

LES REGLEMENTS AMIABLES DES LITIGES ENTRE EPOUX

Rémy CABRILLAC, Professeur, Faculté de droit
et de science politique de Montpellier

« L'idée du droit, née des échanges, est profondément étrangère à la société conjugale ; il n'y entre que comme le médecin ; et chacun sait que l'idée de la maladie n'est pas bonne pour la santé »¹, comme le relevait le philosophe Alain.

Les couples unis n'ont pas besoin de droit, l'harmonie conjugale tient le droit à l'écart de la famille.

Mais à l'inverse, le droit envahit les relations d'un couple qui se déchire. D'abord parce que les questions pratiques qui se posent se multiplient: Qui va garder le logement familial en cas de séparation ? Comment vont être partagés les biens acquis ensemble ? A qui va être confiée l'autorité parentale sur les enfants ? sont quelques unes des plus fréquentes qui peuvent se poser en pratique. De plus, la littérature a bien montré que l'amour le plus fort peut facilement se transformer en haine la plus violente et les litiges familiaux constituent souvent les plus acharnés.

Longtemps, les conflits familiaux sont restés l'apanage du seul juge. En vertu du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, la volonté des intéressés ne pouvait avoir de prise sur le litige que seul le juge pouvait trancher. L'intervention croissante du juge dans les conflits de couple a pu être relevée avec humour par certains auteurs qui parlent de « ménage à trois, le mari, la femme et le juge »². Ce rôle de plus en plus

¹ Propos (Le couple humain), La Pleiade, t. 1 p. 601.

² Malaurie et Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 7^{ème} éd., 2013, n° 18.

important a été facilité par l'instauration d'un juge aux affaires familiales au sein des tribunaux de grande instance en vertu d'une loi du 8 janvier 1993. Ses attributions n'ont cessé de se développer par la suite, ne serait-ce qu'à travers les notions-cadre comme l'intérêt de la famille ou l'intérêt de l'enfant que la loi a multiplié en matière familiale. Le juge aux affaires familiales constitue ainsi le pilier central de tout litige familial.

Pourtant, depuis une vingtaine d'années le rôle de la volonté dans le droit des personnes et de la famille s'est affirmé sous l'influence de plusieurs facteurs.

Le premier réside dans un recul de l'impératif dans les relations familiales, un affaiblissement du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, un passage du statut au contrat ³, écho de la célèbre loi d'évolution de Sumner Maine ⁴.

Le second est le rôle croissant des droits subjectifs, de l'individualisme, qui se traduit par une subjectivisation du droit familial et tend à faire de la famille une « collection de droits subjectifs établis sur la tête de chacun de ses membres »⁵, reconnaissant un rôle important à la volonté individuelle dans le droit des relations de couple.

Enfin, troisième facteur, le vent de liberté qui a soufflé en droit de la famille à partir des années 1970 a apporté un pluralisme législatif cher au doyen Carbonnier. Le rôle de la loi est désormais moins d'interdire que de proposer. « A chacun sa famille, à chacun son droit » ⁶: en permettant à chacun de choisir

³ P. Catala, « La métamorphose du droit de la famille », in *Le Code civil, 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341.

⁴ H. S. Maine, *Ancient law*, Londres, 1861: « On peut dire que le mouvement des sociétés progressistes (ou dynamiques) par rapport aux sociétés statiques, a été jusqu'ici un mouvement du statut au contrat » (p. 170).

⁵ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2006, n° 7 bis.

⁶ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 181.

le modèle de couple qui lui convient le mieux, le droit accroît le rôle de la volonté concertée des membres de la famille. Comme l'observait le doyen Cornu, « L'accroissement du pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la famille est une marque essentielle de l'infléchissement de ce droit. »⁷.

On a ainsi parlé de contractualisation des relations de famille, phénomène déjà constaté et étudié dans son ensemble⁸.

Cette contractualisation des relations familiales a permis aux époux de pouvoir plus facilement prévoir à l'avance comment régler un éventuel litige. La liberté des conventions matrimoniales a toujours constitué un principe cardinal du droit des régimes matrimoniaux. Les époux sont libres de choisir par contrat de mariage le régime matrimonial qui leur convient le mieux et ce n'est qu'à défaut que s'applique le régime matrimonial légal.

Cette liberté accrue peut désormais permettre aux notaires de conseiller à leurs clients des stipulations dans leur contrat de mariage organisant les conséquences financières d'un divorce. Le phénomène est encore timide. Les statistiques démontrent que la fréquence des contrats de mariage a tendance à stagner⁹ : pour s'en tenir à l'évolution récente, si dans les années qui précèdent la réforme de 1965, environ 25% des Français y recouraient, ils n'étaient plus que 18% à la suite de cette réforme¹⁰, ce chiffre tendant à se stabiliser¹¹.

⁷ G. Cornu, op. cit., n° 7.

⁸ X. Labbé, *Les rapports dans le couple sont-ils contractuels ?*, PUL, 1996; *La contractualisation de la famille*, (dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières), Economica, 2001; F. Deukeuwer-Defossez, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », in *Approche critique de la contractualisation*, cité, p. 167. Sur la contractualisation des libéralités et successions, cf. *Les successions*, Trav. Assoc. Henri Capitant. LX, 2010, Bruylant, spéc. les contributions sur Successions et contrats, p. 221 et s.

⁹ R. Cabrillac, *Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2013, n° 314.

¹⁰ M.-P. Champenois-Marmier et M. Faucheu, *Le mariage et l'argent*, PUF, 1981.

¹¹ Un sondage réalisé en 1997 montre que 17% des personnes mariées ont fait un contrat de mariage (Droit et patrimoine, janv. 1997, p. 12).

Mais il pourrait se développer sous l'influence du droit anglo-saxon. Ainsi les nuptial agreements, par lesquels les époux envisagent les conséquences de leur union et de son éventuelle dissolution¹², commencent à se développer en France¹³. Comme le suggère un notaire, « il faut faire preuve d'un peu plus d'audace et offrir enfin aux futurs époux des réponses plus précises aux questions qu'ils se poseront sans doute un jour »¹⁴.

Au delà de cet essor des conventions matrimoniales visant à désamorcer d'éventuels conflits futurs entre époux, le droit intervient pour inciter les époux à régler à l'amiable leur divorce. La raison de cet encouragement au règlement amiable de ce type de litige est prosaïque. Les procès en divorce constituent un contentieux abondant, souvent répétitif. Les statistiques montrent en ce sens que 60 % de l'activité des tribunaux de grande instance intéresse le droit de la famille¹⁵. Soustraire ces litiges à la justice étatique permettrait de désencombrer les tribunaux et par là même de réduire les dépenses publiques.

C'est ainsi que se développe le règlement amiable des litiges entre époux avant l'instance en divorce (I) et pendant l'instance en divorce (II).

¹² C. Butruille-Cardew, « Les contrats nuptiaux internationaux », *RLDC* 2012, n° 01, p. 75; M. Bataillard-Samuel, « La pratique des accords pré-nuptiaux outre-Manche », *RLDC* 2012, n° 91, p. 81. Ad. F. Laroche-Gisserot, « Organiser son divorce en se mariant: l'exemple des pays de Common Law », in *Mélanges G. Champenois*, Lextenso, 2012, p. 485 et s.

¹³ C. Bitbol, « Comment aménager son contrat de mariage pour éviter un conflit lors d'un divorce », *RLDC* 2012, n° 91, p. 71.

¹⁴ A. Depondt, « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.* 16/17 mars 2012, p. 15.

¹⁵ Cf. Malaurie, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, n° 41. Ad.: Collectif des onze, *Au tribunal des couples*, O. Jacob, 2013.

D) L'essor du règlement amiable des litiges entre époux avant l'instance en divorce :

La volonté des époux est sollicitée pour mettre fin à leurs différends avant même le début de l'instance. Si de nombreux mécanismes existent pour favoriser cette recherche d'accords ¹⁶, il faut observer de manière préliminaire que malgré leur vocation plus générale que le seul règlement des conflits entre époux, leur application en ce domaine pourra se révéler particulièrement pertinente.

L'évolution des règles applicables à deux d'entre eux nous semblent emblématique, la convention de procédure participative et la conciliation.

Une loi du 22 décembre 2010 a introduit la convention de procédure participative dans notre Code civil (art. 2062 et s.), relayée par un décret du 20 janvier 2012 qui introduit cette convention dans le Code de procédure civile (art. 1542 et s.).

Comme le prévoit l'article 2062 du Code civil, « La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à oeuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution de leur différend. ».

Cette convention doit à peine de nullité être rédigée par écrit et comporter son terme, puisqu'elle est prévue pour une durée déterminée (art. 2062 al. 2 C.civ.), l'objet du différend et les pièces et informations nécessaires à la résolution de ce différend (art. 2063 C.civ.).

¹⁶ Cf. par exemple E. Mulon, « Etat des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale », *Gaz. Pal.* 5 fév. 2011, p. 8 et s., Etude 14709.

Toute personne peut en principe recourir à une convention de procédure participative, pour tout litige, sauf ceux concernant un contrat de travail (art. 2064 C.civ.). Si ces dispositions ont ainsi une portée très générale, les litiges entre époux, qu'ils portent sur des questions patrimoniales ou extrapatrimoniales, sont directement concernées par la convention de procédure participative. L'innovation est d'autant plus marquante en la matière que le recours à l'arbitrage est prohibé sur les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, au divorce et à la séparation de corps. L'article 2067 du Code civil dispose en particulier que « la convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution contractuelle en matière de divorce et de séparation de corps ». Comme le remarquent justement des auteurs faisant autorité, « on constate ici l'assouplissement de certaines barrières traditionnelles et le développement du contractualisme en matière familiale »¹⁷.

Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Un époux ne pourra saisir le juge qu'en cas d'inexécution de la convention (art. 2065 al. 1er). La convention de procédure participative ne permet l'intervention du juge qu'en cas d'urgence, pour prendre des mesures provisoires (art. 2065 al. 2 C.civ.).

Lorsqu'au terme de la convention de procédure participative, les époux sont parvenus à un accord réglant tout ou partie de leur différend, ils peuvent soumettre cet accord au juge pour homologation (art. 2066 al. 1 C.civ.).

¹⁷ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2011, n° 16.

L'essor du règlement amiable des litiges entre époux trouve également une illustration topique dans le développement et les mutations de la conciliation.

La conciliation, dont les origines dans notre droit processuel remontent à la période du droit intermédiaire, a vu son rôle renforcé et transformé par la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004.

Selon l'article 252 du Code civil, « Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire » : la conciliation est donc désormais obligatoire avant l'instance dans tous les types de divorce.

Mais surtout, l'objet de la conciliation a changé. Dans le système mis en place par la loi de 1975, la conciliation avait essentiellement pour rôle de faire réfléchir les époux sur le principe même du divorce, les inciter à renoncer au divorce. Désormais, « le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que ses conséquences » (art. 252 al. 2 C.civ.).

Dans cette logique, lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande en divorce, il n'abandonne pas toute conciliation et incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable en présentant à l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce (art. 252-3 C.civ.). La conciliation permet donc désormais à la volonté concordante des époux d'aménager les conséquences, en particulier patrimoniales, de leur séparation plutôt que de se les voir imposées par le juge.

Ce rôle important du règlement amiable du divorce par les époux se prolonge en cours d'instance.

II) L'essor du règlement amiable des litiges entre époux lors de l'instance

Très souvent, les époux en instance de divorce souhaitent organiser au plus tôt leurs nouvelles relations pécuniaires. Pendant longtemps, ils n'ont pu le faire sous peine de heurter le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Cette prohibition s'appliquait si les époux voulaient réaliser une liquidation globale de leur régime matrimonial ou même s'accorder pour régler le sort d'un bien déterminé. Lex ex-époux ne retrouvaient leur liberté contractuelle qu'après la dissolution définitive de leur mariage.

La loi du 11 juillet 1975 a innové en permettant un règlement anticipé des conséquences du divorce et la réforme du 26 mai 2004 est allée encore plus loin.

En cas de divorce sur demande conjointe, le prononcé du divorce est subordonné à la présentation par les époux d'une convention définitive qui en règle les conséquences (art. 230 C.civ.). Dans ce type de divorce, le règlement amiable par les époux est donc déterminant, le juge se contentant d'homologuer leur accord.

Dans les autres cas de divorce, la loi du 26 mai 2004 a voulu favoriser le règlement anticipé des conséquences patrimoniales du divorce. Le règlement conventionnel de la liquidation des relations patrimoniales entre époux est érigé en principe, l'intervention du juge paraissant désormais subsidiaire, comme en témoigne la formulation de l'article 267 du Code civil : « A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux ».

L'article 265-2 du Code civil, applicable à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, prévoit que « les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». Ce texte constitue l'application d'un principe plus général qui permet aux époux de soumettre à l'homologation du juge les conventions réglant tout ou partie du divorce (art. 268 C.civ.).

L'essor du règlement amiable des litiges entre époux démontre le prodigieux développement des modes alternatifs de règlement des litiges dans une matière, le divorce, longtemps restée le domaine réservé du juge.

Le juge est-il pour autant amené à disparaître du divorce ? Les controverses soulevées lorsqu'est périodiquement proposé le divorce sans juge, c'est à dire le règlement du divorce par consentement mutuel sans intervention judiciaire, montre que les mentalités n'évoluent que progressivement. L'intervention du juge et celles des époux nous semblent non pas contradictoires mais complémentaires. En particulier, le juge doit conserver un rôle important pour protéger un des époux qui serait en situation de faiblesse par rapport à l'autre.