

AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

297 *Margareta Baddeley*: La réforme du droit du nom maintient le cap317 *Axelle Prior/Patrick Stoudmann*: La contribution de prise en charge dans les familles recomposées: analyse à la lumière des arrêts 5A_382/2021 du 20 avril 2022 et 5A_378/2021 du 7 septembre 2022349 *Clara Wack*: La preuve dans la justice familiale négociée: de la preuve de l'accord à la preuve par accord

DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

373 Rezensionen – Recensions – Recensioni

376 RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

HERAUSGEBERINNEN

ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

BEGRÜNDET VON

INGEBORG SCHWENZER

Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Christine Arndt
Margareta Baddeley
Sabrina Burgat
Linus Cantieni
Jeanne DuBois
Roland Fankhauser
Christiana Fountoulakis
Thomas Geiser
Urs Gloor
Alexandra Jungo
Karin Meyer
Margot Michel
Daniel Rosch
David Rüetschi
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Heidi Simoni

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 541

en ligne+

Vos avantages en un
coup d'œil: Page 541

IMPRESSUM

25. Jahrgang – Année – Mai – Mai – Maggio

Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale

Zitervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch

ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

Herausgeberinnen Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: lst.buechler@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch

Begründet von Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Leimenstrasse 42, CH-4051 Basel, E-Mail: ingeborg.schwenzer@unibas.ch

Schriftleitung Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@svwam.ch, fampra-ius@unibas.ch

Redaktion lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Prof. Dr. iur. Sabrina Burgat; Dr. iur. Linus Cantieni, Rechtsanwalt; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; lic. iur. Karin Meyer, Rechtsanwältin; Prof. Dr. Margot Michel; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. phil. Heidi Simoni, Fachpsychologin für Psychotherapie FSP.

Verlag Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Telefon: ++41 31 300 63 25
E-Mail: verlag@staempfli.com
Internet: www.staempfliverlag.ch

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Inserate Stämpfli Kommunikation, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Telefon: ++41 31 300 63 82
E-Mail: inserate@staempfli.com

Abonnemente Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Telefon: ++41 31 300 63 25
E-Mail: zeitschriften@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 497.– (Print und Online), Online Sfr. 428.–

Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 139.– (exkl. Porto)

Ausland – Etranger – Estero: AboPlus € 519.–, Online € 428.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWST.

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 2 mois avant la fin de l'abonnement.

© 2024 by Stämpfli Verlag AG, Bern



Der **Schreiber** steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

Le **scribe** symbolise notre volonté de produire, en collaboration avec nos auteurs, du contenu d'exception.

La preuve dans la justice familiale négociée : de la preuve de l'accord à la preuve par accord

Clara Wack, doctorante en droit et chargée de cours à l'Université de Fribourg, avocate à Genève

Mots-clés : *convention de divorce, convention relative à l'entretien, transaction, ratification, consentement.*

Stichwörter: *Scheidungsvereinbarung, Unterhaltsverträge, Vergleich, Genehmigung, Zustimmung.*

I. Introduction¹

En Suisse, on estime que 90 % des divorces sont prononcés sur la base d'un accord complet². Dans les procédures d'accord, les parties concluent une convention sur les effets du divorce, dont la validité est sujette à la ratification du tribunal qui vérifiera que les conditions y relatives sont réunies. Entre parents non mariés également, le taux d'accord relatif au sort des enfants avoisinerait les 90 %³, étant précisé qu'une ratification n'est pas toujours requise. Au demeurant, des accords (sujets ou non à ratification) interviennent fréquemment en mesures protectrices de l'union conjugale et dans les procédures ultérieures de modification. La transaction joue donc un rôle central dans l'administration de la justice familiale.

En pratique, les parties trouvent des accords par le recours à divers modes alternatifs de règlement des différends : négociation, médiation, conciliation, droit colla-

1 Une première épreuve de la présente contribution a été soumise lors du séminaire annuel 2023 du programme doctoral en droit de la Conférence universitaire de Suisse occidentale, intitulé « Le droit et la preuve », sous la direction du Prof. Laurent Bieri. Je le remercie ainsi que les participantes et participants pour leurs remarques constructives.

2 COTTIER/SAHDEVA/AEBY, Implementing Gender Equality as an Aim of the Swiss Family Justice System, in : MACLEAN/TRELOAR/DIJKSTERHUIS (éds), What is a Family Justice System For ?, Londres 2022, 71, 72. Cette tendance n'est pas nouvelle, cf. CARDIA-VONÈCHE/BASTARD, Les silences du juge ou la privatisation du divorce, Une analyse empirique des décisions judiciaires de première instance, Droit et société 1986, 405, 409 s., présentant les résultats d'une étude réalisée sur 490 jugements genevois rendus en 1980.

3 FRIEDLI, Régulation des relations familiales et reproduction de l'ordre de genre : des transformations du droit à la justice en action, th., Lausanne 2021, 327 ss ; Commromand/PERRIN, art. 287 CC, n. 2, et la référence citée.

boratif, voire arbitrage. On parle à cet égard de justice familiale négociée⁴. Dans chacun de ces processus, le consentement des parties joue un rôle déterminant. A quelle vérification se livre le tribunal pour établir le consentement ? Autrement dit, comment la *preuve de l'accord* est-elle recueillie par les tribunaux ?

Par ailleurs, l'autorité sollicitée pour la ratification d'une convention doit déterminer si son contenu est conforme au droit, avec un pouvoir de cognition variable selon le type d'affaires. Pour ce faire, la loi requiert que la convention contienne certaines indications et que les pièces nécessaires soient produites. Outre les demandes de ratification, il peut arriver qu'une partie se prévale d'un accord préexistant. Dans ces différents cas, la convention sert de preuve. Comment cette *preuve par accord* est-elle appréciée par les tribunaux ?

Notre contribution se propose de répondre à ces questions par l'étude du droit en action⁵, soit tel qu'appliqué par les tribunaux. Celle-ci s'appuie d'une part sur les procédés mis en évidence dans la jurisprudence et la doctrine, et d'autre part sur certaines données empiriques existantes, complétées par quelques extraits issus d'entretiens de recherche que nous avons conduits, dans le contexte d'une étude portant sur l'arbitrage familial, avec des personnes intervenant professionnellement à la résolution des litiges familiaux en Suisse romande⁶.

Cette analyse nous permettra de montrer que les conditions ayant présidé à l'accord ne sont pas toujours prises en compte pour vérifier l'effectivité du consentement (*preuve de l'accord*) (III), alors même que l'accord sert fréquemment à fonder une décision (*preuve par accord*) (IV). Or, cette tendance n'est pas sans risque, raison pour laquelle il importe de faire preuve de rigueur dans la vérification du consentement (V). Avant d'opérer cette démonstration, un aperçu des accords transactionnels susceptibles d'intervenir en droit de la famille et des conditions auxquelles ils sont soumis s'impose, en particulier eu égard au consentement des parties (II).

4 P. ex. AMIEL/GARAPON, Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance, *Annales de Vauresson* 1987, 17 ; GÉRARD/OST/VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles 1996.

5 Le terme nous vient de POUND, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 1910, 12.

6 Projet n° 195426 (en cours) financé au moyen d'un subside Doc.CH par le Fonds national suisse (FNS) et intitulé : « *La résolution des différends familiaux par l'arbitrage – Etude comparative et de faisabilité* ». Au sujet du recours à l'enquête qualitative et à l'entretien de recherche pour analyser le sens donné à une pratique, cf. p. ex. BLANCHET/GOTMAN, *L'entretien*, 2^e éd., Paris 2015, 24 ; RUBIN/RUBIN, *Qualitative Interviewing: The Art of Hearing*, 2^e éd., Thousand Oaks 2005, 2 ss ; PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Bâle 1997, 82 ss.

II. Un aperçu des différents régimes juridiques de l'accord transactionnel en droit de la famille

Les accords transactionnels conclus en matière familiale constituent des contrats au sens des art. 1 ss CO. Leur validité est donc soumise aux conditions et principes généraux du droit des obligations, sous réserve de dispositions spéciales prévoyant des conditions différentes ou additionnelles. De telles dispositions peuvent découler du droit civil de la famille ou du droit de procédure. Ci-après, nous traitons tour à tour des spécificités relatives aux conventions de divorce (1), sur mesures protectrices de l'union conjugale (2), entre parents non mariés (3), et modifiant un accord ou une décision antérieure (4).

1. La convention de divorce

La convention de divorce, qu'elle procède d'un accord complet ou partiel sur le principe du divorce et ses effets, est sujette à la ratification du tribunal (*Genehmigung; omologazione*), sous peine d'invalidité (art. 279 al. 2 CPC)⁷. Le tribunal ratifie la convention après s'être assuré que les parties l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré (art. 111 al. 1 et 112 al. 2 CC; art. 279 al. 1 CPC). Au demeurant, elle doit être claire et complète, et elle ne doit pas être manifestement inéquitable (art. 279 al. 1 CPC). En ce qui concerne le partage de la prévoyance professionnelle, la convention doit être conforme à la loi (art. 122 ss CC; art. 280, al. 1 let. c CPC); toutefois, les parties peuvent s'écarter du partage par moitié de la prévoyance professionnelle ou y renoncer complètement, pour autant qu'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate reste assurée (art. 280 al. 1 let. c et al. 3 CPC). En ce qui concerne les aspects relatifs aux enfants, un accord à leur sujet ne lie pas le tribunal⁸, mais fait plutôt office de proposition⁹, raison pour laquelle la loi parle de « *conclusions communes relatives aux enfants* » (art. 111 al. 1 CC); pour être approuvées, celles-ci doivent être conformes à la loi, ce qui implique une compatibilité avec le bien de l'enfant (art. 133, 273 ss, 276 ss, 287 ss et 296 ss CC)¹⁰.

A notre sens, les conditions de ratification s'appliquent à l'ensemble des effets accessoires du divorce, tandis que les aspects qui concernent les enfants et le partage de la prévoyance professionnelle sont par ailleurs soumis à des conditions plus protectrices. Le tribunal doit donc là aussi s'assurer que les parties ont procédé après

7 Sur les effets d'une convention de divorce avant la ratification, cf. not. Commromand/TAPPY, art. 279 CPC, n. 23 ss; PICHONNAZ/VERDON, La force obligatoire d'une convention de divorce avant ratification : vers une évolution du régime, in : LEUBA/PAPAUX VAN DELDEN/FOËX (éds), Le droit en question : mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève 2017, 39.

8 ATF 143 III 361, consid. 73.1 = JdT 2018 II 137, 140 s. = SJ 2018 I 121, 123 = FamPra.ch 2017, 1135, 1138.

9 Commromand/FOUNTOULAKIS/SANDOZ, art. 111 CC, n. 9.

10 TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 5.1; Commromand/TAPPY, art. 279 CPC, n. 7.

mûre réflexion et de leur plein gré. Cette interprétation découle de la lettre de l'art. 111 al. 2 CC, qui dispose que la vérification du consentement porte tant sûr le dépôt de la requête commune en divorce que sur la conclusion de la convention, et que la ratification porte tant sur la convention que sur les conclusions relatives aux enfants¹¹.

Le tribunal doit entendre les parties séparément et ensemble (art. 111 al. 1 et 112 al. 2 CC). Sauf cas de dispense, elles sont donc convoquées à une audition et doivent comparaître personnellement (art. 278 et 287 CPC). Pour ce qui concerne le sort des enfants en revanche, la loi ne prévoit pas d'exception à l'audition personnelle des parents (art. 297 al. 1 CPC). Ainsi, dès lors que le tribunal est saisi pour la ratification de conclusions communes relatives au sort des enfants, il est tenu d'entendre les parents personnellement ; d'après la doctrine, si l'audition en personne s'avère impossible, les parents doivent être entendus par un autre biais¹². Par ailleurs, pour que le tribunal puisse vérifier que la convention n'est pas manifestement inéquitable, ou qu'elle respecte les exigences légales, il est requis, eu égard à certains effets accessoires, qu'elle contienne des indications spécifiques, et les parties sont tenues de produire certaines pièces (art. 277 al. 2, 280 al. 1 let. a et b, 282 al. 1 et 301a CPC ; art. 111 al. 1, 112 al. 2, 287a CC).

Les conventions relatives à la séparation de corps ainsi qu'à la dissolution du partenariat enregistré sont soumises aux mêmes conditions que les conventions de divorce (art. 117 al. 1 CC ; art. 29 LPart ; art. 294 al. 1 et 307 CPC).

D'après la jurisprudence, l'exigence que la convention ait été conclue après mûre réflexion suppose de vérifier que les parties ont compris les dispositions de leur convention et les conséquences qu'elles impliquent, en veillant notamment à ce que la convention n'ait pas été conclue dans la précipitation ou acceptée par lassitude¹³. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a estimé qu'une convention négociée lors d'une audience ayant duré 4h30, au cours de laquelle chaque partie avait eu l'opportunité de s'entretenir avec son conseil durant deux suspensions d'audience, était réputée conclue après mûre réflexion¹⁴.

Concernant l'exigence que les parties aient procédé de leur plein gré, celle-ci implique de vérifier qu'elles ont formé librement leur volonté et qu'elles l'ont communiquée librement¹⁵. La libre formation de la volonté suppose une absence de vice du

11 Dans le même sens, Commromand/ Tappy, art. 279 CPC, n. 7 ; TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 5.1. Cf. aussi ATF 143 III 361, consid. 7.3.1 = JdT 2018 II 137, 140 s. = SJ 2018 I 121, 123 = FamPra.ch 2017, 1135, 1138, lequel ne le dit pas expressément mais le laisse entendre, en exposant que les effets du divorce comprennent le sort des enfants.

12 Combâlois/MICHEL/STECK, art. 297 CPC, n. 10 s., et les références citées.

13 TF, 18.3.2015, 5A_683/2014, consid. 6.1 ; TF, 17.3.2015, 5A_772/2014, consid. 5.1 ; TF, 5.8.2014, 5A_74/2014, consid. 4.1 ; TF, 4.10.2013, 5A_187/2013, consid. 6.1.

14 TF, 18.3.2015, 5A_683/2014, consid. 6.2. Cf. ég. TF, 5A_74/2014 du 5 août 2014, consid. 4.2., qui ne spécifie pas la durée de l'audience.

15 TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 6.1 ; TF, 5A_772/2014 du 17 mars 2015, consid. 5.1 ; TF, 5A_74/2014 du 5 août 2014, consid. 4.1 ; TF, 5A_187/2013 du 4 octobre 2013, consid. 7.1.

consentement au sens des art. 23 ss CO ; cependant, d'après le Tribunal fédéral, « *un consentement exempt de vice au sens du droit des obligations ne correspond pas totalement à un consentement donné après mûre réflexion et du plein gré de la personne concernée, le second devant être examiné de manière moins restrictive par le juge du divorce* »¹⁶. Ainsi, il ne suffit pas de retenir l'absence de vice de consentement pour ratifier une convention de divorce, des exigences supplémentaires étant prévues¹⁷. Il est toutefois difficile de discerner la portée pratique de cette distinction¹⁸.

Selon la jurisprudence toujours, cette exigence n'oblige pas à rechercher les vices du consentement cachés ; la partie victime d'un vice du consentement supporte le fardeau de l'allégation et le fardeau de la preuve y relatifs (art. 8 CC)¹⁹. A cet égard, le Tribunal fédéral se réfère à la jurisprudence antérieure au CPC, qui retenait que la maxime des débats était applicable²⁰. Pourtant, d'après le CPC, la maxime des débats ne s'applique que concernant le régime matrimonial et l'entretien post-divorce (art. 277 al. 1 CPC) – étant précisé qu'elle est d'ailleurs tempérée, puisque le tribunal peut requérir des pièces manquantes de la part des parties –, tandis que le reste de la procédure est soumis à la maxime inquisitoire (art. 277 al. 3 et 296 al. 1 CPC)²¹. Or, en application de la maxime inquisitoire, applicable notamment en ce qui concerne la prévoyance professionnelle et les enfants, le tribunal est requis de rechercher les vices du consentement cachés²². De plus, il nous paraît contradictoire de retenir que le tribunal ne devrait examiner les vices du consentement que sur allégation de la partie concernée, alors même qu'il est tenu par les dispositions spéciales applicables de s'assurer que les parties ont conclu la convention de leur plein gré. Rappelons que lors de la révision du droit du divorce de 2000, l'exigence de ratification des conventions de divorce était articulée comme le moyen d'éviter « *qu'une partie puisse être forcée à faire des concessions qui paraissent inéquitables et injustes* »²³ ; une vérification proactive du consentement des parties nous paraît donc indispensable et découler de la loi.

16 TF, 5A_772/2014 du 17 mars 2015, consid. 5.1 ; cf. ég. TF, 5A_721/2012 du 17 janvier 2013, consid. 3.3.2.

17 Confirmant l'interprétation que nous donnons aux termes « de manière moins restrictive » : TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 6.1.

18 MEIER, Les conventions sur les effets du divorce : questions choisies / IV.-V., in : FOUNTOLAKIS/JUNGO (éds), La procédure en droit de la famille, Zurich 2020, 110, n. 51.

19 TF, 5A_772/2014 du 17 mars 2015, consid. 5.1 ; TF, 5A_74/2014 du 5 août 2014, consid. 4.1 ; TF, 5A_187/2013 du 4 octobre 2013, consid. 7.1 ; Commromand/TAPPY, art. 279 CPC, n. 12a.

20 TF, 5A_599/2007 du 2 octobre 2008, consid. 6.3.1 = FamPra.ch 2009, 750 ; Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse, FF 1996 I 1, 144 (*a contrario*), étant précisé qu'aux termes de l'ancien art. 140 CC, les aspects relatifs au sort des enfants n'étaient pas soumis à la ratification (*ibid.*, 143), contrairement à ce qui découle désormais de la lettre de l'art. 111 al. 2 CC.

21 S'agissant du degré du pouvoir inquisitoire du tribunal selon ces autres effets accessoires, certains étant soumis à la maxime inquisitoire dite sociale ou limitée, d'autres à la maxime inquisitoire dite pure ou illimitée, not. les questions relatives aux enfants et la prévoyance professionnelle, cf. Commromand/TAPPY, art. 277 CPC, n. 4 s.

22 FF 1996 I 1 (n. 20), 144.

23 *Ibid.*, 144.

2. La convention sur mesures protectrices de l'union conjugale

En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, le Tribunal fédéral considère qu'il convient d'appliquer l'art. 279 CPC par analogie aux conventions relatives à l'entretien (art. 176 al. 1 ch. 1 CC), de sorte que la validité de telles conventions est soumise à ratification²⁴. Ce raisonnement s'étend logiquement aux mesures similaires prévues pour le partenariat enregistré. En ce qui concerne l'entretien de l'enfant spécifiquement, comme dans le divorce, le tribunal n'est toutefois pas lié par la convention des parties²⁵. A notre sens, il en découle que là aussi, le tribunal ratifie les conclusions communes des parents aux conditions des art. 279 CPC et 111 al. 2 CC par analogie, pour autant qu'elles respectent la loi et en particulier qu'elles servent le bien de l'enfant. Cette réflexion s'impose par un souci de cohérence entre la réglementation applicable dans la procédure de divorce et celle qui régit les mesures protectrices²⁶. Comme en matière de divorce, le tribunal saisi d'une demande de ratification d'une convention doit à notre sens s'assurer proactivement du consentement des parties. Rappelons au demeurant que la procédure de mesures protectrices est soumise à la maxime inquisitoire (art. 272 et 306 CPC)²⁷, ce qui tend à confirmer que le tribunal doit être attentif à d'éventuels vices du consentement, même cachés, affectant la convention relative à l'entretien²⁸. En revanche, le tribunal statue en application de la procédure sommaire (art. 271 let.a CPC) ; il se prononce ainsi sur la base de la simple vraisemblance, après une administration limitée des preuves²⁹. D'après nous, en ce qui concerne la ratification d'une convention entre les parties, la procédure sommaire ne dispense pas le tribunal des vérifications imposées par l'art. 279 CPC et 111 al. 2 CC, dès lors que la conclusion d'une convention dispense déjà d'un examen complet des faits (cf. *infra* IV). En ce qui concerne le contenu de la convention

24 TF, 5A_1031/2019 du 26 juin 2020, consid. 2.2 = FamPra.ch 2020, 1016; TF, 5A_30/2019 du 8 mai 2019, consid. 3.2.1; ATF 142 III 518, consid. 2.5.

25 TF, 5A_1031/2019 du 26 juin 2020, consid. 2.2 = FamPra.ch 2020, 1016; ATF 143 III 361, consid. 7.3.1; TF, 5A_915/2018 du 15 mai 2019, consid. 3.3.

26 Un arrêt non publié du Tribunal fédéral pourrait laisser entendre que l'art. 279 CPC ne serait simplement pas applicable quant au sort des enfants : *ibid.*, consid. 2.2 et 5. S'agissant de l'application de l'art. 279 CPC à tous les effets du divorce toutefois, dont certains sont cependant soumis à de plus amples exigences en termes de conformité au droit, cf. Commromand/TAPPY, art. 279 CPC, n. 7; ég. TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 5.1.

27 Selon la jurisprudence, l'art. 272 CPC prévoit une maxime inquisitoire dite sociale ou limitée, la maxime inquisitoire dite illimitée ou pure s'appliquant en revanche toujours pour ce qui concerne les enfants, conformément à l'art. 296 al. 1 CPC, cf. p. ex. TF, 5A_855/2017 du 11 avril 2018, consid. 4.3.2; sur ces deux types de maxime inquisitoire, cf. nbp. 21.

28 Au sujet de la portée de la maxime inquisitoire dite sociale ou limitée, cf. p. ex. TF, 5A_298/2015, consid. 2.1.2, et Commromand/TAPPY, art. 272 CPC, n. 4a, qui expose que même si cette maxime n'oblige pas le tribunal à rechercher lui-même l'état de fait pertinent, celui-ci doit « guider la partie (...) inexpérimentée en l'orientant pendant les débats, dans le cadre d'un devoir d'interpellation accrue ».

29 P. ex. TF, 5A_855/2017 du 11 avril 2018, consid. 4.3.2, et les références citées.

relative à l'entretien, une application par analogie de l'art. 282 al. 1 CPC nous paraît pertinente.

S'agissant de la réglementation de la garde et des relations personnelles, les parties peuvent s'entendre librement, sans avoir à en référer obligatoirement au tribunal³⁰. Toutefois, en cas de désaccord ultérieur, le tribunal devra statuer conformément au bien de l'enfant et, s'il entend prendre en compte l'accord préexistant, vérifier qu'il ne fait pas l'objet d'un vice du consentement, même caché, en application de la maxime inquisitoire toujours. Si les parents s'entendent après que l'autorité a été saisie, il est possible d'obtenir la ratification de l'accord, afin que la transaction déploie les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 et 217 CPC). L'accord ne sera ratifié que s'il est conforme à la loi, et donc au bien de l'enfant ; dans ce cas aussi, l'autorité reste tenue de vérifier d'office que la convention a été valablement conclue, et donc que le consentement des parties n'était pas vicié.

Notons en outre que la loi impose d'entendre les parties personnellement, sauf si l'état de fait est clair ou incontesté ou si un cas de dispense est réalisé (art. 273 al. 1 et 2 CPC) ; pour ce qui concerne le sort des enfants, les observations apportées *supra* (II.1) relatives à l'absence d'exception à l'audition des parents sont applicables *mutatis mutandis*.

3. La convention entre parents non mariés

En ce qui concerne les parents non mariés, la convention relative à l'entretien de l'enfant est sujette à l'approbation de l'autorité (*Genehmigung* ; *approvazione*) (art. 287 al. 1 et 2 CC)³¹. L'approbation est requise pour que l'enfant soit lié (art. 287 al. 1 CC) ; *a contrario*, le parent débiteur est pour sa part lié dès la conclusion de la convention³². Pour être approuvée, celle-ci doit comporter les indications prévues par la loi (art. 287a CC ; art. 301a CPC). La loi ne comporte pas d'exigence spécifique relative au consentement des parties, si bien que l'examen est limité aux vices du consentement des art. 23 ss CO. Compte tenu de la maxime inquisitoire applicable, le juge doit rechercher d'éventuels vices cachés.

Quant aux autres droits et obligations des parents, à savoir les questions d'autorité parentale, de garde et de relations personnelles, il faut distinguer selon que les parents détiennent ou non l'autorité parentale. En effet, selon l'art. 298a al. 1 et 2 let. b CC, les parents obtiennent l'autorité parentale conjointe sur la base d'une déclaration commune à l'autorité, dans laquelle ils doivent confirmer qu'ils se sont entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ainsi que sur la contri-

30 GUILLOD/BURGAT, Droit des familles, Bâle/Neuchâtel 2022, n. 283 s.

31 La différence de terme par rapport aux art. 111 al. 1 CC et 279 CPC dans les textes français et italien s'explique certainement par la volonté de marquer le pouvoir de cognition plus important de l'autorité, puisque, comme indiqué, celle-ci est censée vérifier que l'accord est conforme à la loi.

32 Commromand/PERRIN, art. 287 CC, n. 5, et la référence citée.

bution d'entretien. Hormis concernant ce dernier élément (vu le régime spécifique mentionné ci-dessus), aucune approbation par l'autorité n'est requise ; le contenu de l'accord n'a pas besoin d'être communiqué³³. *A fortiori*, les parents non mariés qui détiennent l'autorité parentale conjointe peuvent s'entendre librement sur la prise en charge personnelle de l'enfant ; l'autorité n'interviendra que si la protection de l'enfant le requiert ou si une partie sollicite une nouvelle réglementation (art. 273 al. 3, 274 al. 2, 298b al. 3 et 4, 298d al. 1 et 2 et 307 ss CC). Le fait que des parents qui détiennent l'autorité parentale conjointe puissent s'entendre sur un changement de résidence de l'enfant ayant des implications sur la garde ou les relations personnelles sans devoir soumettre leur accord à ratification (art. 301a al. 2 et 5 CC) s'inscrit dans la même logique. Dans le même sens, à teneur de l'art. 298b al. 3 CC, lorsqu'un parent s'adresse à l'autorité de protection pour qu'elle statue sur l'autorité parentale conjointe, l'autorité ne règle les autres points que s'ils sont *litigieux*. Ainsi, lorsque seul l'un des parents détient l'autorité parentale, ils peuvent également s'entendre sur l'exercice des relations personnelles ; en revanche, si aucun d'entre eux ne détient l'autorité parentale, l'autorité doit statuer sur le droit aux relations personnelles³⁴. Si les deux parents détiennent l'autorité parentale, mais souhaitent passer à l'autorité parentale exclusive en faveur de l'un d'eux, l'autorité doit statuer (art. 298d al. 1 CC)³⁵.

Notons cependant qu'une large partie de la doctrine considère qu'une approbation devrait être requise ou qu'il faudrait au moins donner suite à une demande d'approbation d'une convention qui porte sur la garde et les relations personnelles, afin de renforcer son caractère obligatoire pour les parties ; l'approbation ne sera refusée que si la convention menace le bien de l'enfant³⁶. Nous estimons également qu'il devrait être possible de soumettre la convention à approbation.

Dans les cas précités, la convention ne demeure valable qu'en l'absence de vices du consentement, ce que devrait vérifier l'autorité saisie d'une demande d'approbation ; de même, en cas de procédure ultérieure dans laquelle une partie se prévaut d'une convention existante, l'autorité qui entend donner du poids à cette convention est à notre sens tenue de rechercher les vices cachés, vu la maxime inquisitoire applicable.

33 JUBIN, Les effets de l'union libre, Zurich 2017, n. 317, et les références citées.

34 GUILLOD/BURGAT (n. 30), n. 283.

35 COTTIER/CLAUSEN, Obhut und Betreuung bei gemeinsamer elterlicher Sorge, in : Neunte Schweizer Familienrecht§Tage, Bern 2018, 165, 175 ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, Bâle 2019, n. 631 et 643.

36 L'approbation est requise : COTTIER/CLAUSEN, (n. 35), 175. La demande devrait être traitée : Commromand/COTTIER, art. 298b CC, n. 19 ; Commbâlois/SCHWENZER/COTTIER, art. 298b CC, n. 18 ; MEIER/STETTLER, (n. 35), n. 1153. L'approbation n'est pas possible : LUCA, art. 298b CC, in : KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FRANKHAUSER, ZGB Kommentar, n. 4. A mi-chemin : Commbernois/AF-FOLTER-FRINGELI/VOGEL, art. 298b CC, n. 49, qui estiment que l'autorité ne peut pas approuver la convention, mais peut en prendre acte formellement lorsqu'elle statue sur l'entretien de l'enfant.

Les observations apportées *supra* concernant la transaction judiciaire (II.2) valent *mutatis mutandis*, de même que celles relatives à l'audition personnelle des parents dans les procédures relatives au sort des enfants (II.1), étant rappelé que la loi ne prévoit pas d'exception à cette audition.

4. *La convention modifiant une réglementation antérieure*

L'accord venant modifier les effets du divorce est en principe soumis à la forme écrite et n'a pas besoin d'être ratifié (art. 284 al. 1 CPC) ; en ce qui concerne le sort des enfants en revanche, l'autorité compétente doit statuer sur une éventuelle modification prévue par accord (art. 134 al. 3 et 4 CC). Elle s'assurera ainsi que les conclusions communes y relatives, notamment la convention relative à l'entretien de l'enfant, sont conformes avec la loi, et, si elle entend s'en tenir à l'accord des parents, qu'il n'est pas entaché d'un vice du consentement, même caché, vu la maxime inquisitoire applicable.

En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, l'art. 179 al. 1 CC renvoie aux dispositions relatives à la modification des droits et devoirs parentaux en cas de divorce. Se pose cependant la question de savoir si une modification relative à l'entretien de l'époux ou de l'épouse doit être soumise aux règles du droit du divorce, de sorte qu'une ratification n'est pas nécessaire, ou si elle doit plutôt être soumise au régime de l'accord (initial) trouvé en mesures protectrices. A notre avis, il convient plutôt de retenir la deuxième solution : dans la logique de la loi, dès lors que les parties sont encore mariées, une convention emportant la modification des obligations alimentaires entre époux jusqu'au divorce devrait être ratifiée par le tribunal, en application de l'art. 279 CPC par analogie³⁷.

S'agissant des modifications relatives à l'entretien de l'enfant lorsque les parents ne sont pas mariés, d'après une ancienne jurisprudence, tout accord y relatif doit être approuvé par l'autorité de protection³⁸. Cette solution mérite d'être maintenue, également dans une optique de traitement égalitaire des enfants quel que soit l'état civil de leurs parents. En ce qui concerne par ailleurs les modifications relatives aux autres aspects (autorité parentale, garde, relations personnelles), nous renvoyons à la section précédente (II.3).

En outre, les observations apportées *supra* (II.1) en matière d'audition personnelle des parties valent *mutatis mutandis* pour la procédure en modification.

37 Dans le même sens, Commromand/CHAIX, art. 179 CC, n. 3, qui considère que « *le juge peut être amené à modifier les mesures sur requête commune des époux* ».

38 ATF 113 II 113, consid. 4 = JdT 1989 I 618, cité par Commromand/PERRIN, art. 287 CC, n. 11 ; cf. é.g. MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4^e éd., Zurich 2009, n. 995 et 1016.

III. La justice familiale négociée et la vérification du consentement : la preuve de l'accord

Nous avons vu qu'en matière d'accords conclus en droit de la famille, l'autorité est tenue de s'assurer du consentement des parties et, à tout le moins dans certains cas, de rechercher d'éventuels vices du consentement cachés. Par vices du consentement cachés, il faut entendre les vices du consentement dont une partie ne se prévautrait pas d'elle-même. Ci-après, nous cherchons à établir comment le consentement est vérifié en pratique ou, autrement dit, comment l'autorité recueille la preuve du consentement. Nous traitons d'abord de la ratification des conventions de divorce (1), puis des accords (conjugaux ou parentaux) trouvés en audience (2), et mettons en évidence la tension qui existe en pratique entre la nécessité de vérifier le consentement et le risque de mettre un accord en péril (3).

1. *L'examen du consentement lors de la ratification d'une convention de divorce*

Une première observation s'impose : en matière de divorce sur requête commune, il est extrêmement rare que l'accord ne soit pas ratifié ; tout au plus est-il modifié directement en audience. Parmi les personnes interrogées lors de l'enquête qualitative mentionnée en introduction, une juge au sein d'un tribunal civil de première instance nous indiquait³⁹ :

Des fois, je grince des dents sur le partage des avoirs de prévoyance quand les gens renoncent. Mais, non, c'est quand même très rare [de ne pas entériner un accord]. On finit par trouver un accord ensemble. Si vous voulez, si je trouve qu'il y a quelque chose qui me gêne, je le dis, alors les gens me fournissent plus d'explications. Ou alors ils trouvent une autre solution, mais c'est très rare que je n'entérine pas. Je sais plus la dernière fois que ça a dû m'arriver. Je compte sur les doigts d'une main durant toute ma carrière les fois où je n'ai pas entériné un divorce d'accord. Donc c'est vraiment rare.

L'extrait ci-après, issu d'un arrêt genevois de seconde instance, reflète bien la manière dont le consentement est généralement vérifié dans ce type de procédure ; précisons que dans cette affaire, la partie concernée, soit le mari, n'était ni représentée par un avocat, ni assistée d'un interprète, tandis que l'état de fait indique qu'il parlait anglais avec son épouse et dans sa profession⁴⁰ :

39 Transcription de l'entretien no 5, printemps 2021.

40 Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ACJC/1087/2014 du 12 septembre 2014, consid. 5.1.2.

En l'espèce, le premier juge a entendu l'appelant et vérifié sa volonté de divorcer lors de l'audience du 12 novembre 2013. A cette occasion et selon le procès-verbal d'audience, l'appelant, entendu seul, a confirmé sa volonté de divorcer. Il a également confirmé avoir signé la requête commune de divorce et la convention sur les effets accessoires, après mûre réflexion et de son plein gré.

Ainsi, les juges invitent le plus souvent chacune des parties, assistée cas échéant de son avocat ou son avocate, à venir confirmer l'une après l'autre qu'elles ont déposé leur requête et conclu leur convention après mûre réflexion et de leur plein gré, avant de les entendre ensemble à ce sujet. Lorsqu'une partie n'est pas assistée, il peut arriver que l'autorité l'avise de certaines implications de la convention, pour s'assurer qu'elle en a bien compris les termes ; ce n'est cependant pas systématique, comme le révèle l'extrait ci-dessus. Les audiences sont généralement très courtes ; s'il n'y a pas de point à modifier, elles ne durent souvent guère plus qu'une dizaine de minutes⁴¹.

Dans un arrêt du Tribunal fédéral portant sur la ratification d'une convention de divorce, contestée ensuite par l'épouse, il ressort de l'état de fait que celle-ci avait renoncé à être entendue séparément de son mari, étant précisé qu'elle était assistée de son conseil⁴². Une étude empirique de 2021 réalisée auprès de plusieurs tribunaux vaudois révèle également un cas où un juge avait demandé aux parties, assistées d'une avocate commune, si elles voulaient être entendues séparément, et s'était accommodé de leur réponse négative⁴³. Il semble qu'une telle pratique soit fréquente dans certaines juridictions⁴⁴. A notre sens, elle est cependant contraire au droit, vu le but recherché par l'audition séparée⁴⁵ ; à cet égard, le message du Conseil fédéral relatif au nouveau droit du divorce relève⁴⁶ :

Afin de limiter les risques de pression d'un époux sur son conjoint ou toute autre forme d'influence inadmissible de l'un des conjoints, le juge les entendra d'abord séparément, puis ensemble. Il s'agit d'un élément important du travail du juge ; ce dernier devra consacrer suffisamment de temps à cette audition et ne devra pas s'en tenir à un entretien type.

41 FRIEDLI (n. 3), 282 s. et 307 s. : l'étude mentionne deux audiences ayant donné lieu à la ratification d'une convention de divorce avec accord complet préalablement déposée, d'une durée de 10 minutes chacune.

42 TF, 5A_187/2013 du 4 octobre 2013, consid. 6.2, étant précisé que l'arrêt en question ne traite pas spécifiquement de ce motif, à savoir la violation de l'art. 111 al. 1 CC, mais uniquement de la violation de l'art. 279 al. 1 CPC.

43 FRIEDLI (n. 3), 307.

44 GAIST, La procédure de divorce et le jugement de divorce : questions choisies, in : JUNGO/FOUNTOLAKIS (éds), La procédure en droit de la famille, Zurich 2020, 177, n. 12.

45 D'après GAIST (n. 44), n. 12, le tribunal ne peut à tout le moins pas se dispenser de l'audition séparée lorsqu'une partie n'est pas représentée.

46 FF 1996 I 1 (n. 20), 88.

D'après cet extrait, l'objectif visé implique également que les juges ne procèdent pas schématiquement et prennent le temps nécessaire pour s'assurer que les parties ont compris les implications de la procédure et de l'accord. Cependant, il est délicat de déterminer dans quelle mesure le tribunal devrait vérifier que les parties ont connaissance de ce à quoi elles renoncent – ce qui peut impliquer de leur exposer leurs droits. De notre point de vue, l'autorité devrait en tout cas aviser la partie concernée lorsque la convention, sans être manifestement inéquitable, respectivement contraire aux intérêts de l'enfant, s'écarte nettement et visiblement de ce qu'elle aurait autrement ordonné. Des concessions inégales, de même qu'une absence ou une asymétrie d'informations permettant d'évaluer les concessions réciproques, devraient alerter le tribunal sur un possible vice du consentement, impliquant des vérifications accrues. Rappelons par ailleurs que le tribunal doit pouvoir s'assurer que la convention n'est pas manifestement inéquitable, de sorte que les pièces nécessaires pour cette évaluation doivent figurer au dossier ; même là où la maxime des débats est applicable, l'autorité doit requérir les pièces manquantes (art. 277 al. 2 CPC). Un défaut de l'autorité constitue une violation du droit distincte.

2. *L'examen du consentement lors d'une convention conclue en audience*

Au sujet des éléments pertinents pour déterminer si l'art. 279 al. 1 CPC est respecté, l'arrêt du Tribunal fédéral de 2015 dont un extrait figure ci-après offre un éclairage utile ; il porte sur un recours contre la ratification d'une convention de divorce conclue en audience, par laquelle l'époux s'était engagé à contribuer à l'entretien de ses enfants mineurs ainsi qu'à l'entretien post-divorce de l'épouse⁴⁷ :

Contrairement à ce que soutient le recourant, il n'apparaît pas qu'il l'ait signée de manière irréfléchie. Dès lors qu'il était assisté d'un avocat, il a pu être correctement informé, d'autant que l'audience a été suspendue deux fois pour permettre à chacune des parties de s'entretenir avec son conseil. Le recourant n'apparaît pas non plus avoir été dans une situation d'infériorité par rapport à l'intimée. En outre, contrairement à ce qu'il avance, on ne saurait déduire du seul fait que la convention ait été signée par lassitude qu'elle l'aurait été sans volonté de s'engager.

Il en découle que le fait qu'une partie soit assistée d'un conseil peut, logiquement, conduire à considérer qu'elle a été informée de ses droits en amont et qu'elle est en mesure d'apprécier ce à quoi elle renonce ; si les concessions sont importantes où qu'une partie apparaît hésitante, il se justifie à notre sens d'accorder une suspension afin que la partie puisse s'entretenir avec son conseil. Une situation d'infériorité d'une partie par rapport à une autre devrait également justifier des vérifications plus importantes ; on peut penser, par exemple, à l'octroi d'un délai de réflexion.

47 TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 6.2, étant précisé que l'audience avait duré 4h30 ; cf. ég. TF, 5A_74/2014 du 5 août 2014, consid. 4.2., qui ne spécifie pas la durée de l'audience.

Un autre arrêt, du Tribunal cantonal vaudois cette fois, témoigne également de la pratique consistant à chercher à concilier les parties en audience, et à consigner et ratifier un accord – une transaction judiciaire – sur le siège. Rappelons à ce sujet que dans la procédure de divorce sur requête unilatérale, la loi impose au tribunal de tenter la conciliation (art. 291 al. 2 CPC); de manière générale, il peut aussi toujours ordonner des débats d’instruction pour tâcher de concilier les parties (art. 226 al. 2, 246 al. 2 et art. 219 CPC). Cet arrêt concerne plus spécifiquement une convention conclue en procédure de mesures protectrices et ratifiée sur le siège par le tribunal de première instance pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l’union conjugale. Dans cette affaire, l’accord consigné au procès-verbal indiquait expressément que l’époux contribuerait « à contrecœur » à l’entretien de l’épouse⁴⁸. Le mari fait appel de la décision; l’appel est cependant jugé irrecevable car non motivé. Notons que la partie concernée n’était pas représentée.

Il est pour le moins étonnant que là où le tribunal est supposé vérifier que les parties procèdent après mûre réflexion et de leur plein gré, il soit procédé à la ratification d’une convention tout en précisant qu’une partie l’accepte « à contrecœur ». Si une telle mention expresse dans le procès-verbal peut sembler anecdotique, le sentiment qu’elle évoque – celui de devoir accepter – l’est moins. En ce sens, l’étude empirique de 2021 précitée met en évidence différents moyens auxquels les juges recourent pour amener les parties à transiger; parmi ceux-ci, outre la mise en évidence des avantages qu’un processus consensuel peut revêtir pour les parties, il est parfois fait recours à de plus fermes incitations⁴⁹.

L’étude cite notamment un cas dans lequel une juge de paix, après avoir tâché, en vain, de concilier les parties sur le fond du litige, décide, sans leur aval, de dicter au procès-verbal une convention portant sur le règlement provisoire de la situation, convention que les parties finissent par signer et que la juge approuve pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles⁵⁰. Un autre cas relaté nous paraît plus révélateur encore, portant sur l’appel formé par un père contre une décision prévoyant que son droit de visite sur son enfant s’exercerait de manière médiatisée⁵¹. La décision de première instance se fonde sur les recommandations du service de protection de l’enfance, estimant qu’un droit de visite non médiatisé représenterait un risque pour l’enfant. Une procédure pénale est en cours pour violences et menaces de mort contre la mère. Le juge de seconde instance convoque une audience (ce qu’il n’est pas tenu de faire, art. 316 al. 1 CPC), à l’occasion de laquelle il signifie aux parties que « cette affaire [lui] fait mal au cœur, à cause de la petite », et que « c’est évident que cette petite a besoin d’un contact avec chacun [de ses parents] ». Il leur demande de

48 Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud CACI/2023/240 du 14 juin 2023.

49 FRIEDLI (n. 3), en part. 310 ss.

50 *Ibid.*, 323 s.

51 *Ibid.*, 320 s.

« trouver une solution pour que la petite souffre le moins possible ». Au fur et à mesure des échanges, le père s'emporte et profère des menaces à l'endroit de son ex-compagne. Le juge décide de suspendre l'audience, suspension pendant laquelle il signifie à son greffier : « Monsieur c'est vraiment un quinteux ! J'aimerais pas le croiser dans un bar ! » Il indique qu'il va maintenir la décision de première instance. Cependant, au retour de la suspension, les parties déclarent s'être mises d'accord sur un droit de visite non médiatisé devant s'exercer un dimanche sur deux de 10h à 18h et qui, après deux mois et s'il se déroule bien, pourra être étendu à un droit de visite usuel. Le juge renonce à entendre l'assistante sociale pourtant convoquée et ratifie l'accord.

Outre la question de la conformité de l'accord avec le bien de l'enfant, cette affaire interroge sur le plan du consentement de la mère : d'une part, l'attitude du juge et l'avis exprimé par ce dernier a pu lui laisser penser qu'elle n'avait d'autre choix que de consentir à des contacts plus larges ; d'autre part, les menaces qu'elle a subies en audience, en sus du fait qu'une procédure pour violences conjugales était en cours pour d'autres faits, sont autant d'éléments qui permettent de douter de la libre formation de sa volonté et qui auraient de notre point de vue dû faire obstacle à une ratification sur le siège sans autre vérification.

3. La vérification du consentement face à l'incitation au consensus

L'affaire susmentionnée révèle la tension qui existe entre les exigences légales de vérification du consentement d'une part, et la valeur accordée à l'accord parental d'autre part. Comment vérifier activement le consentement des parties, sans mettre les possibilités d'accord en péril ? La priorité semble être régulièrement donnée à l'intérêt de la transaction. Nous explorerons les raisons de cette situation à la section V, mettant en lumière que la tension décelée trouve ses causes à un niveau structurel, dans des injonctions contradictoires (notamment juridiques), et ne s'exprime pas que dans des cas isolés.

Il nous faut toutefois apporter quelques éléments offrant un contraste avec les exemples cités plus haut. Lors des entretiens qualitatifs mentionnés en introduction, nous avons notamment abordé la prise en compte par les personnes interrogées des inégalités de pouvoir dans le processus de résolution des litiges. En particulier, une juge au sein d'une autorité de protection de l'enfant nous a indiqué qu'à réception d'une convention parentale, elle doit toujours s'interroger sur le bien de l'enfant, et qu'elle sera particulièrement attentive si un changement par accord est demandé peu de temps après qu'une première décision a été rendue, pour tâcher de déterminer ce qui motive la modification requise. La juge en question a également dit faire preuve de plus de vigilance dans les cas où une femme a quitté son pays d'origine pour rejoindre son conjoint, afin de déterminer si elle est entourée en Suisse⁵². Une juge

52 Transcription de l'entretien n° 12, hiver 2023.

de seconde instance nous a indiqué pour sa part considérer que l'existence d'inégalités au sein du couple, y compris les cas de violences, n'empêchait pas toute recherche d'un accord entre les parents, mais qu'il fallait pouvoir recourir aux outils adaptés permettant d'offrir un cadre sécurisant à la partie qui en a besoin, la médiation n'étant par exemple guère adaptée⁵³.

Les observations qui précèdent révèlent à notre sens que la connaissance de certaines expériences humaines, et notamment féminines, telle qu'elle peut résulter de l'expérience, mais également des échanges avec la communauté scientifique, est susceptible de jouer un rôle important dans l'attention prêtée à l'examen de la formation libre de la volonté. Face aux injonctions contradictoires auxquelles la pratique est confrontée, de telles connaissances nécessitent cependant une traduction à un niveau systémique. L'absence de critères clairs, mais encore, selon les juridictions, d'outils adaptés permettant d'assurer un consentement effectif (tels qu'un accompagnement thérapeutique, ou des processus impliquant un travail en binôme en soutien aux parties), est susceptible de donner lieu à des disparités importantes en termes d'expérience de la justice pour les usagères et usagers, mais également de contenu des accords et des décisions. Dès lors que la transaction prend une place majeure dans la manière de rendre justice en matière familiale, et que, dans ce contexte, un grand nombre de décisions ne sont pas motivées autrement que sur la base de l'accord fourni, tandis que les possibilités de recours sont limitées, il est difficile de contrôler l'attention portée à l'effectivité du consentement des parties. Pour cette raison, il importe de notre point de vue de faire preuve de plus d'exigence en la matière. Avant d'étayer notre propos en section V, nous exposons ci-après la force probante accordée à l'accord dans la justice familiale.

IV. La justice familiale négociée et l'établissement des faits : la preuve par accord

Comme exposé *supra* (II), outre la condition du consentement, la ratification d'une convention est soumise à d'autres conditions, notamment en termes de conformité avec le droit. Il en est de même en ce qui concerne le maintien du *statu quo* résultant d'un accord préalable non sujet à ratification, en cas de demande ultérieure de modification par une partie. Nous allons voir que la convention fait alors office de preuve.

En premier lieu, tant pour la convention de divorce que pour la convention sur mesures protectrices de l'union conjugale, si ce n'est en ce qui concerne la prévoyance professionnelle et le sort des enfants, la ratification est soumise à la condition que la convention ne soit pas manifestement inéquitable. A cet égard, le Tribunal fédéral précise⁵⁴ :

53 Notes prises lors de l'entretien n° 11, automne 2021.

54 TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 5.1, et les références citées. Cf. ég. not. ATF 142 III 518, consid. 2.5 ; TF, 5A_688/2013 du 14 avril 2014, consid. 8.2 ; TF, 5A_187/2013 du 4 octobre 2013, consid. 7.1.

Pour juger du caractère équitable ou non de celle-ci, il faut la comparer avec le jugement qui aurait été rendu en l'absence de transaction ; si la solution conventionnelle présente une différence immédiatement reconnaissable par rapport à une éventuelle décision de justice et qu'elle s'écarte de la réglementation légale sans être justifiée par des considérations d'équité, elle doit être qualifiée de « manifestement inéquitable ». Il faut toutefois garder à l'esprit que la transaction est précisément conclue pour éviter un examen complet des faits et de leur portée juridique, et que seule une disproportion évidente et immédiatement reconnaissable doit amener le juge à refuser la ratification.

Il en découle que le tribunal peut en principe s'en tenir aux faits qui ressortent de la convention ; rappelons à cet égard que la loi impose d'inclure certaines informations dans la convention et que les parties fournissent les pièces nécessaires. Ainsi, d'après la jurisprudence, ce n'est que si les faits retenus dans la convention divergent de la documentation fournie de telle sorte que le résultat est manifestement inéquitable que le tribunal refuse la ratification.

Les faits sur lesquels reposent une convention ratifiée sont considérés comme établis également dans le cas d'une procédure ultérieure en modification ; une adaptation ne peut être exigée qu'en cas de changement durable et essentiel des circonstances par rapport à ces faits⁵⁵. Si les parties se sont précisément entendues sur la manière de prendre en compte des faits encore incertains au moment de la conclusion (*caput controversum*), la jurisprudence considère qu'une adaptation n'est pas possible, même si le pronostic se révèle erroné, étant précisé que cette erreur ne peut alors pas être invoquée au titre de vice du consentement ; ceci vaut tant pour la modification d'une convention de divorce que pour celle d'une convention sur mesures protectrices, même si cette dernière est pourtant conclue en procédure sommaire et la vérification du tribunal opérée sous l'angle de la simple vraisemblance⁵⁶. Les faits qui ressortent d'une convention ratifiée sont donc réputés établis et scellés même en cas d'écart avec la réalité ou en cas de pronostic visant à régler une situation d'incertitude qui se révèle erroné. Les parties sont alors tenues à leur contrat, et se voient imputer la connaissance des effets qui lui sont associés, alors même qu'elles se trouvent dans une situation particulière, bien différente de celle dans laquelle peuvent se trouver des partenaires commerciaux, et alors même qu'il est fréquent qu'elles transigent en audience et qu'elles ne soient pas représentées⁵⁷.

En second lieu, en ce qui concerne les aspects relatifs aux enfants, nous avons vu que le tribunal doit s'assurer de la conformité de l'accord avec la loi, et donc avec le bien de l'enfant. La jurisprudence retient qu'« *il convient néanmoins de ne pas s'écarter sans raisons sérieuses de solutions rencontrant l'agrément des deux parents*

55 ATF 142 III 518, consid. 2.6.1.

56 *Ibid.*, consid. 2.6.2.

57 A ce sujet, cf. DE WECK-IMMELÉ, Modification d'une convention entre époux en mesures protectrices et provisionnelles : cherchez l'erreur ! ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_842/2015, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2016, 7.

concernés » ; leur entente constitue en soi un élément favorable au bien de l'enfant⁵⁸. En procédure de divorce, la loi prévoit expressément que le juge prend en considération une éventuelle requête commune des parents (art. 133 al. 2 CC) ; d'après la jurisprudence, cela signifie que les conclusions des parents ne doivent être rejetées que si leurs intentions concordantes mettent en danger le bien de l'enfant. Ainsi, le Tribunal fédéral a notamment estimé que, tant que le bien de l'enfant n'est pas compromis, rien ne s'oppose à la ratification d'un accord des époux prévoyant l'attribution d'une autorité parentale exclusive à l'un d'eux, même si les conditions relatives à l'autorité parentale conjointe sont remplies⁵⁹. L'accord sert ainsi d'élément de fait pertinent pour apprécier la conformité de la solution choisie avec le bien de l'enfant.

On relèvera encore que c'est en particulier lorsque l'accord provoque (ou accroît) une dépendance à l'Etat que les tribunaux tendent à intervenir pour corriger, voire refuser d'homologuer les conventions. Ainsi, le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'était pas admissible, même sous l'angle de l'arbitraire, de faire droit à des conclusions communes relatives à l'entretien de l'enfant portant atteinte au minimum vital du débiteur d'aliments ; en matière d'entretien entre époux, il n'est pas arbitraire au contraire de ratifier une convention aux termes de laquelle la partie débitrice d'entretien supporte seule le déficit, pour autant que la partie créancière ne bénéficie pas simultanément d'un solde disponible⁶⁰. Il en découle que le fait que les parents soient d'accord joue un rôle prépondérant dans l'appréciation de ce qui est équitable ou conforme au bien de l'enfant, et que c'est en pratique plutôt l'intérêt des finances publiques qui vient justifier de s'en écarter.

V. Des risques pour les parties d'une injonction à l'accord

Il ressort des sections précédentes que l'attention portée à l'effectivité du consentement dans le traitement des accords de droit de la famille est relative, tandis que l'accord fait office de preuve pour l'établissement des faits nécessaires à l'examen des conditions d'homologation. Nous revenons ci-après sur les raisons permettant d'expliquer cette tendance, lesquelles tiennent aux attraits de la justice familiale négociée (1), avant d'exposer les risques auxquels il convient d'être attentifs (2).

58 ATF 143 III 361, consid. 7.3 ; TF, 5A_683/2014 du 18 mars 2015, consid. 5.1 ; Commromand/TAPPY, art. 279 CPC, n. 7.

59 ATF 143 III 361, consid. 7.3.

60 TF, 5A_1031/2019 du 26 juin 2020, consid. 3.2, 3.3 et 5.1 = FamPra.ch 2020, 1016 ; STODMAN, Le divorce en pratique, 2^e éd., Lausanne 2021, 152.

1. *Le développement et les attraits de la justice familiale négociée*

Au gré des réformes intervenues en droit de la famille ces cinquante dernières années, l'accord s'est vu accorder une place toujours plus importante. La réforme du droit matrimonial entrée en vigueur en 1988 a témoigné d'une redéfinition du lien de conjugalité⁶¹, entendu comme une « *relation de partenaires* », une « *collaboration fondée sur l'égalité des droits et des obligations* »⁶². Il devait donc appartenir aux membres du couple de s'entendre sur les questions relatives à leur union⁶³. De même, lorsque l'union est en péril, il leur incombe de chercher un terrain d'entente (cf. notamment art. 172 al. 2 CC)⁶⁴. La révision du droit du divorce a encore renforcé cette idée, cherchant à favoriser le divorce d'accord par rapport au divorce contentieux⁶⁵. Ces évolutions reflètent une tendance à la privatisation de la famille, dans le sens que la famille n'est plus tant conçue comme devant servir l'intérêt général, mais davantage comme relevant de la sphère de l'individu⁶⁶; elles traduisent une aspiration à plus d'autonomie vis-à-vis des assignations politiques au sein de l'union conjugale. Cependant, émerge une nouvelle norme, celle du « bon divorce »⁶⁷, fondée sur l'idée que de bons parents doivent savoir dialoguer, trouver des accords, et que la loi doit les y encourager⁶⁸:

Une collaboration harmonieuse des parents après le divorce, dans l'intérêt des enfants, suppose toutefois que les époux aient mené à bien leur divorce de façon « convenable ». Leur capacité de dialogue, qui est déjà entamée par une situation de divorce, ne doit pas l'être encore plus par la procédure elle-même. Le nouveau droit du divorce doit donc inciter les époux à trouver des solutions amiables qui, en ce qui concerne les effets du divorce, se révèlent d'ailleurs beaucoup plus viables.

61 THÉRY, Différence des sexes et différence des générations, L'institution familiale en déshérence, *Esprit* 1996, 65, 68 et 70.

62 Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979 concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1179, 1180 et 1182, respectivement.

63 *Ibid.*, 1192 s.: « les époux doivent s'entendre, dans une collaboration harmonieuse, sur les questions relatives à l'union conjugale, et cette entente doit se renouveler sans cesse ».

64 *Ibid.*, 1232 s. et 1256 ss.

65 Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 29 avril 2003, Initiative parlementaire, Divorce sur demande unilatérale, période de séparation, FF 2003 3490, 3493; FF 1996 I 1 (n. 20), 85.

66 P. ex. FULLI-LEMAIRE, La privatisation du droit et de la famille en France, *Perspectives comparatives*, *Revue internationale de droit comparé* 2016, 405, 406; KELLERHALS/WIDMER, Familles en Suisse: les nouveaux liens, Lausanne 2012, 9 et 31 s.; COMMAILLE, L'économie socio-politique des liens familiaux, *Dialogue* 2006, 95, 95 ss.

67 THÉRY, Le démariage, *Justice et vie privée*, Paris 1993, not. 175; ég. citée par BILAND ET AL., La classe, le genre, le territoire: les inégalités procédurales dans la justice familiale, *Droit et société* 2020, 547, 548, et par LAMBERT, Des causes aux conséquences du divorce: histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France, *Population* 2009, 155, n. 11.

68 FF 1996 I 1 (n. 20), 30.

Au cours des vingt dernières années particulièrement, cette privatisation s'est accompagnée d'une forme de démocratisation de la famille, c'est-à-dire une nouvelle forme de politisation de la famille, non plus à partir de ce que le pouvoir politique conçoit pour elle, mais à partir des demandes des individus, en termes d'égalité entre les genres ou entre les différents modes de vie familiale⁶⁹. En témoignent la loi sur le partenariat enregistré entrée en vigueur en 2005, l'introduction en 2018 de la possibilité d'adopter l'enfant du conjoint au sein des couples homosexuels et pour les personnes menant de fait une vie de couple, et enfin la loi introduisant le mariage pour tous et toutes en 2022. Citons également l'introduction en 2017 de la contribution de prise en charge comme élément du calcul de l'entretien de l'enfant, ou encore les mesures civiles spécifiques à la violence domestique introduites en 2007 et complétées en 2020.

La privatisation de la justice familiale, à savoir la tendance à favoriser le règlement des différends familiaux hors de l'arène judiciaire, doit également être lue en rapport avec ces développements. Elle est rendue possible dès lors que le rôle de l'Etat n'est plus tant d'asseoir une représentation de ce que doit être la famille, mais davantage de s'assurer du respect des droits subjectifs des parties. Dans le même temps, on assiste à une sollicitation accrue des tribunaux civils. A titre d'exemple, le canton de Vaud a constaté une augmentation de 33 % des dossiers entrés relevant du droit de la famille entre 2011 et 2019⁷⁰. La fonction judiciaire fait également état d'une complexification des affaires et du droit⁷¹. Dans ces conditions, le développement de méthodes alternatives et de solutions privatisées est vu d'un bon œil, dès lors qu'il permet de décharger les tribunaux d'une manière qui limite les coûts pour la collectivité⁷². Ce développement se voit donc justifié à la fois par l'autonomisation des justiciables et par l'efficacité du système judiciaire qui lui sont attribués⁷³. Il nous semble cependant que l'efficacité constitue la principale raison de l'institutionnalisation des modes privatisés de justice, l'argument tiré de l'autonomie permettant d'avancer en sus des bénéfices pour les parties elles-mêmes. Ceci explique que la résolution tran-

69 COMMAILLE, La famille, l'Etat, le politique : une nouvelle économie des valeurs, Entre tensions et contradictions, Caisse nationale d'allocations familiales 2006, 100, 107. Cf. ég. THÉRY, Vie privée et monde commun, Réflexions sur l'enlissement gestionnaire du droit, Le Débat 1995, 110, 112.

70 Rapport annuel de gestion du Tribunal cantonal 2019 du 6 avril 2020, 66 s.

71 *Ibid.*, 100.

72 P. ex. BASTARD ET AL., Controlling Time ? Speeding Up Divorce Proceedings in France and Belgium, in : MACLEAN/EEKELAAR/BASTARD (éds), Delivering Family Justice in the 21st Century, Oxford/Portland 2015, 281, 286.

73 Ces motifs donnent lieu à une nouvelle fonction du juge qui intervient à la *gestion* d'une situation ; cf. THÉRY, Le Débat 1995, 110, 120, qui parle de « droit gestionnaire » et explique que la fonction du juge symbolise ainsi l'idéal communicationnel qui caractérise désormais les relations conjugales.

sactionnelle ne soit pas seulement rendue possible, mais qu'elle soit encouragée. Le message du Conseil fédéral illustre bien notre propos⁷⁴ :

La prise en considération des possibilités extrajudiciaires de règlement constituent pour les parties un « service » plus complet sans charges supplémentaires pour l'Etat. Leur responsabilité est simultanément accrue par le fait d'avoir à rechercher une solution sans aide de l'appareil étatique.

En matière familiale spécifiquement, en sus des arguments tirés de l'autonomisation des parties et de l'efficacité du système judiciaire, le bien de l'enfant est également mis en avant à l'appui de l'encouragement à la transaction. La promotion du divorce amiable lors de la réforme du droit du divorce de 2000 est justifiée en premier lieu par l'intérêt qu'il présente pour les enfants⁷⁵. L'encouragement à la médiation figure expressément parmi les dispositions relatives à la procédure civile applicable aux enfants en droit de la famille depuis 2011 (art. 297 al. 2 CPC), ainsi qu'à la protection de l'enfant depuis 2013 (art. 314 al. 2 CC). Le bien de l'enfant était également mobilisé par les autorités à l'appui de la révision de 2014 relative à l'autorité parentale, laquelle suppose une collaboration des parents dans la prise de décisions qui concernent l'enfant⁷⁶.

Comme nous allons le voir, le lien entre bien de l'enfant et renforcement de la transaction est toutefois également investi de représentations susceptibles de déboucher sur des résultats qui négligent certaines réalités sociales. Or, la prévention des risques pour l'enfant pourrait aussi bien reposer sur des dispositifs qui visent la diminution du conflit sans impliquer forcément une transaction.

2. *Les risques de la justice familiale négociée*

Nous avons vu que l'intérêt de favoriser les accords parentaux est mis en lien avec le bien de l'enfant. Cette conception est étroitement liée à l'idée que ceux-ci facilitent le maintien de relations entre l'enfant et ses deux parents. Dans son message relatif à la révision du droit du divorce, à l'appui de la promotion des divorces amiables, le Conseil fédéral retenait⁷⁷ :

74 Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841, 6861.

75 FF 1996 I 1 (n. 20), 30.

76 Message du Conseil fédéral du 16 novembre 2011 concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8325 : « le projet d'autorité parentale conjointe tout entier vise un seul but : le bien de l'enfant ».

77 FF 1996 I 1 (n. 20), 30 (et les références citées).

Même si le divorce fait l'objet d'un procès extrêmement douloureux pour toutes les personnes impliquées, il est admis de nos jours que ce n'est pas tant le divorce comme tel que les disputes incessantes des parents pendant le mariage et pendant la procédure de divorce, voire après la fin de celle-ci, qui entravent le développement des enfants. Diverses enquêtes démontrent que les enfants qui peuvent maintenir de bonnes et étroites relations avec les deux parents et qui ne vivent pas continuellement un conflit de loyauté à leur égard assimilent mieux l'expérience traumatisante du divorce.

Cette idée doit elle-même être lue en lien avec la mobilisation, dans les procédures, du « syndrome d'aliénation parentale » pour caractériser une situation dans laquelle un enfant refuse le contact avec un parent, lorsque le motif attribué à ce refus tient à ce qu'il serait manipulé par l'autre parent, situation que la transaction permettrait de prévenir ; notons que cette caractérisation vise plus souvent les mères, qui ont plus souvent la garde et auxquelles est attribué un plus grand « potentiel aliénant »⁷⁸. Or, ce syndrome est très controversé dans les milieux de la psychiatrie et de la psychologie ; il ne figure pas dans le Manuel diagnostique des troubles mentaux (DSM) et n'est reconnu ni par l'Organisation mondiale de la santé, ni par l'Association américaine de psychologie⁷⁹. La problématique liée à son usage tient à l'instrumentalisation dont il peut faire l'objet pour disqualifier tant le parent supposé aliénant que l'avis et la parole que pourrait exprimer l'enfant lui-même. Dans ce sens, la résolution 2019/2166(INI) du Parlement européen du 6 octobre 2021 expose ce qui suit (par. 41) :

Le Parlement européen (...) souligne que le « syndrome d'aliénation parentale » et d'autres termes et concepts similaires, qui se fondent généralement sur des stéréotypes de genre, peuvent nuire aux femmes victimes de violence conjugale, étant donné que la mère se voit reprocher de susciter l'hostilité des enfants vis-à-vis du père, que les compétences parentales des victimes sont remises en question et que le témoignage des enfants et les risques de violence auxquels ils sont exposés ne sont pas pris en compte, ce qui compromet les droits et la sécurité de la mère et des enfants ; [il] exhorte les États membres à ne pas reconnaître le syndrome d'aliénation parentale dans leur pratique judiciaire et leur droit et à décourager, voire à interdire, son utilisation dans les procédures judiciaires, en particulier au cours des enquêtes visant à déterminer l'existence de violences.

De même, la Conférence suisse contre la violence domestique, dans sa version remaniée de l'annexe 11 du guide « *Violence domestique : quel contact après la séparation des parents* », rappelle le caractère controversé du syndrome ; elle souligne son

78 BILAND, Gouverner la vie privée, L'encadrement inégalitaire des séparations conjugales en France et au Québec, Lyon 2019, chapitre 4, n. 38 ss. Cf. ég. FRIEDLI (n. 3), 393 ss et 400 ss, qui met en évidence la référence à ce syndrome dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. La simple recherche plein texte dans la jurisprudence du Tribunal fédéral convaincra de la mobilisation de ce syndrome dans les procédures judiciaires de droit de la famille depuis une quinzaine d'années et toujours à l'heure actuelle.

79 Résolution du Parlement européen du 6 octobre 2021 sur les conséquences des violences conjugales et des droits de garde sur les femmes et les enfants (2019/2166(INI)), préambule let. U ; FRIEDLI (n. 3), 397 ss.

utilisation « *extrêmement problématique, voire dangereuse* » dans un contexte de violence et recommande, de manière générale (et pas seulement dans ce type de contexte), qu'il n'apparaisse plus dans les expertises mandatées par les autorités, « *en raison de son infondé scientifique* »⁸⁰.

Les observations qui précèdent ne visent pas à contester qu'un conflit parental profond et durable auquel l'enfant est confronté présente des risques pour son développement⁸¹, et l'importance de dispositifs destinés à prévenir un tel conflit. La critique porte sur les dangers d'une extrapolation, fondée sur l'idée que la transaction serait le meilleur moyen de garantir l'intérêt de l'enfant ; en découle une forme d'injonction à l'entente, au risque de négliger la violence à laquelle une partie est exposée, ainsi que plus généralement les rapports de pouvoir en présence⁸². Pour reprendre les propos d'Emilie Biland dans son étude parue en 2019 relative aux séparations conjugales en France et au Québec, l'idée que l'entente entre les parents est le meilleur gage de l'intérêt de l'enfant implique dans certains cas une renonciation des professionnels « *à modifier les rapports de force entre ex-conjoints, au détriment des femmes* »⁸³. Le risque consiste à occulter les inégalités sociales et à asseoir une représentation de la famille fondée sur des idéaux d'autonomie et de démocratie qui n'ont pas la même prise dans la réalité de chaque individu.

Dans ce contexte, une considération sérieuse accordée au consentement exprimé par une partie lors de l'examen de l'accord dont il est question offre, de notre point de vue, une piste pour réduire le risque ainsi identifié. Rappelons que, comme nous l'avons vu, la loi exige le consentement, et, notamment pour toute question qui concerne les enfants, impose à l'autorité de rechercher d'office la preuve de ce consentement. Ce n'est que si celui-ci est établi que l'accord peut être approuvé.

Une telle considération ne doit pas revenir à nier l'autonomie de la partie concernée, ou à exclure toute possibilité d'accord pour certaines catégories de personnes ; elle vise à ce que soient prises en compte les conditions qui permettent l'autonomie, et en particulier le rôle que jouent nos relations sociales pour la réaliser, de sorte de renforcer les relations qui la favorisent et d'offrir une protection contre celles qui, à

80 Conférence suisse contre la violence domestique, Annexe 11, Le « *syndrome d'aliénation parentale* » (SAP) et les accusations d'« *aliénation parentale* » en contexte de violence au sein du couple, Version révisée pour la deuxième édition du guide en mai 2023, « <https://csvd.ch/leitfaden-kontakt-nach-hauslicher-gewalt/> » (29. 4. 2024).

81 COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN, Etude interdisciplinaire sur la garde alternée, Genève 2017, 29 s., et les références citées (nbp. 166 à 173).

82 Cette réserve (de même que le caractère controversé du syndrome d'aliénation parentale) n'était pas encore mise en évidence dans l'article dont nous sommes co-auteurice : REY-MERMET/WACK, Le modèle de consensus parental en pratique, *Revue de l'avocat* 2021, 374, 379 ss, qui se limite à évoquer l'inadéquation de la médiation dans les cas de violences conjugales.

83 BILAND, Une convergence divergente, Séparations conjugales et inégalités sociales en France et au Québec, *SociologieS* [En ligne], Dossiers, <http://journals.openedition.org/sociologies/12342> (23 janvier 2024), n. 24.

l'inverse, la limitent⁸⁴. Il s'agit non seulement d'être attentifs aux signes de violences, dès lors que celles-ci ne sont pas toujours verbalisées, mais encore de s'enquérir du soutien dont une personne bénéficie, des informations en sa possession, des raisons pour lesquelles elle a conclu l'accord en question et du contexte y relatif. Il est possible d'encourager les parties à se mettre d'accord – par exemple en ménageant les attentes qu'elles placent dans le procès – sans les conduire à penser qu'elles seront moins bien considérées si elles persistent à faire valoir certains droits. Le but est de s'assurer que la justice négociée soit un lieu de mobilisation du droit (y compris pour s'entendre sur une solution autre que celle préconisée par le droit dispositif par hypothèse), et non de renonciation au droit.

VI. Conclusion

La présente contribution nous a permis de montrer que le droit requiert une vérification du consentement des parties lorsque des accords transactionnels sont conclus en matière familiale, sans se limiter à l'allégation de leur consentement (II). Nous avons vu cependant que la transposition de cette exigence posait certaines difficultés en pratique, notamment face à l'exigence parallèle de favoriser les issues transactionnelles ; dans ce contexte, la jurisprudence s'est gardée jusqu'ici de fixer des critères spécifiques qui visent à garantir une absence de schématisation dans la manière de procéder pour s'assurer du consentement (III). En revanche, elle a renforcé la valeur probante attribuée à l'accord et son contenu dans les procédures d'homologation, les procédures de modification et pour apprécier le bien de l'enfant (IV). Cette force conférée à la preuve par accord, sans requérir de preuve particulière relative à la conclusion de l'accord, reflète la place accordée à la justice familiale négociée ; or, celle-ci comporte également certains risques, là où elle contribue à maintenir une partie dans une situation de vulnérabilité plutôt que de chercher à améliorer son autonomie (V). Dans ce contexte, il importe de prêter une attention sérieuse à la question du consentement en droit de la famille, afin que la transaction reste un choix.

84 Dans la perspective des théories relationnelles de l'autonomie ; not. MACKENZIE, *Feminist innovation in philosophy: Relational autonomy and social justice*, *Women's Studies International Forum* 2019, 144, 147 ; HERRING, *Relational Autonomy and Family Law*, Cham (etc.) 2014, 13 ; NEDELSKY, *Law's Relations, A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford/New York 2011, 118 s. ; ANDERSON/HONNETH, *Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice*, in : CHRISTMAN/ANDERSON (éds), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York 2005, 127, 127 ss ; MACKENZIE/STOLJAR, *Autonomy Refigured*, in : MACKENZIE/STOLJAR (éds), *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, New York/Oxford 2000, 3, 4 ; NEDELSKY, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, *Yale Journal of Law and Feminism* 1989, 7, 10.

Résumé: *Cette contribution traite de la vérification du consentement à laquelle le tribunal est tenu lorsque des parties concluent une convention en matière familiale, mais encore de la manière dont il y procède en pratique. Elle met en évidence que les conditions ayant présidé à l'accord ne sont pas toujours prises en compte pour s'assurer de l'effectivité du consentement (preuve de l'accord), alors même que l'accord sert fréquemment à fonder une décision (preuve par accord). Nous présentons les risques liés à cette tendance, à savoir le maintien d'une personne dans une situation de vulnérabilité, et plaidons en conséquence pour une vérification rigoureuse du consentement.*

Zusammenfassung: *Dieser Beitrag befasst sich mit der Prüfung des Einverständnisses, die das Gericht vornehmen muss, wenn die Parteien eine Vereinbarung in Familiensachen treffen. Er stellt auch die Frage, wie das Gericht diese Prüfung in der Praxis durchführt. Es wird aufgezeigt, dass die Gegebenheiten, die zu der Vereinbarung geführt haben, nicht immer berücksichtigt werden, um das tatsächliche Vorliegen des Einverständnisses zu überprüfen (Beweis der Einigung), obwohl die Vereinbarung häufig als Grundlage für eine Entscheidung dient (Beweis durch Einigung). Wir stellen die mit dieser Tendenz verbundenen Risiken dar, nämlich das Festhalten einer Person in einer Situation der Vulnerabilität, und plädieren daher für eine strenge Überprüfung der Zustimmung.*
