

Concours : 2^e concours - ENM 2018

Epreuve : Composition de droit civil ou de procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



« Le contrat est la morale supérieure », selon le philosophe des lumières Emmanuel Kant, car il serait la « transposition parfaite de l'impératif catégorique » devant s'appliquer à chaque individu. Il est le fruit de « deux volontés individuelles s'unissant pour n'en former qu'une seule », à la manière d'un couple formant une communauté de vie par consentement mutuel.

L'analogie paraît semble pertinente : en effet, le couple constitue une union entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, partageant des relations intimes et ayant une vie commune. Cette union a longtemps été reconnue juridiquement par le droit sous une seule forme : le mariage, union religieuse avant de devenir union civile à la Révolution. Si d'autres formes existaient, comme le concubinage, celles-ci n'étaient pas placées « sous le signe du droit » pour paraphraser Napoléon. Ce n'est qu'au tournant du XIX^e siècle que la loi a consacré deux formes juridiques supplémentaires de couples en dehors du mariage : le Pacte civil de solidarité (Pacs) et le concubinage en 1999. Deux statuts qui ont marqué l'importance prise par le phénomène de contractualisation de la matière, passant initialement guidée exclusivement par la loi : en effet, le besoin d'individualisation dans les relations au sein du couple au cours du XX^e siècle a justifié un recours à la technique contractuelle pour les aménager et faisant conférer une place éminente à la volonté. Pour autant, la volonté fait-elle tout faire dans le droit régissant les couples ?

À cet égard, force est de constater que si le mariage est une institution essentiellement marquée par le sceau de l'Ordre public, ses aspects contractuels se sont renforcés, laissant transparaître une place moindre au juge. Inversement, si le concubinage et le Pacs relèvent de la philosophie contractuelle, ces formes de couples n'excluent pas pour autant toute intervention judiciaire ; la place du juge pourrait même être appelée à un renforcement en raison de la complexification croissante des relations au sein de ces couples.

Aussi convient-il d'envisager le mariage en tant qu'institution accordant une place toujours plus importante à la volonté d'une part (I), et la volonté aménagée dans le cadre du concubinage et du Pacs d'autre part (II).



I - Le mariage, institution accordant une place toujours plus importante à la volonté

Forme historique du couple, le mariage est une institution traditionnellement placée sous l'égide de l'Ordre public et de la loi (A). Cependant, sa nature contractuelle a permis de revaloriser le rôle de la volonté (B).

A - Une institution traditionnellement sous l'égide de l'Ordre public et de la loi

L'institution du mariage est marquée par la place de la loi : en effet, aux couples souhaitant s'unir sous cette forme, le Code civil pose un nombre conséquent de conditions de fond et de forme, formulées aux articles 143 et suivants. Celles-ci peuvent être tant sociologiques (prohibition de l'inceste) que biologiques pour les futurs époux (sans différence avant la loi du 17 mai 2013, âge de 18 ans relevés à l'art. 144). Héritage de la conception religieuse, le mariage se manifeste à l'égard de tous : son aspect cérémoniel est développé (art. 165), sa publication est

assortie à la mairie des époux (art. 166), sa consécration opère des effets à l'état civil... Surtout, une fois célébré, le mariage emporte des devoirs et obligations à la charge des époux définies précisément par la loi : ainsi en est-il du devoir de cohabitation induit par la communauté de vie (art. 215), de la solidarité des époux pour les dettes contractées dans l'intérêt du ménage ou de l'éducation des enfants (art. 220)... Dans ce cadre, la volonté occupe une place résiduelle.

Ce, la manifestation la plus éminente de l'effet institutionnel du mariage s'exprime dans le rôle du juge et tout particulièrement du juge aux affaires familiales : magistrat spécialisé du Tribunal de grande instance (TGI), celui-ci peut venir sanctionner juridiquement la méconnaissance par l'un des époux de ses devoirs et obligations, à l'issue du défaut de consentement mutuel dans la décision de vente du logement de famille (art. 215; v. Civ. 1^{ère} 3 mars 2010) ou du devoir de fidélité à l'occasion d'une procédure de divorce pour faute aux torts exclusifs d'un époux (art. 212; Civ. 1^{ère} 30 avril 2014). Garant des équilibres au sein du couple, son intervention était obligatoire et incontournable avant 2016 dans la rupture du lien conjugal, y compris en cas de consentement mutuel pour le divorce : le juge doit homologuer la convention et fait la remise à la demande des époux (Civ. 1^{ère} 18 sept. 2013 : modalités de paiement d'une prestation compensatoire). Son appréciation souveraine peut même l'amener à rejeter une demande de prestation compensatoire au nom de l'équité (Civ. 1^{ère} 30 avril 2014 : au regard des circonstances de la rupture).

B - Une institution remodelant la place de la volonté

Le mariage n'est pas qu'une institution : c'est également un contrat naissant dans des individus pour organiser une communauté de vie. A ce titre, sa formation obéit à certaines règles communes comme un consentement intégral et non vicié. Aussi peut-il être annulé pour défaut de consentement et méconnaissance de la liberté du mariage lorsqu'un des époux poursuivait un but

étranger à l'autre comme l'appellation exclusive de son patrimoine (Civ. 1^{ère} 13 déc. 2017). La volonté doit donc être respectée de manière appropriée, comme dans tout contrat de droit commun. Encore, l'expression de la volonté particulière des époux se reflète dans la possibilité d'aménager conventionnellement le régime matrimonial du couple, qui régit les aspects patrimoniaux de ce dernier: si celui-ci est immuable en principe, les époux peuvent désormais convenir d'un changement de régime au bout d'un certain nombre d'années par acte notarié (Art. 1337 du Code civil).

Par ailleurs, la place de la volonté est importante dans le domaine de la rupture entre les époux, à savoir le divorce: en effet, le couple peut s'entendre sur les modalités par la voie du consentement mutuel (Art. 223-1 et suivants), qui peut aller jusqu'à l'exclusion de toute intervention judiciaire depuis la loi du 18 novembre 2016, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017 (acte sous seing privé déposé au rang de minutes par le notaire). En 2018, le divorce par consentement mutuel est la voie majoritairement privilégiée par les couples pour se séparer (55%). Néanmoins, le juge n'est pas tout à fait écarté en cas de différends sur le règlement des aspects patrimoniaux: il lui revient d'interpréter les clauses du régime matrimonial convenu, comme en matière de séparation de biens (Civ. 1^{ère} 15 mai 2013: appréciation souveraine; Civ. 1^{ère} 25 sept. 2013: présomption de contribution aux charges du mariage).

Si la volonté voit son rôle revulgarisé dans une institution comme le mariage, celle-ci peut être amenée à s'exprimer plus librement dans le cadre du concubinage et du Pacs sous certaines limites.

II - L'expression de la volonté aménagée dans le cadre du concubinage et du Pacs

En dehors du mariage, la liberté contractuelle est de principe pour organiser les rapports sous réserve d'un certain ordre public (A). Cette liberté n'empêche pas l'intervention du juge pour garantir la vérification de la volonté (B).

Concours : 2^e concours - ENM 2018

Epreuve : Composition de droit civil ou de procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



A - Une liberté contractuelle de principe sous réserve du respect d'un certain ordre public

Le Pacs étant un contrat entre deux personnes, celui-ci répond à un principe de liberté dans la détermination des obligations et de l'organisation de la vie commune des partenaires (art. 513-1 du Code civil), notamment ses aspects patrimoniaux : par défaut, le régime est celui de l'indivision et de la séparation de biens mais rien n'empêche les partenaires d'opter conventionnellement pour d'autres modalités (art. 515-5-1 : il ne s'agit pas d'une « présomption » d'indivision pour les biens du couple). Cette liberté se trouve également dans les modalités de rupture, pouvant faire l'objet de dispositions librement convenues entre les partenaires. Cette souplesse se démarque fortement du mariage et de ses aspects institutionnels encadrés dans le Code civil : la démarche du Pacs répond à la philosophie contractuelle, c'est la volonté qui doit primer. La volonté est encore plus forte pour le concubinage : celui-ci est défini par un seul article dans le Code civil (art. 515-8, le définit comme une « union de fait »). La voie laissée à la contractualisation est donc libre et entière en l'absence de règles supplémentaires.

Reste toutefois que la volonté ne peut tout faire dans le cadre du Pacs : en effet, le fait que celui-ci soit un contrat place sous le sceau de la volonté des partenaires n'empêche pas certaines dispositions impératives comme la clause de vie commune, l'aide mutuelle et matérielle que se doivent les partenaires, les règles de cessation du pacte

N°

S.1.7.

Et l'application des mêmes règles que le mariage en termes de félicité de l'union, comme l'a rappelé le juge constitutionnel (Conseil constitutionnel, 8 nov. 1993). De même, le Pacte conclu ne saurait s'affranchir des règles du droit commun des obligations (contrats, responsabilité). C'est l'ordre public minimal que doivent respecter les partenaires, certes moins exigeant que pour le mariage.

B - Une intervention possible du juge pour garantir la vérification de la volonté

L'institution du Pacte avait été conçue pour limiter l'intervention judiciaire en réaction aux « excès » et à la durée des procédures de divorce. Or, si le juge n'intervient pas dans la conclusion du Pacte, celui-ci peut être amené à trancher les difficultés surgissant dans la scuterie, surtout lorsque la relation a été longue et conflictuelle : ainsi se fait-il le garant de la volonté exprimée dans la convention signée en matière patrimoniale (Civ. 1^{re} 4 mars 2015 : gardien du partage de l'indivision par moitié d'un bien immobilier). Et lorsque cette volonté n'a pas été exprimée, comme dans le cas de concubinage, celui-ci peut avoir recours aux mêmes règles de droit commun pour assurer un règlement patrimonial dans l'intérêt des concubins (Civ. 1^{re} 24 sept. 2008 : règle de l'enrichissement sans cause ou action in rem verso), voire à utiliser la notion de « société de fait ».

En outre, le juge peut être appelé à jouer un rôle éminent dans certains domaines pour garantir l'expression de la volonté : c'est le cas pour les majeurs sous tutelle qui doivent bénéficier d'une autorisation du juge des tutelles pour pouvoir conclure un Pacte (art. 462, à défaut de conseil de famille). Ce le juge doit s'assurer de la conformité de la mesure au regard des relations du majeur protégé avec son partenaire (Civ. 1^{re} 15 nov. 2017 : enfants, volonté de donner son statut à compagne par exemple).

✱ ✱
✱

En définitive, la place plus importante confiée à la volonté pourrait amener un recul de la position du sujet dans la garantie des équilibres au sein des couples. Cette position témoigne d'une évolution plus profonde en droit de la famille : la défudicialisation des échanges (à l'image de la suppression envisagée de la conciliation judiciaire préalable en divorce).

