

Concours : 1ER CONCOURS d'accès à l'École nationale de la magistrature

Epreuve : COMPOSITION CIVIL

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.



Parmi le triptyque développé par François OST dans son ouvrage Trois modèles de juges, la métamorphose de l'office du juge donnerait naissance à la figure du "juge-pacificateur", sur le modèle d'Hermès, interlocuteur.

S'il est un office où le contentieux est souvent passionné, les affaires familiales en font la parfaite illustration. Les sentiments et les passions de naguère se transforment alors en conflits. Confronté à cette sphère de l'intime, le juge aux affaires familiales (lire JAF) parfois surnommé "le tribunal des couples" est en prise à de nombreuses tensions. Toutefois, le droit des couples ne trouve pas à s'épanouir uniquement au cours des procédures contentieuses. Moyen fondamental et originel de la cellule familiale, le couple, composé de deux individus - sans égard au statut ou à l'altérité des sexes - et unis par une communauté d'intérêts à tout le moins affectifs et volontaires, est un élément essentiel de la société en ce qu'il intéresse de très nombreux aspects du droit.

Le droit des obligations est un autre pilier du droit français et l'importance accordée à sa réforme par l'ordonnance du 10 février 2016 témoigne du souci apporté à son efficacité. Le contrat demeure un accord de volonté en vue de produire des effets de droit.

Couple et contrat, ces deux institutions millénaires ont nourri des relations ambiguës à travers l'histoire : la figure du mariage apparaissant sous l'Ancien régime et le ~~XIX~~^{XIX}^{ème} siècle comme une union permettant d'organiser contractuellement la réunion de patrimoines puis tous deux se sont séparés. Le mariage a perdu de son importance comme outil de consécration du couple et des considérations nouvelles de liberté et d'égalité ont été revendiquées. Or le contrat repose également sur ce postulat de liberté, d'égalité et d'autonomie de la volonté de sorte que le couple peut convoquer les procédés contractuels et les développer à diverses occasions de la vie en commun voire après sa cessation. Le contrat est une structure et c'est dans cette idée qu'a été institué le Pacte civil de solidarité le 15 novembre 1999. Le contrat est également un outil d'organisation offert au couple en union ou en désunion, la réforme de la procédure de divorce par consentement mutuel instituée par la loi

de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle du 18 novembre 2016 participe de cette idée. Jusqu'où cette déclinaison peut-elle être étendue ? La contractualisation est-elle une délégation de l'autorité judiciaire, un blanc seing ? Assurément non. Quelles sont alors les incidences de la contractualisation du droit des couples et quelles limites y porter ?

La contractualisation, en tant que mécanisme de promotion de l'autonomie de la volonté connaît un essor qui transcende le seul droit du couple (I). Toutefois, des limites sont posées au développement de la technique contractuelle, justifiées par la persistance d'un droit qui encadre le couple (II).

I. L'essor de la contractualisation du droit, élargie à la sphère des couples.

Le succès de la contractualisation comme source normative et la substitution d'un droit négocié à un droit imposé s'explique en partie par deux atouts que présente le contrat et qui trouvent à s'épanouir dans le droit du couple. Le procédé contractuel apparaît comme un mécanisme de prévision et d'organisation (A) mais également comme une voie de pacification des conflits (B).

A. Le procédé contractuel, mécanisme d'organisation des couples

Originairement, le contrat trouve à s'appliquer en matière de couple lors de la rédaction du contrat de mariage. Cette méthode d'organisation patrimoniale, laissée à la discrétion des époux apparaît désormais comme un régime supplétif au régime légal (article 1387 du Code civil, lire civ.). En effet, la majorité des couples mariés se soumettent au régime légal et renoncent à la conclusion d'un contrat de mariage. Cette première assertion du contractualisme dans le couple accuse alors un réel déclin d'intérêt sans doute à cause, en partie, de la modicité des patrimoines et de l'évolution de la conception du mariage.

Au-delà de l'admission du contrat comme forme d'organisation patrimoniale, le droit a admis que certains domaines de la vie familiale puissent être dévolus à ceux qui la composent. Ainsi, la loi du 28 décembre 2016 a-t-elle encadré la stipulation de conventions parentales (article 373-2-7 civ.). Ce contrat homologué judiciairement laisse au couple parental le soin d'organiser les modalités d'exercice de l'autorité parentale et de fixer le montant de la contribution à l'entretien et à

l'éducation de l'enfant. Le couple peut alors fixer la clé de répartition de l'autorité parentale de manière concertée. De même et antérieurement, les couples mariés sont admis par convention à fixer leur contribution aux charges du mariage ; là encore, il leur échut de trouver un équilibre pour leur couple.

Le contrat est aussi un acte de prévision et, hors le cas des testaments et libéralités qui sont des actes unilatéraux et non des contrats, le couple peut s'accorder mutuellement diverses conventions afin de parer les situations de crise ou de pré-décès. Le mandat à effet posthume relevant de l'habilitation familiale (articles 812 et suivants civ.) permet de prévoir contractuellement les diligences à assumer dans le couple au cas où les conditions stipulées se réalisent (maladie, disparition, incapacité, décès, ...). La figure habituelle du mandat pour sing privé trouve également à s'appliquer (articles 492 et s. civ.). La création récente de l'habilitation familiale par la loi du 15 octobre 2015 vient renforcer la pertinence de l'outil contractuel dans le couple.

La consécration la plus marquante d'un couple contractuel a été la création du PACS en 1999, lequel forme une figure structurante du couple. Là encore, le législateur a laissé aux partenaires à PACS la liberté d'organiser par convention leur union et son fonctionnement. Des règles légales supplétives peuvent à défaut s'appliquer.

Enfin, le contrat peut organiser la désunion, les membres du couple peuvent par exemple régler le fonctionnement d'une indivision post-communautaire dans la convention de divorce ; à la différence notable que récemment, le droit a ouvert au couple marié la possibilité d'obtenir le prononcé du divorce sans l'intervention du juge. Le contrat est donc consacré également comme voie de pacification.

B. La procédure contractuelle, voie de pacification des conflits au sein du couple.

Tout conflit résulte d'un différend, d'une tension, d'une incompréhension et le juge est alors souvent saisi pour y apporter une réponse. Il fait alors usage de son *imperium* pour contraindre les parties qui ont déferé leur litige à exécuter la décision. Cependant, la médiation, la conciliation et de manière générique, les modes alternatifs de règlement des conflits offrent aux plaideurs une voie privilégiée pour la conclusion d'une solution négociée. Au sein du couple, la logique est que la solution sera d'autant mieux acceptée que les parties ont été associées et non confrontées au règlement de leur différend.

La médiation familiale, prévue à l'article 373-2-10 civ. est une mesure de consolidation du couple. En effet, les parties peuvent accepter sur proposition du JAF de suspendre le temps judiciaire aux fins de conciliation. L'article étant relatif à l'autorité parentale exprime clairement le souci de "Faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale". Le JAF peut par ailleurs les y enjoindre. Cette procédure permet d'instiller aux parents des éléments de réflexion et de débat afin que la situation ne se reproduise plus ou à tout le moins ne parvienne pas à une tension extrême nécessitant la saisine de l'autorité judiciaire. La médiation peut par ailleurs être suggérée aux époux divorçants (article 255 Civ.).

La procédure de convention de procédure participative - qui ne rencontre pas le succès escompté - a également été ouverte aux différends au sein du couple marié par l'article 2067 Civ.

L'intérêt pour cette voie amiable de règlement des différends a été réaffirmée par le décret du 06 mai 2017 réformant la procédure civile en ce que, selon l'article 910-2 du Code de procédure civile, le prononcé d'une mesure de médiation suspend les délais pour conclure en cause d'appel et former appel incident.

La loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle a, ouvert au procédé contractuel la possibilité pour des époux d'obtenir la dissolution de leur mariage par une procédure de divorce par consentement mutuel qui peut être entièrement déjudiciarisée. Le divorce est alors constaté par enregistrement d'une convention au rang des minutes par-devant notaire. Les deux époux prennent en charge avec l'assistance de leurs avocats respectifs la conduite de la procédure, tant sur le principe que sur les conséquences du divorce. Toutefois, la loi précise qu'un enfant du couple peut demander à être entendu par le juge aux affaires familiales (article 229-2 Civ.).

Enfin, les articles 278 et 279 Civ. permettent aux époux de fixer conventionnellement, pour les autres cas de divorce, le montant et les modalités de paiement de la prestation compensatoire.

Il est de constater que parmi les diverses formes de conjugalités reconnues par le droit français, le mariage est celui qui offre le plus de possibilités de contractualisation or en réalité, ce régime étant le plus réglementé de manière générale, les exceptions libérales sont donc ponctuelles et nombreuses. À l'inverse, le concubinage étant une union de fait, la souplesse de ces couples résulte quasi-intégralement de stipulations contractuelles consensuelles. Entre les deux, le PACS

Concours section : 1er concours d'accès

Epreuve matière : Composition CIVIL

N° Anonymat : JZOQO852 XG Nombre de pages : 8

Concours : AER CONCOURS d'accès à l'École nationale de la magistrature

Epreuve : COMPOSITION CIVIL

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.



constitue déjà une figure contractuelle dont les dispositions impératives font exception.
Cependant, le champ des possibles n'est pas absolu et des limites viennent encadrer toute contractualisation excessive, preuve en est que le droit des couples est d'essence légale.

II. Des limites posées au développement de la technique contractuelle, justifiées par la persistance d'un droit des couples

La contractualisation ne saurait s'analyser comme une délégation du pouvoir judiciaire entre les mains des personnes composant le couple, elle n'opère que dans les limites concédées par la loi (A) et demeure soumise au contrôle juridictionnel (B). Car en effet, s'interroger sur le devenir du contractualisme du droit des couples, c'est questionner en creux l'office du juge du XXI^{ème} siècle, entre prudence et autorité.

A. Des délégations prudentes de l'autorité judiciaire, limitées par des impératifs d'ordre public.

La contractualisation du droit des couples appelle à deux séries de limites : celles inhérentes au droit des contrats et celles relatives au droit du couple et de ceux qui le composent.

L'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des obligations n'a pas modifié substantiellement les dispositions impératives du droit des contrats. L'article 1102 Civ. rappelle utilement en son second alinéa que "La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public" et l'article 1103 de poursuivre "Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits". La conventionnalisation est une source de normativité comme l'est la loi. Partant, les articles suivants qui sont d'ordre public trouvent à s'ap-

N°
517

- pliquer lors de la contractualisation du droit du couple. Sous l'empire de l'ancienne loi, l'illicéité de la cause a permis aux juridictions de construire une jurisprudence permettant un contrôle social du couple. C'est ainsi que les clauses de non-convol ont pu être restrictivement admises par la Chambre sociale de la Cour de cassation ou encore que le contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée n'est pas illicite (Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 04 novembre 2011).

Un domaine de contractualisation du droit des couples fait débat actuellement dans la société et dans les prétoires, celui de la gestation pour autrui (GPA). Bien que l'article 16-7 Civ. fasse défense de stipuler toute convention de GPA et rend nulle celle qui viendrait à être conclue et s'ajoutant à une décision rendue par la Cour de cassation en assemblée plénière en 1991, la pratique de la GPA tend à se développer au lieu de se médiatiser. Les couples homosexuels et ayant recours à l'étranger demandent que la naissance de l'enfant produise ses effets juridiques en France, la Cour de Cassation développe une position accommodante dans les limites de la loi (Cour de cassation, assemblée plénière, 3 juillet 2015).

En outre, des régimes particuliers s'appliquent à raison du droit du couple et font échec à la contractualisation. Par exemple, le régime primaire impératif des époux s'impose aux époux et exclue toute convention contraire (art. 212 et 214 Civ.). De plus, la rédaction d'un contrat de mariage n'est pas entièrement laissée à la discrétion des époux (art. 1388 Civ.). Enfin, les parents ne peuvent contrevenir par convention aux règles d'ordre public de l'état civil comme par exemple l'immutabilité du nom de famille. La loi assure une protection de la société à partir de ces règles.

L'intérêt de l'enfant est enfin un puissant frein à la liberté contractuelle du couple. La protection particulière à laquelle aspire l'enfant permet l'application de ce principe protecteur d'intérêt parfois qualifié de "supérieur" de l'enfant. Cela s'entend donc d'une supériorité au-delà des volontés.

B. Une revalorisation de l'autorité du juge judiciaire

Tel qu'il a été exposé ci-haut, la contractualisation du droit du couple interroge aussi l'office du juge au XXI^{ème} siècle. Le rapport de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHES) intitulé "Prudence et autorité, l'office du juge au XXI^{ème} siècle" traduit cette nouvelle demande de justice. La contractualisation permet d'une part un apaisement social mais aussi une rationalisation des moyens du service public de la justice. Le juge qui est mieux sollicité voit son

autorité réaffirmée. La contractualisation apparaît également comme une mesure de responsabilisation et d'émancipation des individus qui composent le couple.

La procédure d'homologation des conventions et des contrats qualifiés parfois de contrats judiciaires détiennent une force supplémentaire en ce qu'ils témoignent d'une solution arrivée à maturation. Le juge exerce alors son office lors de l'homologation lorsque la loi le prévoit ou lorsque les parties le désirent.

La contractualisation n'apparaît donc pas comme un désaveu voire une défiance à l'égard du juge mais plutôt comme une complémentarité. Le droit des couples est alors traversé par un mouvement de contractualisation des parties et un mouvement de conventionnalisation grâce à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

N°

.../...