

”La contractualisation de la production normative en droit de la famille et en droit des personnes : incidences sur la théorie générale du contrat”, Le Dossier : A qui profite le droit ?, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2017, n° 11, pp. 104-114
Jennifer Exbrayat

► **To cite this version:**

Jennifer Exbrayat. ”La contractualisation de la production normative en droit de la famille et en droit des personnes : incidences sur la théorie générale du contrat”, Le Dossier : A qui profite le droit ?, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2017, n° 11, pp. 104-114. La Revue du Centre Michel de l’Hospital - édition électronique, Centre Michel de l’Hospital CMH EA 4232, 2017, pp. 104-114. hal-01679605

HAL Id: hal-01679605

<https://hal.uca.fr/hal-01679605>

Submitted on 15 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONTRACTUALISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE EN DROIT DE LA FAMILLE ET EN DROIT DES PERSONNES : INCIDENCES SUR LA THEORIE GENERALE DU CONTRAT

Jennifer **EXBRAYAT**,

doctorante en droit privé, ED 245, ATER, Université Clermont Auvergne

« *Le contrat aujourd'hui se mêle de tout et s'emmêle dans tout* »¹

Traditionnellement fondé sur l'autonomie de la volonté, le contrat est pendant longtemps apparu comme l'outil par excellence d'organisation des échanges patrimoniaux entre individus. Fruit de la liberté et de l'égalité - tout le monde connaît en effet la célèbre formule de FOUILLE selon laquelle « *qui dit contractuel dit juste* » - le contrat a ainsi prospéré et s'est étendu à des domaines traditionnellement emprunts d'ordre public. Cette promotion de l'outil contractuel a pu être perçue comme un phénomène de contractualisation de la société, le contrat prenant ainsi le pas sur la loi².

Ce phénomène de contractualisation du droit semble donc faire référence à « *un contrat conquérant* »³, la contractualisation étant alors entendue par certains comme le signe du déclin de l'Etat providence⁴ et comme la conséquence de la perte de légitimité de la loi dans ses formes traditionnelles. Propulsée par un individualisme croissant, elle serait ainsi synonyme d'extension du contrat et de recul corrélatif de la loi⁵. Autrement dit, constater un phénomène de contractualisation, c'est pouvoir affirmer que « *la part des liens prescrits régresse au profit des liens consentis.* »⁶.

Constatant cette progression des accords de volonté dans ces pans du droit, certains auteurs ont alors évoqué « *le passage d'une normativité autoritaire à une normativité contractuelle* »⁷, cet intérêt pour le mécanisme contractuel pouvant dès lors se justifier eu égard aux vertus traditionnelles attachées au contrat. Celui-ci serait en effet l'outil de liberté⁸ et d'égalité par excellence, et s'opposerait ainsi à la loi jugée contraignante et inégalitaire⁹.

Ainsi, il semble être « *un préjugé tenace selon lequel le contrat est un élément étranger et perturbateur de l'institution familiale* »¹⁰. Il est intéressant en effet de constater « *que le contrat n'est pas étranger* » au droit de la famille et au droit des personnes et qu'il aurait même « *vocation à s'y développer* »¹¹.

Toutefois, si ces nouveaux accords de volonté semblent susceptibles de pouvoir être qualifiés de contrats, leur régime juridique semble cependant très éloigné du modèle de droit commun civiliste, la prise en charge contractuelle des questions qui relevaient traditionnellement de l'hétéronomie influant nécessairement sur la structure de ces accords. Il n'est en effet pas douteux que l'objet sur lequel ils portent n'est indifférent ni à leur nature, ni au caractère dérogoire de leur régime juridique. La loi ne saurait en effet raisonnablement abandonner une liberté souveraine aux individus en ces domaines, tant eu égard au rôle social que joue la famille qu'à la nécessité pour l'État de garantir les droits les plus fondamentaux des individus.

Cette persistance de l'institutionnel au sein de ces accords de volonté est l'une des raisons principales permettant de douter de leur caractère contractuel. Or, pour pouvoir valablement parler de contractualisation ou de

¹ M. MEKKI, paraphrasant A. SUPPIOT à propos de l'État : *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et Commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 323.

² Plusieurs auteurs ont constaté un tel phénomène de contractualisation, même si celui-ci semble devoir être relativisé pour deux raisons : d'une part, les accords de volonté ont par le passé déjà pu prospérer en ces domaines et, d'autre part, certains accords rattachés à ce phénomène semblent n'avoir du contrat que le nom. Pour une étude du phénomène de contractualisation, v. notamment D. FENOUILLET, *La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, (dir.) B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ, 2004, p.103 ; *Approche critique de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, LGDJ, 2007 ; *Approche renouvelée de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, PUAM, 2007 ; *La contractualisation de la famille*, (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERE, Economica, 2001.

³ M. GRIMALDI, « Succession et contrat », in *La contractualisation de la famille*, p. 197.

⁴ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Introduction », in *Approche critique de la contractualisation*, op. cit., p. 9.

⁵ Ce phénomène de contractualisation du droit serait une nouvelle manifestation de « la loi historique dégagée par Summer Maine : du statut au contrat », v. en ce sens L. LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille*, (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERE, Economica, 2001 p. 7.

⁶ A. SUPPIOT, *La contractualisation de la société, intervention à l'Université de tous les savoirs*, in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, vol. 2, Odile Jacob 2000, p. 157.

⁷ N. DION, *L'aventure de la médiation*, LPA n° 150, 29 juillet 2003 ; de même, a été évoquée l'idée d'une « contractualisation de la production normative », v. en ce sens l'ouvrage collectif *La contractualisation de la production normative*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, op. cit.

⁸ P.-Y. VERKINDT, *Derrière le contrat, le lien*, Préface, in *Approche critique de la contractualisation*, Droit et Société, Recherches et Travaux, LGDJ, 2007, op. cit. p. 7.

⁹ V. sur ce point J. CHEVALLIER, *Conclusion*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, op. cit., p. 183, selon lequel le contrat et l'institution sont *a priori* deux notions « antithétiques ».

¹⁰ A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Economica, op. cit., p. 153.

¹¹ A.-M. LEROYER, op. cit., p. 155.

normativité contractuelle, il faut pouvoir identifier des contrats, et il sera donc nécessaire de déterminer la qualification juridique de ceux-ci. Cette étude n'aura toutefois pas pour ambition d'établir une « cartographie »¹² complète « *des conquêtes du contrat en matière familiale* » et en droit des personnes, mais bien plutôt d'analyser ces accords de volonté dans leur ensemble afin de déterminer si un certain particularisme commun existe et s'il peut raisonnablement être qualifié de contractuel **(I)**, puis, le cas échéant, quelles en sont les incidences sur la théorie générale du contrat et le contrat lui-même, si incidences il y a bien évidemment **(II)**.

I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES ACCORDS DE VOLONTÉ : CONTRAT OU INSTITUTION ?

Le droit de la famille et le droit des personnes se sont enrichis ces dernières années de manifestations de volontés insolites. Le droit a en effet abandonné de plus en plus de place aux accords de volontés, supplantant les règles traditionnelles d'ordre public. Le principe d'indissolubilité du mariage a ainsi été balayé par l'ouverture aux couples mariés des divorces, de même que la règle d'ordre public de la puissance paternelle a été remplacée par le régime de l'autorité parentale, essentiellement basé sur l'accord des parents¹³. Il en va de même s'agissant du principe d'indisponibilité de l'état des personnes avec notamment les divers accords portant sur le nom de famille¹⁴.

Si l'emprise des volontés individuelles s'est ainsi sensiblement accrue ces dernières années, celle-ci ne saurait cependant être regardée comme autonome et souveraine. Une large part des accords rattachés au mouvement de contractualisation semble ainsi ne répondre que de loin aux standards de droit commun du modèle contractuel civiliste : « *qui dit volontaire ne dit pas contractuel* »¹⁵. Une partie de la doctrine leur a ainsi dénié toute valeur contractuelle en raison de l'omniprésence institutionnelle¹⁶.

Aussi, afin de déterminer la nature juridique de ces accords, et en l'absence de consensus doctrinal en la matière, une mise en lumière des causes de ces divergences **(A)** doit nous permettre de nous détacher de la figure contractuelle de droit commun afin de leur reconnaître une nature hybride **(B)**.

A. La confrontation des approches contractuelle et institutionnelle des accords de volonté

« *Le contrat étant traditionnellement défini, selon la formule de Pothier reprise par le Code civil, comme un accord de deux ou plusieurs personnes en vue de faire naître une ou plusieurs obligations* »¹⁷, on constate que les accords rattachés au phénomène de contractualisation du droit de la famille et du droit des personnes se voient rejetés de la sphère contractuelle par une partie de la doctrine¹⁸ **(1)** faute de pouvoir retrouver en eux la figure contractuelle de droit commun **(2)**.

1. La difficile qualification contractuelle des accords de volontés

Deux arguments principaux sont régulièrement avancés pour justifier cette exclusion. D'une part, certains accords n'auraient de contractuel que le consentement, puisque les accords de volonté échappent ensuite aux caractéristiques traditionnelles contractuelles. En effet, une partie de ces accords échappent à la force obligatoire des conventions en étant soumis à l'homologation judiciaire¹⁹ ou devant être reçus par un officier de l'état civil²⁰. De même, la liberté contractuelle est parfois également restreinte, lorsque les parties n'ont aucune prise sur le contenu de l'accord²¹. Certains auteurs ont en effet pu affirmer que les accords ainsi reçus dans ces pans du droit

¹² Pour reprendre l'expression du Professeur LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille*, (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, *op. cit.* p. 9.

¹³ H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille*, thèse, 2000, sous la dir. d'Elizabeth Paillet, p. 199, n° 314.

¹⁴ Traditionnellement, l'enfant se voyait automatiquement attribuer le nom du père. Ce principe institutionnel traduisait l'ancienne puissance paternelle et rattachait ainsi le nom à la filiation paternelle (sauf exceptions telle la dation de nom au profit de l'enfant adopté par le conjoint.). Désireux d'asseoir encore davantage l'égalité homme-femme au sein des couples, le législateur a remis en cause ce principe par une loi du 4 mars 2002, réformée par une loi du 18 juin 2003, en lui conférant un caractère simplement supplétif.

¹⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ), LGDJ, juillet 2007, *op. cit.* p. 168.

¹⁶ V. notamment sur ce point D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, (dir.) B. BASDEVANT-GAUDEMET), LGDJ, Systèmes, 2004, *op. cit.*, p. 105.

¹⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 173.

¹⁸ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 173 et s.

¹⁹ Il en va notamment ainsi de la convention de divorce ou de séparation de corps, ou encore de l'adoption.

²⁰ Il en va notamment ainsi du PACS ou encore du nom de famille.

²¹ Il en va notamment ainsi du mariage, ou encore du Pacs.

ne sont en réalité pas de vrais contrats dominés par la liberté contractuelle, mais de simples statuts impérativement encadrés par la loi, tant dans leur formation que dans leurs effets²². Parfois c'est la conclusion même de l'accord qui est imposée par la loi²³. Enfin, bien souvent le traditionnel principe du consensualisme se trouve chassé par un formalisme de plus en plus prégnant, qu'il soit requis « *ad validitatem (...) ou ad probationem* »²⁴.

D'autre part, certains accords sont également exclus en ce qu'ils ne créeraient aucune obligation nouvelle ; ils sont alors seulement perçus comme de simples moyens d'obtenir l'adhésion des individus aux dispositions légales²⁵.

Néanmoins, rejeter de manière systématique de tels accords de la sphère contractuelle c'est oublier que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* »²⁶, et que l'ouverture à la volonté individuelle de domaines traditionnellement soumis à l'ordre public a pour nécessaire corollaire le maintien d'une large part d'institutionnel afin d'orienter et encadrer la volonté des individus, tant pour préserver la fonction sociale de la famille²⁷, que pour garantir certains intérêts et droits jugés fondamentaux.

2. L'intrusion de l'institutionnel dans la sphère contractuelle

Le mythe de l'égalité des contractants, ayant conduit à la multiplication des relations contractuelles déséquilibrées²⁸, a conduit le législateur à intervenir de manière de plus en plus marquée au sein de ces accords. L'institutionnel intervient ainsi dans la sphère contractuelle afin de rétablir un certain équilibre contractuel mais également afin de s'assurer de la conformité des intérêts privés à l'intérêt général. Ce mouvement de contractualisation semble alors nous inviter « *à reconsidérer le concept même de contrat et s'émanciper de la figure contractuelle dessinée par le Code civil* »²⁹.

Approuvant en ce sens l'approche des Professeurs ANCEL et JAMIN selon lesquels la notion de contrat, à l'instar de bien d'autres notions cardinales de notre droit³⁰, est nécessairement « *relative* » et « *évolutive* », nous verrons que les accords en droit des personnes ont une nature juridique hybride imposée par leur domaine d'élection et la spécificité de leur objet.

B. Nature juridique hybride des accords de volontés

Admettre que ce phénomène de contractualisation du droit de la famille et du droit des personnes puisse entraîner dans son sillage des contrats éloignés du modèle traditionnel, c'est avant tout accepter que « *la notion de contrat n'est pas une essence, un modèle éternel, figé une fois pour toutes* »³¹. Il n'est en effet pas douteux qu'à l'instar de toutes les théories générales, celle du contrat soit perméable aux évolutions de notre société rendant alors compte de mouvements majeurs nouveaux.

Toutefois, une telle acception ne saurait permettre l'admission de n'importe quel type d'accord de volontés dans la sphère contractuelle civiliste³². Pour déceler parmi ces nouveaux avatars lesquels méritent une telle qualification, il convient de déterminer en premier quels sont les substrats minimums devant être identifiés pour que la figure contractuelle puisse être retenue, puis il conviendra d'exposer les spécificités de ces nouveaux

²² D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, op. cit., p. 107 ; v. également M.-A. FRISON-ROCHE à propos des droits d'accès, *Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^e forum de la régulation*, LPA, 03 mai 2005, n° 87, p. 3 selon qui certains contrats sont « si contraints, non seulement économiquement mais encore et surtout parce qu'ils ne sont que le mode de concrétisation de prérogatives légales (...), qu'en est dénaturé l'ordinaire du contrat ».

²³ Il en allait notamment ainsi s'agissant du contrat de responsabilité parentale où le refus de signature de celui-ci a pour effet d'entraîner la perte du bénéfice des prestations familiales. De même, s'agissant d'une mesure d'accompagnement social personnalisée, si le majeur refuse ou ne respecte pas le contrat, et qu'il n'a pas payé son loyer depuis 2 mois, le président du conseil général peut demander au juge d'instance que les prestations sociales soient directement versées au bailleur à hauteur du loyer et des charges dues.

²⁴ P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative* p. 291.

²⁵ Il en est notamment ainsi dans le contrat de responsabilité parentale. V. notamment : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, op. cit., p. 178.

²⁶ E. DURKHEIM, *De la Division du travail social*, 1893, p. 189.

²⁷ La nécessité de maintenir le caractère institutionnel de la famille a été défendue par une large part de la doctrine. Il a en effet été constaté que « le désordre dans la société provient du désordre dans la famille », H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille*, thèse Toulon, 2000, op. cit., p. 7, n° 1.

²⁸ Une telle inégalité est particulièrement notable au sein du couple ou des relations de parenté où l'égalité n'est qu'illusion : v. en ce sens D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, op. cit., pp. 116-117.

²⁹ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, op.cit., 5.

³⁰ Cette relativité et cette évolutivité sont aussi caractéristiques de la notion de dignité de la personne humaine, et en font une notion perméable aux évolutions de la société.

³¹ P. ANCEL, *L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?*, in *La contractualisation de la production normative*, op.cit., p. 309.

³² V. sur ce point P. ANCEL, op. cit., p.310.

accords eu égard à la théorie traditionnelle civiliste. Nous verrons alors émerger une nature hybride attachée à ces accords, mi-contractuelle, mi-institutionnelle.

1. La recherche des substrats minimums du contrat

En prenant pour fil d'Ariane la définition du contrat selon laquelle celui-ci est un accord de volontés générateur d'obligations juridiques, les substrats minimums devant être identifiés afin que la qualification contractuelle puisse être retenue, sont un accord de volontés, ainsi qu'une force obligatoire. Toutefois, la théorie civiliste du contrat, telle que résultant des dispositions du *Code civil* de 1804, étant largement fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté, certains auteurs ont alors avancé la nécessité que les parties disposent également d'un minimum de liberté contractuelle.

Tout d'abord, si le consentement³³ existe effectivement, sa normativité semble en revanche devoir être remise en cause dans certains accords en l'absence de toute obligatorité apparente. Une partie de la doctrine a ainsi rejeté toute valeur contractuelle aux accords en matière d'autorité parentale, constatant leur absence de force obligatoire avant l'intervention du juge et leur homologation³⁴. S'il apparaît ainsi difficilement contestable que ces accords ne sont que très rarement générateurs par eux-mêmes d'une force obligatoire effective, celle-ci semble en revanche pouvoir être décelée dans d'autres éléments extérieurs au contrat³⁵. Certains auteurs ont ainsi trouvé cette force obligatoire dans l'acte juridictionnel qu'est l'homologation, tandis que d'autres l'ont identifiée dans la cause de l'acte, et plus particulièrement dans l'intérêt de l'enfant, celui-ci étant alors perçu comme la cause justificative de leur force obligatoire³⁶.

Bien évidemment une telle analyse suppose de se détacher de la conception classique de la force obligatoire, à savoir celle selon laquelle le contrat tire sa force de la volonté des parties³⁷. Une telle approche semble cependant indispensable à l'analyse des accords se développant dans des champs juridiques traditionnellement soumis à l'ordre public de direction³⁸. L'édifice contractuel ne saurait en effet prospérer raisonnablement en ces lieux sans une instance chargée de garantir sa validité et son effectivité.

Ensuite, le rejet de la qualification contractuelle de ces accords a également été justifié par certains auteurs en considération du peu de place offerte à la liberté individuelle. Comme nous l'avons en effet évoqué plus en amont, la liberté contractuelle semble se heurter au pouvoir du juge de contrôler³⁹ ces accords. Néanmoins, il nous semble possible de considérer l'homologation, non comme une atteinte à la liberté contractuelle, mais bien plutôt comme un vecteur d'épanouissement des individus en légitimant l'intrusion contractuelle dans des matières traditionnellement hors de portée de la volonté⁴⁰.

En revanche, la liberté contractuelle semble être inexistante lorsque la conclusion de l'accord est imposée aux individus par la loi. Il en va notamment ainsi du contrat de responsabilité parentale⁴¹, son défaut de signature entraînant la suppression du versement des allocations familiales. Autrement dit, le consentement ne serait ici synonyme que d'un acquiescement des individus à l'applicabilité de la loi, n'emportant la création d'aucune

³³ Le consentement est bel et bien présent, et même de plus en plus présent. Il s'avère même parfois bien plus consistant que dans le droit commun des contrats. Outre la manifestation d'une liberté individuelle qu'il traduit, il traduit également le signe d'un « engagement personnel et responsable dans l'acte consenti ». Il dépasse dès lors le simple cadre de l'« autorisation » ou de l'accord : v. sur ce point H. INCOLLINCO-MONA, thèse, préc., pp. 266-267, n° 425-426.

³⁴ V. en ce sens F. DEKEUWER, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, op. cit., p. 174.

³⁵ A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 154 et s. Pour cet auteur, il est manifeste que ces accords de volontés sont dotés d'une force obligatoire. Celle-ci est cependant particulière « puisque la seule volonté des parents est impuissante à la faire naître. Il existe ainsi des accords de volonté engageant leurs auteurs, non sur la seule puissance de leur volonté, mais sur la foi d'éléments extérieurs ». Certains auteurs ont également pu considérer que ces accords parentaux étaient effectivement obligatoires, mais concèdent qu'aucune possibilité d'exécution forcée n'existe tant que les pactes n'ont pas été homologués : v. en ce sens F. DEKEUWER, op. cit. p. 174, note 31, citant M. REBOURG, *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et d'entretien d'enfant*, Dr. Fam., 2004, note 17.

³⁶ V. sur ce point : A.-M. LEROYER, op. cit., p. 169.

³⁷ Il est à noter que certains accords, particulièrement les conventions définitives de divorce par consentement mutuel, sont même dotés, « après homologation, d'une résistance inouïe » : L. LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 9.

³⁸ Il semble dès lors indispensable de se détacher de l'éminence créatrice de la volonté individuelle. Certains auteurs ont par ailleurs déjà pu relever un tel détachement : D. R. MARTIN, *Régimes matrimoniaux et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 185) Cet auteur indique que l'« on est bien revenu aujourd'hui de l'éminence créatrice de la volonté individuelle », et insiste sur la nécessité pour le contrat d'être reçu par le droit objectif.

³⁹ Le juge est en effet appelé à opérer un contrôle des choix contractuels des parties, tant au regard de la conformité à l'ordre public, que de l'équilibre contractuel de l'accord.

⁴⁰ V. en ce sens S. CHASSAGNAR-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, op. cit., p. 60.

⁴¹ Ce contrat entraîne une immixtion du président du Conseil général dans un domaine habituellement réservé aux parents, à savoir l'autorité parentale. V. en ce sens S. LAMBERT, *Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'Etat prend le relais de l'autorité parentale*, Droit de la famille, juin 2007, étude 25.

obligation nouvelle⁴², mais permettant simplement le rappel aux individus d'obligations légales préexistantes⁴³.

D'une manière plus large, il semble devoir en être ainsi de l'ensemble des contrats à fonction pédagogique ayant pour ambition de soumettre plus aisément les individus au respect des règles légales⁴⁴. Le Professeur MEKKI⁴⁵ indique ainsi s'agissant du contrat de responsabilité parentale que l'une de ses fonctions principales est la sensibilisation des individus afin de les confronter à leurs responsabilités. L'auteur y voit cependant la traduction du fameux « *pacta sunt servanda* », et concède donc une qualification contractuelle à cet accord. En revanche, il indique que ce type de contrat n'aurait qu'une fonction « *expressive* » et non « *normative* », en ce qu'il exprimerait simplement « *la règle de droit préexistante avec d'autres termes et par le biais d'un processus individualisé d'échange des consentements, le sujet de droit devenant ainsi gestionnaire de ses devoirs* ».

Enfin, la volonté individuelle semble, dans certains accords, se limiter à la possibilité d'adhérer ou non à un statut légal. On rejoint alors notamment le débat opposant le « mariage-contrat » et le « mariage-institution ». Si la notion de « mariage-contrat »⁴⁶ a triomphé sous l'égide du *Code* de 1804, l'organisation de cette union ne repose cependant pas entièrement sur le mécanisme contractuel, la loi prescrivant en effet certains devoirs impératifs aux époux. Nul ne doutera alors que le mariage se détache de l'ordinaire contractuel : en engendrant plus que « *de simples rapports de créancier à débiteur* », il instaure alors une véritable famille⁴⁷.

Le même débat s'est élevé s'agissant du PACS. Ce mécanisme, identique au mariage en ce qu'il repose sur un accord de volontés fondateur de nature contractuelle et un contenu impérativement défini par la loi, a été présenté comme « *une avancée du champ contractuel dans l'ordre familial.* »⁴⁸. Même si la liberté contractuelle se limite ici à l'adhésion à un statut prédéfini, le PACS a été perçu par certains comme un mécanisme permettant de légitimer socialement le « *pluralisme conjugal* »⁴⁹. Ce pacte entraînerait ainsi une institutionnalisation du couple non marié.

Toutefois, comme l'a très justement démontré le Professeur MEKKI, bien plus qu'une institutionnalisation du couple non marié, le PACS entraînerait une « *institutionnalisation* » du contrat, consistant dès lors en la création d'une relation ou en l'organisation de celle-ci⁵⁰. Autrement dit, le PACS⁵¹, tout comme le mariage ou les divers accords relatifs à l'autorité parentale, institutionnalisent un lien personnel, mettant ainsi en lumière l'existence de contrats organisationnels au sein desquels le contractuel cohabite avec l'institutionnel.

2. L'existence d'une nature mixte des accords

Comme l'a très justement souligné le Professeur Hervé LECUYER, afin de dépasser l'opposition entre contrat et institution, il s'avère nécessaire de « *cesser de lire le droit des contrats à travers le prisme de la théorie de l'autonomie de la volonté* »⁵². On sait en effet que le *Code civil* ne l'a jamais expressément adoptée, et qu'elle semble ne pas avoir été initialement envisagée dans son sens le plus absolu.

Pour cet auteur, le mariage est un contrat spécial tirant sa grande spécificité du particularisme de son objet même et de sa cause. Il semble en être également ainsi de tous les accords de volontés fortement mâtinés de contrôles ou de dispositions obligatoires et échappant ainsi en tout ou partie à la volonté individuelle. Mais ce « *contrôle social* » semble pouvoir se justifier en considération du particularisme de l'objet de ces accords et de leurs domaines d'élection, légitimant ainsi « *l'irréductible dualité* »⁵³ à laquelle ils sont soumis.

⁴² Si ce contrat « crée une règle, (il) ne crée pas de nouvelles obligations. » : S. CHASSAGNARD et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, op. cit., p. 19.

⁴³ V. en ce sens P. ANCEL, préc., pp. 319-320. Cet auteur constate ainsi que dans ce type d'accords, la bilatéralité n'est qu'illusoire.

⁴⁴ V. sur ce point P. ANCEL, préc., p. 319, renvoyant à J. ROCHEFELD, auteur à qui l'on doit la paternité de cette expression : J. ROCHEFELD, RDC 2005. 257 et RDC 2006.

⁴⁵ M. MEKKI, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et Commentaires, Actes, Dalloz, 2008, op. cit., pp. 340-341.

⁴⁶ Initialement, ceux qui généralisèrent le qualificatif contrat à propos du mariage le firent « afin de favoriser la sécularisation » de celui-ci, « plus que pour insister sur son caractère contractuel » ; le contrat étant alors opposé à l'idée de sacrement et non à celle d'institution : v. B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, pp. 7-8.

⁴⁷ J. CARBONNIER, *La famille*, 16^e éd. n° 12, cité par L. LEVENEUR, *Introduction, La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 7.

⁴⁸ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, op. cit., pp. 169-170.

⁴⁹ D. FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, in *La contractualisation de la famille* (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Economica*, 2001, p. 91.

⁵⁰ M. MEKKI, op. cit., p. 330.

⁵¹ Certains auteurs distinguent cependant le PACS du mariage, ravivant « l'épineuse question de la définition de la famille. V. sur ce point L. LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille*, (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Economica*, 2001, op. cit., pp. 3-4.

⁵² H. LECUYER, *Mariage et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 60.

⁵³ Pour reprendre l'expression du Professeur H. LECUYER, op. cit., p. 61.

Ces nouveaux avatars apparaissent ainsi comme des contrats réglementés, mi-contractuels, mi-institutionnels⁵⁴, comme peut l'être le contrat de société⁵⁵. Cette « hybridation »⁵⁶ de l'acte contractuel tient d'une part à ses nouvelles terres d'élection, et d'autre part, selon certains, à la nouvelle fonction de pénétration de l'ordre social qu'il est possible de lui accoler⁵⁷. La contractualisation de la production normative n'est dès lors pas sans incidences sur l'outil contractuel, et appelle même une réflexion nouvelle sur ses fondements.

II. LA CONTRACTUALISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE : INCIDENCES SUR LE CONTRAT

Le contexte institutionnel du développement de la contractualisation a permis l'émergence de modes « *non autoritaires de direction des conduites* »⁵⁸. Il est dès lors fait plus de place à la régulation privée, et donc au contrat, de même que la régulation publique semble davantage mobiliser les techniques contractuelles afin d'agir sur les comportements sociaux⁵⁹. Evoquer ainsi aujourd'hui le passage d'une normativité autoritaire à une normativité contractuelle en droit de la famille et en droit des personnes c'est ainsi « *souligner la réhabilitation du contrat comme mode de production normative* »⁶⁰.

Toutefois, cette nouvelle fonction normative, ou quasi-normative du contrat⁶¹ n'est pas sans incidence sur celui-ci, puisque tant sa physionomie que sa fonction s'en trouvent impactées. Mais « *si un mouvement de contractualisation souffle n'est-il donc pas normal qu'il puisse alors favoriser une respiration nouvelle ?* »⁶². Ce souffle nouveau semble pouvoir se déceler dans l'interaction nouvelle entre l'autonomie et l'hétéronomie au sein du mécanisme contractuel.

On ne cesse en effet de constater la nécessité pour l'institutionnel d'être soumis à l'approbation consensuelle des individus, tandis que les rapports privés se trouvent de plus en plus largement placés sous le signe de la contrainte institutionnelle. Ainsi, tandis que le contrat semble de plus en plus échapper à toute négociation, la loi semble quant à elle de plus en plus proposée et non imposée *ab initio*. Autrement dit, la loi se contractualise⁶³ tandis que le contrat s'institutionnalise ou plus précisément, s'objectivise. Les univers contractuel et institutionnel ne sauraient dès lors raisonnablement encore « *être regardés comme séparés par des cloisons étanches.* »⁶⁴. L'hybridation de la loi et du contrat qui en résulte a certes impacté sa physionomie traditionnelle (**B**), mais elle a en revanche permis une diversification des fonctions du contrat (**A**). Une fois ces deux aspects étudiés, il conviendra de voir si l'émergence de ce nouveau paradigme peut raisonnablement constituer un mode de production normative efficiente permettant d'assurer le respect tant des intérêts individuels que celui de l'intérêt général.

A. La diversification des fonctions du contrat

Le droit apparaît aujourd'hui « *comme un droit éprouvé dans son efficacité et son effectivité* »⁶⁵. Cette dégénérescence hétéronome, consécutive d'une perte de légitimité de la loi, a conduit les pouvoirs publics à conférer une place plus importante au contrat. Si nous pouvons raisonnablement supposer qu'une partie de la

⁵⁴ La querelle soulevée entre le mariage-institution et le mariage-contrat a été résolue par l'adoption d'une conception mixte, mi-institutionnelle, mi-contractuelle. V. en ce sens L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 7, renvoyant à PLANIOL et RIPPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, 2^e éd. par Rouast, n° 69 ; D. MAZEAUD et L. LEVENEUR, H.L.J. MAZEAUD, *La famille*, 7^e éd. par L. LEVENEUR, n° 711.

⁵⁵ La nature mixte du contrat de société a été mise en lumière par une partie de la doctrine. V. notamment sur ce point l'analyse du Professeur MAY, *La société, contrat ou institution ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁶ V. notamment sur cette figure de l'hybridation, A. SUPLOT, *Le Monde* 7 mars 2000, pour qui la contractualisation est le « symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat. ».

⁵⁷ V. en ce sens F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ), LGDJ, juillet 2007, *op. cit.* p.168, constatant que la contractualisation permet de faire pénétrer plus facilement l'ordre social dans les familles ; v. aussi sur ce point S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p.4, selon lesquels sous l'effet du mouvement de contractualisation de la société, le contrat se trouve « investi d'une fonction normative ».

⁵⁸ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *op. cit.*, p. 23, renvoyant à P. Amselik, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RD publ., 1982, p. 275 s., spé. p. 289.

⁵⁹ V. en ce sens : J. CHEVALIER, *Contractualisation et régulation*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 188.

⁶⁰ P. LOKIEC, précité, p. 95.

⁶¹ V. en ce sens P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p.285-286.

⁶² F. TERRE, *Rapport de synthèse*, in *La contractualisation de la famille*, p. 316.

⁶³ P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 287.

⁶⁴ J. CHEVALLIER, *Contractualisation et régulation*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁵ H. INCOLLINCO-MONA, *op. cit.*, pp. 26-27, n° 35, s'appuyant sur l'article du Professeur J. CHEVALIER, *Vers un droit postmoderne ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 et s.

contractualisation du droit répond à un besoin d'autonomie croissant des individus, c'est en revanche avec certitude que nous pouvons affirmer que les autorités publiques ont trouvé dans le mécanisme contractuel un relais utile à la loi en raison de sa légitimité consensuelle.

La contractualisation révèle ainsi le second versant du contrat : la possible soumission des individus à l'ordre social. Dès lors, même si la multiplication des contrats organisationnels mériterait d'être remarquée, c'est bien plutôt ce second point qui doit attirer toute notre attention dans le cadre de cette étude, tant il n'est en effet pas anodin de constater que le contrat devient un instrument de pénétration de l'ordre social **(1)**, conférant ainsi une légitimité nouvelle à la loi. **(2)**

1. Le contrat : un nouveau mécanisme au service de la régulation sociale

À côté de la traditionnelle fonction d'échange, le contrat devient un vecteur précieux de diffusion de l'ordre social, permettant ainsi aux pouvoirs publics d'encadrer les comportements sociaux et d'en prévenir les éventuelles conséquences néfastes. Il en va notamment ainsi lorsque les pouvoirs publics soumettent les parents d'un enfant en situation d'absentéisme scolaire à la signature d'un contrat de responsabilité parentale sous peine de perdre leurs droits aux allocations familiales. Un tel contrat permet ainsi à l'Etat de rappeler aux parents leurs obligations légales afin de prévenir l'insécurité due à la délinquance juvénile qui pourrait résulter d'une telle situation⁶⁶. De même, en ayant ouvert la voie du divorce au consentement mutuel, l'Etat a ainsi joué la carte de l'apaisement des conflits en raison de la concordance des volontés des époux.

Le contrat n'est ainsi souvent rien d'autre qu'un instrument permettant d'obtenir que les particuliers, loin de s'opposer aux exigences de l'ordre public, se les approprient et organisent eux-mêmes leur soumission à ses prescriptions⁶⁷. En ce sens, la réponse normative apportée au souhait croissant de liberté individuelle dans la création et l'organisation des liens familiaux et personnels « *semble se situer non dans un désengagement de l'Etat mais dans une transformation de son action sociale* »⁶⁸, familiale et individuelle. La contractualisation correspondrait ainsi à un nouveau registre de l'action étatique se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'unilatéralisme et l'autorité⁶⁹. Obtenir ainsi l'assentiment des parties à la règle de droit semble conférer une légitimité nouvelle à la loi.

2. Le contrat : vecteur d'une légitimité nouvelle de la loi

Sous l'effet de la contractualisation ont ainsi été constatés de « *nouveaux modes de l'action publique par lesquels les détenteurs d'autorité recherchent le consentement de ceux qui doivent observer les règles (...)* »⁷⁰. L'accord de volonté faciliterait ainsi la prise de conscience des parties, laquelle aurait alors pour effet de réactiver la force obligatoire de l'accord⁷¹. D'aucuns parlent très justement à cet effet de « *contrat incantation* » ou de « *contrat alibi* »⁷².

Toutefois, la référence ainsi faite au contrat « *n'est alors qu'une façon de parler; d'évoquer une certaine manière d'intégrer les destinataires et leurs intérêts propres dans l'élaboration de la règle* »⁷³. Dès lors, plutôt que de se substituer purement à la loi, l'outil contractuel semble au contraire aujourd'hui être « *le soutien* » de la loi, « *en participant à sa mise en œuvre* »⁷⁴. Certains auteurs⁷⁵ ont ainsi pu relever que la production normative se caractérisait bien plus par une « *interpénétration croissante des sources hétéronomes et autonomes du droit, par un enchevêtrement de la norme prescrite et de la norme convenue,* » l'une et l'autre pouvant être mobilisées au service d'un même projet normatif.

⁶⁶ H. INCOLLINCO-MONA, *op. cit.*, p. 90, n° 141.

⁶⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, *op. cit.*, p.168.

⁶⁸ H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille*, thèse, *op. cit.*, pp. 18-19, n° 20-22.

⁶⁹ L'émergence du contrat serait ainsi « le pendant d'une dégénérescence de la loi et de l'inadéquation de l'instrument législatif. ». S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative op. cit.*, p. 23.

⁷⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11^e forum de la régulation*, LPA, 03 mai 2005, n°87, p. 3.

⁷¹ S. CHASSAGNARD et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 19.

⁷² Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 138.

⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 6. Cette instrumentalisation du contrat met en lumière l'importance attachée « à la mystique contractuelle », P. ANCEL, *op. cit.*, p. 317.

⁷⁴ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 17 ; P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 303, indiquant que « la loi contractualisée bénéficie parfois, grâce au relais contractuel, d'un surcroît d'obligatorité. ». Et d'ajouter que le contrat devient le « stimulateur » de la loi.

⁷⁵ S. CHASSAGNARD et D. HIEZ, *op. cit.*, p. 4.

Le passage d'une normativité autoritaire à une normativité contractuelle semble ainsi avoir entraîné dans son sillage une réhabilitation de la volonté⁷⁶ comme mode de légitimation de la norme, renvoyant dès lors à une conception volontariste du contrat. En revanche, la conception autonomiste semble devoir être dépassée en considération du caractère fortement dérogoire des accords de volonté en droit de la famille et en droit des personnes.

B. Les incidences sur la physionomie du contrat

En droit de la famille ainsi qu'en droit des personnes les parties se trouvent asservies à des objectifs supérieurs qui dépassent leurs intérêts individuels. Partant de cet impératif, le contrat s'objectivise **(1)** en ce qu'il contribue au maintien d'un bien commun. Mais nous verrons que cette utilité nouvelle a nécessairement un impact sur la physionomie traditionnelle du contrat **(2)**.

1. L'objectivation du contrat civiliste

Ce phénomène d'objectivation du mécanisme contractuel se traduit d'une part par l'encadrement et la moralisation des comportements contractuels et, d'autre part, par l'instrumentalisation des sources du droit. En effet, le recours croissant à la procédure contractuelle dans l'élaboration de la norme ne se traduit nullement par une liberté accrue et autonome des contractants. Bien au contraire, les conventions se trouvent soumises à un ensemble de normes encadrant et limitant la volonté individuelle. Le contrat apparaît ainsi comme un entrelacs de données objectives et subjectives, dans lequel la volonté des contractants ne peut prospérer efficacement que dans le cadre légitimé par le droit objectif. D'aucuns parlent d'ailleurs très justement à cet égard "*d'autonomie subordonnée de la volonté*"⁷⁷. Le terme contrat en est ainsi venu à désigner toute une série de réalités nouvelles, notamment dans l'ordre rhétorique et symbolique⁷⁸, entraînant une inflexion certaine de la notion de contrat.

2. L'inflexion de la notion de contrat

Sous l'effet de la contractualisation, les volontés libres ne peuvent s'exercer au sein du droit de la famille et des personnes qu'à l'intérieur d'un cadre légal et prédéfini, les relations privées organisées par le contrat s'inscrivant nécessairement dans un contexte social et juridique qui les oriente et les contraint. Déjà DURKHEIM soulignait que "*tout n'est pas contractuel dans le contrat*" et ajoutait que "*pour que la force obligatoire du contrat soit entière, il ne suffit pas qu'il ait été l'objet d'un assentiment exprimé, il faut encore qu'il soit juste (...)*". Cette exigence de justice contractuelle, comme celle du maintien du bien commun emporte la soumission de ces nouveaux accords à un régime juridique dérogoire au droit commun. En ce sens, la conception autonomiste du contrat semble devoir être dépassée, ou à tout le moins, repensée⁷⁹. La plupart d'entre eux sont en effet des contrats essentiellement formels, dérogeant au traditionnel consensualisme. De même, échappent-ils bien souvent à la force obligatoire⁸⁰, ou s'y trouvent soumis sur la foi d'éléments extérieurs à l'accord des parties. Beaucoup ne sont également que de simples contrats d'adhésion, leur contenu étant largement déterminé et imposé par le législateur.

L'ensemble de ces caractéristiques, parfois communes à différents contrats, semble confirmer la nécessité de dépasser le dogme de l'autonomie de la volonté dans une approche contemporaine du contrat, permettant ainsi au statut légal et à l'acte contractuel de ne plus être considérés comme antinomiques⁸¹. Aussi, bien plus que d'illustrer « *le mouvement de balancier* »⁸² existant entre l'institutionnel et le contractuel, la contractualisation de la production normative a-t-elle pour effet d'établir un équilibre entre les deux, l'un ne l'emportant pas sur l'autre. Comme nous l'avons en effet dit plus en amont, la loi s'appuie désormais sur le contrat afin d'asseoir sa

⁷⁶ Toutefois, le consentement n'apparaît ici que comme facteur de détachement lequel se déroulera ensuite selon des modalités très strictes, voire formalistes, où les volontés individuelles n'ont pour ainsi dire pas de prise sur la détermination du contenu des obligations respectives de chacun. Comme pour l'expérimentation biomédicale, le don d'éléments corporels présuppose une manifestation de volontés, mais celle-ci ne déploie ses effets que dans un cadre légal extrêmement strict.

⁷⁷ E. DURKHEIM avait déjà souligné que tout n'était pas contractuel dans le contrat : E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 189.

⁷⁸ F. COLLART-DUTILLEUIL, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique?*, in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p.99 et s.

⁷⁹ Certains auteurs évoque par ailleurs déjà l'idée de « mythe » de l'autonomie de la volonté : D. FENOUILLET, *La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, (dir.) B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ, 2004, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁰ « Le sacro-saint principe de la force obligatoire » ne semble dès lors plus devoir « faire l'objet d'un culte dévot. » : D. MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 136.

⁸¹ D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 105

⁸² B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Avant-propos*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, *op. cit.*, p. 4.

légitimité et faire pénétrer l'ordre social au sein des familles et du droit des personnes. A l'inverse, le contrat ne saurait raisonnablement prospérer en ces domaines traditionnellement emprunts d'ordre public, sans l'encadrement et le soutien de la loi. Ce changement de paradigme semble alors pouvoir être perçu comme un nouveau mode de production normative efficient, associant autonomie et contrainte, accompagnement et encadrement, bilatéralité et unilatéralité, permettant d'une part l'expansion de la procédure contractuelle et de la volonté en des domaines traditionnellement hors de portée de celles-ci et, d'autre part, la réhabilitation de la légitimité de la loi. Peut-être est-ce là, finalement, le meilleur moyen pour qu'aucun d'entre eux ne décline à nouveau.