

Concours : ENM 1^{er} concours

Epreuve : Dissertation de droit civil / 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.



La contractualisation du droit des couples et ses limites

Le doyen Carbonnier expliquait que la famille étant la cellule de base de la société, elle devait faire l'objet d'une protection particulière, à commencer par une protection - tant légale que jurisprudentielle - du couple. Or, cette protection étant d'ordre public, elle paraît tout à fait inconciliable avec l'expression de toute volonté individuelle.

En effet, en la matière, c'est-à-dire dans les rapports régissant deux personnes, quel que soit leur sexe, qui partagent une communauté de vie, le législateur n'a accordé qu'une place très restreinte à la liberté individuelle, et tout particulièrement dans le cadre de l'institution du mariage. Cette liberté était si réduite qu'à l'origine, les époux, même d'accord, ne pouvaient divorcer, ou ne le pouvaient qu'en cas de faute grave de la part d'un époux. Choisisant d'officialiser leur union en se mariant, les époux sont certes protégés, mais ils sont aussi contraints de respecter de nombreuses obligations auxquelles ils ne peuvent déroger, même conventionnellement. Il s'agit par exemple des règles du régime primaire impératif en matière de régimes matrimoniaux.

Cette situation les distingue des couples qui,

partageant une communauté de vie, décidant de se tenir hors du lien du mariage pour lesquels, ne bénéficiant que d'une protection légale minimale, ont recouru au contrat afin d'établir eux-mêmes leurs obligations respectives.

Cependant, depuis une dizaine d'années, le droit des couples, en particulier le mariage, fait l'objet d'un mouvement de contractualisation, c'est-à-dire que la loi accorde une marge de manœuvre plus grande aux couples pour régler leur vie commune, voire leur désunion, comme le montre la consécration par la loi du 18 novembre 2016 du divorce sans juge. Dans ce contexte, le juge doit alors opérer une conciliation entre la protection des institutions reconnues par la loi, et la liberté individuelle exprimée par les couples, afin de protéger tant les couples que leurs intérêts patrimoniaux. C'est pourquoi cette contractualisation du droit des couples n'est pas absolue, mais se trouve limitée tant par la loi que par le juge.

Aussi convient-il de mettre en rapport la contractualisation consacrée du droit des couples (I) avec la contractualisation limitée de ce droit des couples (II).

I. la contractualisation consacrée du droit des couples.

Si cette contractualisation pourrait paraître naturelle dans les couples non-mariés (A), elle est réellement innovante pour les couples mariés (B).

A. La contractualisation naturelle dans les couples non-mariés

Cette contractualisation, si elle paraît naturelle pour l'ensemble des couples non-mariés, revêt une différence de nature selon que l'on se place entre concubins ou entre partenaires de PACS.

Le Code civil de 1804, conformément aux instructions de Napoléon Bonaparte, décide d'ignorer les concubins : « les concubins se désintéressent de la loi, la loi se désintéresse des concubins ». Dès lors, les concubins n'ont d'autre choix que d'user de la technique du contrat pour régler leurs obligations respectives. C'est tout particulièrement en matière de successions que ces contrats revêtent une importance, puisque les concubins, dans le cadre de la succession légale, dite ab intestat, n'appartiennent à aucun ordre appelé à succéder. S'ils veulent se succéder l'un à l'autre, ils doivent consentir des libéralités, c'est-à-dire un contrat réglant le sort de leur patrimoine après leur mort.

dans les rapports entre concubins.

Cette contractualisation naturelle n'a pas été bouleversée par la loi du 15 novembre 1999 qui, si elle donne une définition du concubinage, n'a pas érigé un véritable statut à leur égard. C'est-à-dire que si la loi leur accorde quelques droits, comme en matière de sécurité sociale (arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 1^{er} juillet 1981), les concubins restent obligés de s'accorder contractuellement pour régler la majeure partie de leurs obligations. Or c'est précisément ce qui distingue le concubinage du PACS.

En effet, si en matière de concubinage, la contractualisation est subie, en matière de PACS elle est choisie.

la même loi du 15 novembre 1999, qui a reconnu succinctement le concubinage, a créé un nouveau mode de conjugalité, aux articles 515-1 et suivants du Code civil : il s'agit du pacte civil de solidarité, dit PACS. Cette fois, le législateur ne se contente pas de donner une définition de cette conjugalité particulière, mais il lui attribue un véritable régime, un véritable statut. Dès lors, on pourrait se méprendre, et considérer que, comme pour le mariage, la contractualisation revêtait un caractère mineur, puisque la loi se charge de régler les obligations des partenaires. Mais c'est exactement le contraire qui se produit en réalité, à tel point que l'on peut même parler de contractualisation choisie.

Cette affirmation, qui peut paraître paradoxale en un sens, est éclairée par la définition que la loi donne du PACS : le PACS est un contrat conclu par deux personnes physiques pour organiser leur vie commune. S'agissant d'un contrat, il est donc bien évident que le PACS est un domaine de prédilection de la contractualisation du droit des couples. Le juge pose néanmoins quelques conditions pour bénéficier de ce statut protecteur, telles que l'exigence de vie commune, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999.

Si cette contractualisation était naturelle pour les couples non-mariés, en revanche, elle n'allait pas de soi pour les couples mariés, et a été particulièrement innovante.

Concours section : 1er concours d'accès

Epreuve matière : Composition CIVIL

N° Anonymat : IHMNO548 LK

Nombre de pages : 12

Concours : ENM 1^{er} concours

Epreuve : Dissertation de droit civil / 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.



B. Une contractualisation innovante dans les couples mariés

Cette contractualisation touche deux moments distincts du mariage : pendant le mariage et lors du divorce.

Il faut d'abord préciser, à titre liminaire, que les futurs époux peuvent conclure un contrat de mariage, en vertu de l'article 1387 du Code civil, en vertu duquel ils peuvent choisir leur régime matrimonial, s'ils ne souhaitent pas se marier sous le régime légal, qui est celui de la communauté réduite aux acquêts depuis la loi du 13 décembre 1965 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1966. Cela montre déjà une première marque de la contractualisation dans le cadre du mariage. Reste néanmoins que cette possibilité est supplétive, car les époux peuvent très bien choisir le régime légal, et donc n'auront pas recours à un contrat de mariage.

Là où la contractualisation du droit des couples a été particulièrement innovante, c'est bien dans la possibilité offerte aux époux à l'article 1397 du Code civil, modifié en 2006. En effet, la loi du 23 juin 2006 a permis aux époux de changer leur régime matrimonial sans le contrôle d'un juge.

N°

.5/11

Il s'agit d'une modification remarquable dans le sens où la consécration du changement de régime matrimonial de manière purement conventionnelle, comme principe, compte avec le contrôle traditionnel du juge lors de l'homologation de ce changement, afin de protéger tant la liberté individuelle de chacun que l'institution du mariage elle-même. La loi permet donc de donner plus de liberté aux époux, et de favoriser une bonne administration de la justice.

Le premier pas vers un mouvement de contractualisation du droit des couples mariés a été poursuivi en 2016.

Depuis la loi du 18 novembre 2016, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, les couples mariés disposent désormais d'un large choix pour divorcer. En effet, en plus des traditionnels divorce pour faute, divorce pour altération définitive du lien conjugal, et des divorce accepté et divorce par consentement mutuel, tous prononcés par le juge, le législateur a introduit à l'article 229-1 du Code civil un nouveau cas de divorce, cette fois sans juge. Ce divorce sans juge concerne bien sûr uniquement les cas où les époux s'accordent tant sur le principe du divorce que sur ses effets - il s'agit donc d'un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire.

Ce nouveau cas de divorce est une manifestation du mouvement actuel de contractualisation du droit des couples, puisque les époux vont, ensemble, et chacun conseillé par un avocat, décider de l'ensemble des effets du divorce, tant personnels que patrimoniaux. Il n'y aura pas d'intervention du juge, ne serait-ce que pour qu'il homologue cette convention. Elle acquerra simplement force exécutoire après

qu'elle ait été déposée au rang des minutes d'un notaire.

Cependant, si ce mouvement de contractualisation du droit des couples est encouragé par la loi, il n'en est pas moins encodé et limité, afin de concilier la liberté individuelle et les institutions reconnues par la loi.

II - la contractualisation limitée du droit des couples.

Si en matière de mariage, la contractualisation est limitée par la loi (A), son recours est limité par le juge dans les autres modes de conjugalité (B).

A. Une limitation légale de la contractualisation dans le droit des couples mariés.

Cette limitation concerne les deux consécutions de 2006 et de 2016 en matière de contractualisation du droit des couples mariés.

D'une part, s'agissant de la consécration du principe du changement de régime matrimonial sans juge, il convient de préciser qu'il est tempéré par de nombreuses exceptions, de telle sorte que le principe se réduit aux cas les plus simples. Il s'agit d'une conciliation réussie entre la protection de la famille et la bonne administration de la justice. En effet, l'article 1397 du Code civil prévoit dans ses différents alinéas qui suivent l'énoncé du principe que ce changement de régime extrajudiciaire n'est pas possible en cas de présence d'enfants mineurs, ou en cas d'opposition formée par les créanciers ou les enfants majeurs, préalablement informés.

Ainsi, en cas d'opposition ou en présence d'enfants mineurs, le juge devra homologuer la convention des époux, ce qui montre déjà un recul de la contractualisation de la matière. Mais ce recul est plus net encore étant donné les pouvoirs dont disposent le juge en la matière. En effet, non seulement il appréciera la légalité de la convention, mais plus encore il appréciera son opportunité pour l'intérêt de la famille, intérêt qui doit faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, comme l'a énoncé la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 1976, dit "Alexandrie".

Cette limitation de la contractualisation pendant le mariage vaut également en cas de divorce.
d'autre part,

En effet, si la loi du 18 novembre 2016 a consacré la nouvelle possibilité de divorcer sans juge, en s'accordant sur les effets de ce divorce, elle a toutefois limité cette hypothèse dans deux cas particuliers. Le recours à ce type de divorce n'est pas possible si l'un des époux fait l'objet d'une mesure de protection des personnes vulnérables. Cette limitation de la contractualisation du divorce est tout à fait compréhensible puisque, selon l'article 414-1 du code civil, il faut être sain d'esprit pour contracter. Ainsi il est légitime qu'une personne vulnérable ne puisse conclure un acte aussi grave sans le contrôle d'un juge, qui procédera à la vérification des équilibres patrimoniaux entre les futurs-ex-époux.

La deuxième limitation à la contractualisation du divorce résulte, comme précédemment, de la présence d'enfants mineurs. Cependant cette

Concours : ENM 1^{er} concours

Epreuve : Dissertation de droit civil / 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.



fois, l'atteinte à la contractualisation est moindre puisque la seule présence d'enfant mineur ne suffit pas à empêcher le recours au divorce par consentement mutuel sans juge, mais il est nécessaire que cet enfant, mineur, réclame à être entendu par un juge (ayant préalablement été informé de ce droit à le faire). Cette disposition, si elle est très respectueuse de la volonté de contractualisation du divorce, pose tout de même question sur le rôle des enfants dans cette procédure. Cette place délicate que la loi leur donne ne paraît pas adaptée et peu protectrice des intérêts patrimoniaux de ces enfants mineurs.

Si dans le cadre du mariage, la contractualisation est limitée par la loi, pour les autres modes de conjugalité, elle est limitée par le juge.

B. La limitation jurisprudentielle de la contractualisation dans le droit des couples non-mariés

Si la loi pose les principes directeurs des limitations de la contractualisation dans le droit des couples non-mariés, c'est surtout le juge

qui a été chargé de circonscrire ces limitations.

En matière de concubinage, la loi est très peu bavarde. Elle précise néanmoins que l'union de fait doit être caractérisée par une vie commune, une continuité et une stabilité. Ainsi, il n'est pas possible de contrevenir conventionnellement à ces obligations. Cette condition de stabilité permet à l'union libre de produire certains effets juridiques, comme l'ont précisé de nombreux arrêts de cours d'appel, comme la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 23 septembre 1999.

De même, la jurisprudence est venue préciser que les couples de concubins sont exclus des règles du mariage, comme l'absence d'exigence de contribution aux charges, aux obligations alimentaires, ou encore au devoir de solidarité (arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 11 janvier 1984 pour ce dernier devoir). Pour autant, rien n'empêche les concubins de contracter de telles obligations, à charge pour eux de les exécuter par la suite de bonne foi.

Aussi, tant en matière de concubinage que de PACS s'appliquent les dispositions générales du droit des contrats qui limitent leur pouvoir à un objet licite certain, et respectueux de l'ordre public. Quant au PACS, le juge lui réserve des limitations spécifiques.

En effet, le PACS, qui pourtant est né récemment, en 1999, suit déjà des modifications jurisprudentielles substantielles, qui tendent à rapprocher le PACS de l'institution du mariage. C'est ainsi que le juge, lorsqu'il doit interpréter certaines obligations du PACS, procède à quasi-assimilation au mariage, sous

le prétexte que les contrats dont le PACS fait partie, doivent faire l'objet d'une exécution de bonne foi. Ainsi le juge a-t-il découvert une obligation de fidélité entre partenaires, fidélité qui n'est pourtant inscrite nulle part dans la loi.

De la même façon, la loi prévoit que les partenaires de PACS se doivent, selon l'article 515-4 du code civil, une aide matérielle et une assistance réciproques. Cette aide matérielle et cette assistance constitue non seulement une limite à la contractualisation du droit des concubins, puisque toute clause contraire serait nulle, comme la affirme le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999, mais encore, le juge a tendance à assimiler cette obligation d'aide à l'obligation d'assistance de l'article 212 du code civil, réglant les devoirs du mariage. Or l'on sait que la jurisprudence en la matière est très exigeante à l'égard de ce devoir entre époux. Ainsi, la contractualisation du droit des partenaires se trouve fortement limitée, alors qu'il était originellement le domaine de prédilection de ce mouvement de contractualisation du droit des couples.

Nº

.../...