



ANNALES ENM 2018

Correction Dissertation

La contractualisation du droit des couples et ses limites

La célèbre formule de Balzac selon laquelle « *La famille sera toujours la base des sociétés* » (Honoré de Balzac, *Le Curé de village*, 1841) apparaît aujourd'hui contrariée à de nombreux égards. La dimension institutionnelle de la famille semble particulièrement nuancée par l'évolution des mœurs et les réformes légales en droit de la famille. Particulièrement, en matière de couples, une place toujours plus importante est faite à la volonté des individus.

Le couple n'est pas une notion juridiquement définie, sinon au travers de l'idée de l'union de deux personnes, de même sexe ou non, qui décident de partager une vie commune. A dépasser cette acception sibylline, la notion de couple se veut indéterminée, parce qu'évolutive. Le Code civil de 1804 est, en droit de la famille comme dans les autres domaines, un compromis entre les règles traditionnelles et les conceptions révolutionnaires. Il est marqué par les idées de Napoléon sur les rapports entre le mari et sa femme ; le Code civil n'appréhende alors que le mariage, postulé comme une évidence et la seule forme de couple reconnu par la loi. Cette posture demeurera longtemps en jurisprudence, davantage encore dans la loi. Ce n'est que sous l'impulsion des évolutions sociétales de la fin du XXème siècle et le phénomène alors naissant de fondamentalisation du droit de la famille, que la notion de couple va devenir plurielle. C'est au travers de la reconnaissance du couple homosexuel, que les formes de couples vont se multiplier dans la loi. La loi du 15 novembre 1999 relative à la loi sur le PACS constitue ainsi l'une des plus importantes réformes du droit de la famille depuis 1804. Partant, il n'existe alors pas une forme de couple, mais des formes de couples, des couples. Le concubinage désormais consacré dans la loi après avoir été reconnu timidement par le juge et le PACS, le pacte civil de solidarité nouvellement créé, viennent désormais concurrencer le mariage, lequel n'est dès lors plus la seule union civile dans la loi. Consécutivement, le mariage perd progressivement sa place hégémonique. Désormais, la volonté des membres du couple leur permet, avec le PACS notamment, de déterminer les modalités de leur vie commune. Leur liberté est plus grande que dans le cadre d'un mariage, dont les effets sont toujours légaux. Reste que le mariage lui-même ne reste pas indifférent à ce phénomène grandissant de contractualisation du droit de la famille, des couples particulièrement. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce, la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et la loi dite « Justice du XXIème siècle » en témoignent avec force. Dès lors, le contrat est la concrétisation d'une place toujours plus importante dévolue à la liberté, à l'égalité et à la volonté, en droit de la famille.

Ainsi, tandis que prend de l'ampleur la contractualisation du droit de la famille, les différentes formes de vie en couple se rapprochent et l'ordre public matrimonial traditionnel, construit à partir de la figure emblématique du couple marié, recule. Cependant, les mutations récentes du droit de la famille n'ont

pas conduit à une totale et radicale désinstitutionalisation du droit des couples. Le maintien d'une emblématique cérémonie de mariage comme l'inscription du PACS sur l'état civil des partenaires révèlent que les limites de la contractualisation du droit des couples et la pérennité d'une certaine idée institutionnelle. L'intervention de l'autorité publique et les fonctions de la loi demeurent des aspects essentiels et fondateurs du droit des couples. C'est au juge qu'est dévolu le rôle de concilier les aspects contractuels et institutionnels du droit des couples, de trouver un équilibre entre le respect de la loi et le respect de la volonté des membres du couple.

I – LA CONTRACTUALISATION AVEREE DU DROIT DES COUPLES FONDEE SUR LA LIBERTE

A – La contractualisation certaine des couples non mariés

- 1 – Le concubinage, une union *a priori* de fait
- 2 – Le PACS, une union conventionnelle

B – La contractualisation progressive des couples mariés

- 1 – La liberté matrimoniale
- 2 – La déjudiciarisation du divorce

II – LA CONTRACTUALISATION ENTRAVEE DU DROIT DES COUPLES FONDEE SUR L'ORDRE PUBLIC FAMILIAL

A – Des limites légales traditionnelles à la contractualisation

- 1 – Lors de la formation du couple
- 2 – Dans la vie du couple

B – Un encadrement judiciaire renouvelé de la contractualisation

- 1 – La nécessaire intervention du juge aux affaires familiales en cas de crises
- 2 – Le contrôle des conventions par le juge