais un ample mouvement de contractualisation des règles applicables de façon uniforme à tous les couples.

En effet, par-delà l'éphémère contrat de responsabilité parentale (instauré par la loi du 31 mars 2006 et abrogé par la loi du 31 janvier 2013), qui n'était qu'un contrat « pédagogique » (J. Rochfeld) sans véritable accord de volontés, le législateur privilégie désormais la technique contractuelle pour aménager les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Considérés comme un moyen de responsabiliser les parents et de les amener à régler le sort des enfants de manière distincte de celle du couple, les accords parentaux sont perçus de façon favorable, tant lors de l'union qu'au stade de la désunion.

Ce mouvement de contractualisation de l'autorité parentale, qui va de pair avec une promotion de la justice négociée, ne cesse de s'amplifier. Depuis la loi du 4 mars 2002, les textes des articles 371 et suivants du

code civil n'opèrent plus de distinction entre les couples et traitent indistinctement les parents quel que soit leur statut conjugal. D'une part, en cas de litige, la loi enjoint au juge de tenir compte des éventuelles conventions en la matière (article 373-2-11, 1° du Code civil), même s'il ne s'agit que d'un critère de décision parmi d'autres, le juge restant souverain pour trancher le litige. D'autre part, la délégation de l'autorité parentale est prévue par les articles 377, 377-1 et 377-2 du code civil. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la délégation de l'autorité parentale est susceptible de concerner tous les mineurs et pas seulement les mineurs de seize ans. Cela dit, si la délégation repose sur la volonté des père et mère, elle ne produit d'effet juridique « qu'en vertu d'un jugement » (article 376 du Code civil), le juge disposant d'un pouvoir souverain pour apprécier si la mesure sollicitée est conforme ou non à l'intérêt de l'enfant. Sur le fondement de l'article 377 du code civil (qui admet cette délégation lorsque « les circonstances l'exigent »), la jurisprudence a ainsi permis à une mère seule titulaire de l'autorité parentale de déléguer tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (Civile 1^{re}, 24 février 2006).

On voit combien la contractualisation du droit des couples a gagné du terrain, quitte à prospérer sur des fluctuations terminologiques (convention, contrat, accord) et des approximations notionnelles (le contrat ne suppose pas toujours, loin s'en faut, une négociation entre parties égales). C'est déjà aborder la question des limites du phénomène, qui expliquent pourquoi la contractualisation demeure nécessairement contenue.

II- La contractualisation contenue du droit des couples

Si le PACS a entraîné le mariage sur une pente contractuelle, ce dernier a en retour servi de « patron » pour une institutionnalisation renouvelée du droit des couples. Cette dimension institutionnelle explique aussi bien les limites inhérentes aux interdits légaux en droit des couples (A) que les limites inhérentes à l'office tutélaire du juge en droit des couples (B). Certains contrats sont prohibés, d'autres sont contrôlés.

A- Les limites inhérentes aux interdits légaux en droit des couples

Les contrats conclus en droit des couples ne sont obligatoires que dans la mesure où ils satisfont aux exigences du droit positif qui sont impératives : pas plus en la matière qu'en droit commun des contrats, les parties ne vivent dans un splendide isolement. Le juge, garant de la conformité de l'accord de volontés aux exigences légales, doit ainsi vérifier l'existence et l'intégrité du consentement (1) mais aussi le respect de l'ordre public familial (2).

1- La vérification de l'intégrité du consentement

Parmi les obstacles les plus évidents à l'introduction des règles contractuelles en droit des couples, il en existe un, fondamental, intimement lié à la notion de contrat : l'accord de volontés.

Depuis 1804, le juge est appelé, dans le cadre du mariage, à vérifier la fermeté de l'intention matrimoniale et sa conformité aux finalités sociales de l'institution. Sont ainsi annulés, sur le fondement de l'article 146 du Code civil, les mariages qui n'ont été contractés qu'en vue de l'obtention de la nationalité française (Civile 1^{ère} 20 novembre 1963, Appietto) ou dans un esprit « de lucre et de cupidité » (Civile 1^{ère} 19 décembre 2012). Cet office du juge, gardien des conditions de formation du couple, se vérifie également depuis 1999 en matière de PACS. D'une part, s'agissant de l'intégrité du consentement des partenaires, dans le silence des dispositions propres au pacte civil de solidarité, le recours aux vices de consentement du droit commun est nécessaire. L'erreur, le dol et la violence peuvent donc être invoqués pour fonder une demande de nullité du contrat de PACS. D'autre part, un majeur protégé peut parfaitement conclure un tel contrat, mais à la condition que le juge, conformément aux exigences de l'article 462 du Code civil, vérifie la clarté de son esprit et la fermeté de son

intention de contracter, peu important le cas échéant une opposition des enfants à ce contrat (Civile 1^{ère} 15 novembre 2017).

Ce contrôle de l'existence et de l'intégrité du consentement vaut également pour la contractualisation du divorce, ce qui appelle trois séries de précisions. D'abord, très souvent, dans une situation de conflit, trouver un accord relève de la gageure, sachant qu'une résignation ne saurait être considérée comme un véritable assentiment. Ensuite, inciter les époux à contractualiser leur divorce, notamment en facilitant et allégeant la procédure par consentement mutuel, ne suffit pas à garantir un véritable consentement de leur part. Avant la loi du 18 novembre 2016, la convention de divorce devait être homologuée, et la Cour de cassation avait affirmé que « *le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi* » (Civile 2^{ème} 6 mai 1987). En d'autres termes, les vices du consentement ne pouvaient plus être invoqués et seule la fraude pouvait, le cas échéant, conduire à remettre en cause la convention. Depuis que l'homologation du juge a disparu, la convention n'est plus purgée de ses éventuels vices et se trouve soumise au droit commun des obligations : l'erreur, le dol et la violence retrouvent leur empire, de même que la rescision pour lésion. Les juges aux affaires familiales le constateront sans doute : ces divorces « contractualisés » risquent de revenir devant eux en instance modificative. L'office du juge mute, mais ne disparaît pas, d'autant qu'aujourd'hui comme hier il lui appartient de veiller au respect de l'ordre public familial.

2- La vérification de la conformité du contrat à l'ordre public familial

L'article 1162 nouveau du Code civil dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Cette disposition, qui reconduit les interdits des anciens articles 1128 (objet illicite) et 1133 (cause illicite) du Code civil, est formulée de façon un peu maladroite : un contrat est bien plus qu'un accord de volontés dans une conception objective et sociale et sa conformité à l'ordre public est une évidence. En réalité, c'est l'accord de volontés qui doit satisfaire aux exigences de l'ordre public familial pour prétendre être considéré comme un contrat revêtu de la force obligatoire.

Cette impérativité se signale, en premier lieu, lorsqu'on considère le couple conjugal et l'extension des règles indérogables relevant d'un régime primaire. Entre époux, le régime primaire tire son caractère remarquable de son caractère impératif énoncé à l'article 226 du code civil : « Les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elles ne réservent pas l'application des conventions matrimoniales, sont applicables, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux ». L'application automatique (par le seul effet du mariage) du régime primaire est d'ordre public, et les époux ne sauraient donc y déroger. Aucune convention (par exemple, une clause d'administration conjointe) ne pourrait ainsi valablement en contrarier les règles. Au-delà même de cette restriction à la liberté des époux, les règles du régime primaire prévalent sur les règles des régimes matrimoniaux. Entre partenaires pacsés, le régime primaire impératif s'est construit progressivement. Alors qu'en 1999 le pacte civil de solidarité était entendu comme un contrat « sexué », conclu par un couple pour organiser la vie commune, les retouches législatives successives de 2006 et 2010 ont doté le PACS d'un micro-régime primaire visé à l'article 515-4 du Code civil qui comprend, au titre des effets personnels, l'assistance et la vie commune, et au titre des effets patrimoniaux une aide matérielle et une solidarité à l'égard des dettes contractées pour les besoins de la vie courante.

Cette impérativité se signale, en second lieu, lorsqu'on envisage le couple parental. D'une part, s'agissant de la parenté, c'est sur le fondement des articles 6 et 1128 que le contrat de gestation pour autrui avait été considéré comme nul d'une nullité absolue au nom de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (Assemblée plénière 31 mai 1991). En 1994, le législateur n'a pas consacré cette notion d'indisponibilité du corps humain mais il a conforté l'interdit de la gestation pour autrui (GPA) : l'article 16-9 du Code civil pose la nullité du contrat de GPA et les articles 227-12 et suivants du Code pénal incriminent le fait de s'entremettre en vue d'un tel processus et la simulation entraînant une atteinte à l'état civil. D'autre part, s'agissant de la parentalité, le principe d'indisponibilité de l'autorité parentale, considérée comme une fonction d'intérêt général (article 376 du Code civil), limite l'objet et la portée des conventions en la matière : un parent ne peut totalement abandonner ses droits ou les transférer à autrui. Quant aux conventions qui sont permises en la

matière, elles font toutefois l'objet d'un contrôle au nom de l'intérêt de l'enfant. C'est déjà aborder la question des limites inhérentes à l'office du juge en droit des couples.

B- Les limites inhérentes au contrôle du juge en droit des couples

Un couple sans enfant et sans dette pourrait, à la rigueur, être considéré comme une entité d'intérêt privé, ce qui limiterait les contrôles de l'Etat en général et du juge en particulier au strict minimum. On peut considérer en effet dans ce cas que deux adultes, qu'ils soient mariés, pacsés ou concubins, sont assez autonomes pour organiser leur union comme leur désunion. C'est ainsi, par exemple, que 60% des PACS sont résiliés sans que cela entraîne le moindre contentieux, et l'on sent combien le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé s'inspire de cette logique. Quid cependant lorsque les enfants et des créanciers sont à prendre en considération ? Ces tiers au contrat doivent avoir leur mot à dire et le contrôle judiciaire retrouve potentiellement son empire, qu'il s'agisse de protéger l'intérêt de l'enfant (1) ou l'intérêt des tiers (2).

1- La protection de l'intérêt de l'enfant

La figure tutélaire du juge demeure essentielle pour la protection de l'intérêt de l'enfant. Cette présence du juge se manifeste soit par l'exigence d'une homologation, soit, lorsque l'enfant la sollicite, ce qui suscite davantage de perplexité.

S'agissant de l'exigence d'une homologation, elle révèle que le contrat demeure sous surveillance et qu'il ne peut obtenir force obligatoire qu'en passant par un contrôle du juge. Il s'agit en somme d'une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice. L'homologation fait intervenir dans la formation du contrat un tiers - le juge - qui ne se contente pas d'instrumenter, à la différence par exemple du notaire rédacteur d'acte. Non seulement le juge doit apprécier le libre consentement des parties à la convention, mais encore il doit vérifier que la convention respecte un intérêt spécifique : intérêt de l'enfant, intérêt de la famille, intérêt de l'autre époux. On notera du reste qu'en cas de changement de régime matrimonial, l'homologation judiciaire – qui a disparu en principe depuis 2006 – demeure « lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs » (article 1397 alinéa 5 du Code civil).

S'agissant des cas où l'homologation judiciaire a disparu, l'intervention du juge est conditionnée par une demande de l'enfant. En effet, dans le dispositif issu de la loi du 18 novembre 2016, le divorce par consentement mutuel voit la figure du juge s'effacer, à une exception notable près : dès qu'un enfant mineur capable de discernement manifeste son souhait d'être entendu par le juge, la juridiction peut être saisie selon les modalités prévues pour le divorce par consentement mutuel judiciaire. Le nouvel article 1144 du code de procédure civile prévoit que les enfants devront être informés de leur droit à demander à être entendus par un magistrat, ainsi que des conséquences de leur choix sur le reste de la procédure. S'ils désirent être entendus, la procédure prend fin et une procédure de divorce par consentement mutuel avec homologation judiciaire est alors engagée. Dans le cas contraire, leur choix sera acté et annexé au contrat de divorce par consentement mutuel contresigné par les avocats. Nombreux sont les auteurs qui se sont étonnés de cette solution, qui fait peser sur des enfants mineurs une importante responsabilité...

2- La protection de l'intérêt des tiers

Les tiers au contrat conclu par un couple, qu'ils soient concubins, pacsés ou mariés, peuvent voir leurs droits affectés par certaines stipulations contractuelles. De là l'intérêt, dans une logique d'opposabilité, de ménager leur information et de s'assurer de leur protection. On songe ici, notamment, à l'intérêt des créanciers.

Ainsi, en cas de changement de régime matrimonial, les créanciers des époux sont informés préalablement à la modification envisagée par la publication d'un **avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales** (article 1397 alinéa 3 du Code civil). Les tiers peuvent s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication.

Dans le cadre du divorce par consentement mutuel issu de la loi du 18 novembre 2016, le dépôt de la convention chez le notaire confère à la convention date certaine et tend à la rendre exécutoire (article 229-4 du Code civil). A l'égard des tiers, il est justifié du divorce par la production de l'attestation de dépôt délivrée par le notaire ou une copie de celle-ci (article 1148 du Code de procédure civile). Tandis que dans le cadre d'une convention homologuée, une tierce opposition leur est ouverte selon les termes de l'article 1104 du code de procédure civile, rien de tel n'est évidemment prévu pour les créanciers des époux qui décident de recourir au divorce sans juge. Pas de juge, pas d'homologation. Les tiers sont-ils pour autant désarmés ? Certes non, car la fraude corrompt tout. Le retour au droit commun leur sera peut-être même plus favorable. En effet, l'action paulienne n'a certes de chance de prospérer qu'à condition d'établir la fraude. Sur ce point, l'article 1341-2 nouveau est assez exigeant : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude ». De son côté, la Cour de cassation ne l'est pas moins (Civile 1^{re}, 13 mai 2015). Le délai pour agir est toutefois beaucoup plus long : non pas un an, comme le prévoit l'article 1104 du Code de procédure civile pour la contestation d'un jugement d'homologation, mais cinq ans à compter du jour où le tiers a connu l'existence de la convention de divorce, conformément au droit commun (article 2224 du Code civil).

Conclusion : Le droit des couples, partiellement uniformisé, connaît un incontestable mouvement de contractualisation.

Les vertus de cette contractualisation sont éprouvées : souplesse, individualisation, pacification par l'adhésion à une solution négociée. L'incitation à la contractualisation est ainsi une des voies explorées par le législateur contemporain pour alléger la masse du contentieux familial. Cette incitation passe notamment par le développement des modes alternatifs de règlements des litiges, tels que la médiation (article 255 du Code civil) ou encore, plus récemment, la procédure participative (articles 2062 et suivants du Code civil issus de la loi du 22 décembre 2010). La loi du 18 novembre 2016, en consacrant un divorce par consentement mutuel déjudiciarisé, a poursuivi cette évolution qui, à bien des égards, constitue une « révolution culturelle » (C. Lienhard), redistribuant les rôles respectifs de l'avocat, du notaire et du juge.

Cependant, le droit des couples ne peut s'insérer totalement dans une perspective contractuelle, car le contrat est potentiellement un instrument de pouvoir qui mérite d'être surveillé. L'ordre public familial d'une part, l'office tutélaire du juge, protecteur des droits de chacun, d'autre part, expliquent pourquoi certains contrats demeurent interdits, au nom de l'intérêt général, ou contrôlés, dans l'intérêt de l'enfant et des tiers notamment.