



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

JOURNEES ITALIENNES
Turin et Côme
22 au 26 mai 2017
Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du
droit positif

Rapport italien relatif au thème n°2

Droit de famille

Leonardo Lenti

Émérite à l'Université de Torino

Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation di droit positif

A. Introduction

1. *Metionnez les principes qui irriguent l'interprétation des règles en droit de famille. Croyez-vous possible établir une hiérarchie entre eux? Dans l'affirmative, justifier*

Les principes éthiques et les règles de la coûtume sociale qui gouvernent la famille e la vie sexuelle dans des dernières décennies ont eu des changements de grande envergure et profondeur. Leur évolution avance vers la reconnaissance la plus complète du principe d'égalité dans deux domaines: celui de l'égalité entre homme et femme, soit en général dans la société soit dans la famille, et celui de l'égalité entre tous les enfants, indépendamment qu'ils soient nés dans ou hors le mariage.

Au même temps s'est beaucoup agrandi l'espace reconnu à la liberté individuelle, à l'autodétermination de chaque personne en ce qui concerne l'orientation sexuelle et les formes de la vie du couple. Le modèle de mariage du XIX siècle est en phase de réduction, avec ses règles rigidement déterminés par la loi. Aussi en réduction est le choix même de formaliser la vie commune avec le mariage: le nombre des concubinats est en croissance rapide et constante. En synthèse: l'ancienne locution *matrimonium interest rei publicae* est de moins en moins actuelle.

Dans les dernières 5 années, après un long sommeil, le législateur a retrouvé la volonté de réforme: mais il a fait des lois qui sont incertaines et incohérentes sur le plan de la politique du droit et de mauvaise qualité sur le plan de la technique du droit.

La jurisprudence s'est efforcée de suppléer d'une façon de plus en plus grande – avec l'interprétation du droit et quelque fois aussi avec une véritable *création* de droit – au sommeil et aux insuffisances du législateur. Surtout la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation ont joué un rôle propulsif très important, pour faire correspondre les règles du droit aux changements de valeurs et de principes qui sont en cours dans la société.

La constitution (voir surtout les articles 29 et 30) affirme clairement le principe d'égalité; au contraire, elle ne dit pas beaucoup sur le principe d'autodétermination dans le domaine de la famille.

L'art. 29 al. 1° définit la famille comme «société naturelle fondée sur le mariage». "Société naturelle" veut dire qu'elle est constituée spontanément par les personnes et que l'État ne peut pas la plier à ses propres fins (ce que font les États totalitaires): le droit accueille la notion de famille qui est accueillie dans la société. Son fondement sur le mariage – qui était évident selon la culture du temps de la rédaction de la constitution – semblerait exclure toute protection du concubinage au niveau constitutionnel. Toutefois la doctrine estime à l'unanimité que les couples vivants ensemble en concubinage trouvent une protection constitutionnelles dans l'art. 2, qui reconnaît et garanti les droits fondamentaux de la personne «dans des groupes sociaux où se déroule sa personnalité». Parmi ces groupes il y a la famille, qu'elle soit fondée ou non sur le mariage.

Ça c'est cohérent avec la jurisprudence de la Cour européenne des droit de l'homme, qui protège la *vie familiale* – donc la famille – indépendamment d'un éventuel mariage. Les mots de l'art. 29 («fondée sur le mariage») ont perdu leur force: le système constitutionnel actuel – formé par l'ensemble des articles 2 et 29 constitution, 8 CEDU et 7 Charte de Nice – reconnaît les droit découlants de la vie familiale; et la famille est entendue comme groupe social fondé sur les liens affectifs qu'aujourd'hui dans la société sont considérées comme familiaux.

La liberté d'autodétermination concerne l'orientation sexuelle: elle constitue une pierre angulaire de l'identité de chaque personne et trouve son fondement constitutionnel dans le dit art. 2. Elle a son fondement constitutionnel aussi dans le principe d'égalité établi par l'art. 3: la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'y est pas explicitée, mais on considère qu'elle y entre, en accord avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

L'art. 29 al. 2° proclame le principe d'égalité morale et juridique entre les membres du

couple à la fois en tant que parents et que conjoints: c'est une application spécifique du principe général d'égalité sans distinction de sexe de l'art. 3 al. 1°. La mention de l'unité de la famille comme seule exception admise à l'égalité a perdu sa force: aujourd'hui la cohésion de la famille est garantie seulement par l'accord des conjoints.

La seule inégalité qui existe encore à garantie de l'unité familiale concerne la discipline du nom: la règle la plus importante est celle de la transmission du nom du père au fils, et non de celui de la mère. Cette règle a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *Cusan e Fazzo c. Italie*, 2014) et par la Cour constitutionnelle (arrêt no. 286/2016) qui l'a déclarée illégitime pour la plus grande partie. Elle sera changée prochainement par une nouvelle loi inspirée au principe d'égalité.

L'art. 30 de la constitution établit les principes fondamentaux concernant les rapports entre les enfants, leur parents et les autres proches. Le principe d'égalité entre les différentes catégories de fils est au centre du système, mais il n'a pas encore eu une réalisation législative complète: les règles sur l'attribution de l'état de fils et les actions pour modifier l'état sont différentes selon que la naissance ait eu lieu dans ou hors du mariage. Les pas les plus importants vers l'égalité ont été faits par la réforme générale du droit de la famille de 1975. La réforme de 2012-2013 y a ajouté la parification en ce qui concerne leur rapports avec les familles de leur parents.

B. Le mariage. Aspects personnels et patrimoniaux

B.1. Concept, célébration et dissolution

1. Quelles sont les limites du mariage?

Les limites du mariage sont réglées selon les dispositions du code civil de 1942: il faut que les époux soient d'âge majeure (néanmoins c'est admis, mais c'est devenu très rare, le mariage à 16 ans, avec l'autorisation du tribunal pour les mineurs), qu'ils ne soient pas liés par certains liens familiaux (c'est à dire lien de parenté jusqu'au III degré, lien d'alliance jusqu'au II degré, lien l'adoption), qu'il n'ait pas eu lieu un délit (homicide ou tentative d'homicide du conjoint de l'autre époux). En cas de mariage célébré en forme religieuse catholique (voir no. 3), les mêmes limites sont appliquées.

La différence de sexe n'est pas expressément prévue ni dans la constitution ni dans le code civil, mais selon la plus part de la doctrine et de la jurisprudence elle est implicite dans plusieurs dispositions du code civil et de autres lois, parce que ils utilisent les mots "mari" et "femme".

2. Le mariage homosexuel est-il admis? Votre droit reconnaît le mariage homosexuel célébré dans un autre pays, notamment si l'un des mariés est ressortissant d'un État qui interdit le mariage homosexuel?

Le mariage homosexuel n'est pas admis.

Le mariage homosexuel célébré à l'étranger ne peut pas être reconnu comme mariage, mais avec le nom et les effets de l'*Union civile* (selon la loi no. 76 du 2016). Bien que le nom soit différent, les effets sont très près de ceux du mariage, en ce qui concerne la relation du couple.

Dans la société italienne la question de l'admission au mariage des couples homosexuels s'est posée pour la première fois dans les années '90 du XX siècle, mais eulement depuis quelques années elle est discutée au niveau politique et parlementaire. En attendant, la jurisprudence a été beaucoup plus attentive que la politique: il y a eu plusieurs ordonnances de renvoi à la Cour constitutionnelle dans la première décade du XXI siècle sur la question de la légitimité du refus d'admettre au mariage les couples homosexuels.

L'évolution du droit italien sur ce sujet est marqué par deux dates particulièrement significatives: l'an 2010 et les deux ans 2015-2016.

L'an 2010 est ce de deux arrêts très importants: en avril l'arrêt no. 138 de la Cour constitutionnelle et en juin l'arrêt *Schalk & Kopf c. Austria* de la Cour européenne des droits de l'homme.

La cour constitutionnelle a jugé que l'admission des couples homosexuels au mariage appartient à la compétence du législateur. D'un côté – écrit la Cour – la différence de sexe est une qualité requise pour se marier selon le droit italien; de l'autre côté le concubinage homosexuel a droit à une reconnaissance juridique, en tant que groupe social où se déroule la personnalité humaine (art. 2 constitution). Les dispositions européennes – l'art. 12 de la CEDU et l'art. 9 de la Carte de Nice – sont neutres à ce sujet: ils n'imposent ni interdisent le mariage homosexuel, en laissant la décision à la compétence du législateur de chaque État, et donc en Italie «au pouvoir discrétionnaire du parlement».

L'arrêt de la Cour européenne a établi pour la première fois que le concubinage homosexuel doit être considéré comme *vie familial*, de la même façon du concubinage hétérosexuel. Il a donc droit à une reconnaissance légale, qui peut être le mariage ou une autre forme de reconnaissance tel que (par exemple) la Lebenspartnerschaft allemande. Le choix est laissé au marge d'appréciation des États.

Malgré ces arrêts, le monde politique italien ne s'est pas engagé sérieusement pour atteindre une solution et il a continué à discuter d'une façon abstraite, idéologique et infructueuse. Au contraire la jurisprudence, aussi au niveau le plus élevé, est intervenue en faveur de la reconnaissance de lien du couple homosexuel: voir les importantes déclarations contenues dans les arrêts no. 4184/2012 et no. 2400/2015 de la Cour de cassation.

L'an 2010 est ce de l'arrêt *Oliari & al. c. Italia* de la Cour européenne des droits de l'homme. Cet arrêt a condamné l'Italie pour n'avoir pas rempli son obligation positive de donner une réglementation au concubinage homosexuel. La Cour estime que dès l'an 2010 (arrêt *Schalk et Kopf*) il y a eu une évolution importante: les valeurs sur lesquelles la reconnaissance du concubinage homosexuel est fondée – elle écrit – ont augmenté leur force et le consensus entre les États européens a connu une croissance rapide.

La Cour remarque un conflit au sein du système italien entre le pouvoir politique et les autorités supérieures de la juridiction, c'est à dire la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation. La Cour européenne estime que ces dernières ont interprété les opinions et les valeurs de la plus grande partie de la population mieux que le parlement et le gouvernement, qui étaient incapables de réaliser les indications contenues dans ledit arrêt constitutionnel no. 138. En outre la Cour souligne que ces comportements du pouvoir politique peuvent «miner la crédibilité et l'autorité du pouvoir judiciaire» (§ 184), en conflit avec les principes de la Convention.

L'an 2016 est ce de la loi no. 76, qui discipline l'union civile, prévue seulement pour les couples homosexuels, en laissant le mariage seulement aux couples hétérosexuels.

La loi a été approuvée dans une période où le gouvernement en place, attentif à ces problèmes, était politiquement fort. Cependant dans la dernière phase de son approbation le texte de la loi a eu des modifications qui avaient le but de remarquer la différence entre le mariage et l'union civile. Toutefois il faut observer que ces modifications, en ce qui concerne la relation du couple, sont plus de forme que de substance. Un exemple: l'art. 1 al. 1° de la loi 76 spécifie que l'union civile est une «spécifique groupe social» selon l'art. 2 constitution, en évitant ainsi de se référer à l'art. 29.

Les différences les plus importantes entre le mariage et l'union civile seront exposées dans les pages suivantes.

3. *Quelles sont les conditions de forme du mariage? Se sont-elles atténuées avec le temps? Est-il possible de régulariser le mariage célébré en violation des règles de forme?*

La forme du mariage civil n'a pas changée avec le temps. Elle est presque la même qu'au XIX siècle: la célébration (précédé par la publication) a lieu dans la maison communale, devant l'officier de l'état civil, à la présence de deux témoins.

Le mariage peut être célébré aussi en forme religieuse catholique, selon les règles du *Concordato* (1929), modifié par l'*Accordo* (1984). La célébration (précédé par une double publication, chez la commune et chez la paroisse) a lieu dans une église, devant le ministre du culte (qui a la fonction d'officier de l'état civil), à la présence d'au moins deux témoins. Le mariage religieux catholique a les mêmes effets du mariage civil.

La publication n'est pas prévue pour l'union civile.

L'acte de mariage et l'acte de l'union civile doivent être transcrits dans le registre de l'état civil. Pour la validité du mariage civil la transcription n'est pas nécessaire; au contraire, elle est nécessaire afin que le mariage religieux catholique ai des effets civils.

Récemment c'est posée la question de la validité des mariages célébrés via Skype, quand un des époux se trouve en Italie et l'autre dans son pays d'origine: la Cour de cassation a jugé (no. 15343/2016) que cette forme de célébration est valable, parce que elle n'est pas contraire à l'ordre public, pourvu que le consentement des époux soit surement manifesté et soit recueilli par l'autorité publique (dans le cas d'espèce l'autorité pakistanaise).

4. *Êtes vous en train d'analyser la possibilité de reconnaître des structures familiales où le «couple» soit intégré, par des raisons religieuses/culturelles, par une pluralité de personnes (bref, plus que deux)?*

On ne les reconnaît pas: le principe de la monogamie, qui est très fort, ne le permet pas.

Cependant il y a une possibilité: si un homme est immigré en Italie avec sa première femme et il obtient le permis de séjour pour réunification familiale avec l'enfant mineur engendré avec sa deuxième femme, après ça cette dernière peut obtenir un permis de séjour pour réunification familiale avec son enfant. Ainsi l'homme peut vivre avec les deux femmes: l'une comme sa femme, l'autre comme mère de son fils.

5. *Le mariage est-il indissoluble?*

Le mariage est dissoluble dès l'année 1970. Le système italien est fort compliqué: l'époux qui veut obtenir le divorce doit en premier lieu obtenir la séparation de corps. En Italie on ne peut pas divorcer directement, sauf des cas très rares (art. 3 loi no. 898 du 1970 sur le divorce).

Le principe fondamental du système italien de la rupture du mariage est le suivant: chaque époux a le droit d'obtenir la dissolution du lien conjugal, indépendamment de toute circonstance objective et aussi contre la volonté de l'autre époux. Ce principe n'est pas manifesté clairement dans les textes de loi, mais c' est le résultat de l'interprétation constamment accueillie par la jurisprudence. La procédure pour obtenir le divorce, judiciaire ou administrative, prévoit deux étapes: avant il faut demander la séparation de corps, après le divorce.

Le combat entre, d'un côté, le principe qui souhaite un contrôle public fort, pour limiter les ruptures des mariages et, de l'autre côté, le principe qui souhaite la garantie de l'autonomie du couple et de chaque individu voit pour finir la victoire du deuxième principe. Toutefois, dans les dernières reformes de la législation, le monde politique (c'est à dire le législateur) n'a pas eu le courage de l'affirmer clairement et de reformer la loi d'une façon plus simple et plus rationnelle.

La durée de la séparation légale qui est nécessaire pour obtenir le divorce a été réduite: au 1970 il était de 5, 6 ou 7 ans (selon les cas), au 1987 il était 3 ans, au 2015 (avec loi no. 55) il est devenue 6 ou 12 mois (selon les cas). Avec cette dernière réduction la séparation a complètement perdu son ancienne fonction de période de réflexion, avant le divorce. La plus grande partie de la doctrine estime que cette réduction est le préliminaire de sa transformation en une alternative au divorce, comme en France et en Espagne. Vus les équilibres politiques italiens, son abrogation complète – ce qu'ont fait deux pays catholiques comme l'Autriche et la Belgique – est improbable.

Le mariage catholique peut être annulé par l'autorité judiciaire ecclésiastique. S'il a été transcrit sur le registre de l'état civil et a produit des effets civils, l'arrêt ecclésiastique peut avoir l'exequatur par la Cour d'appel italienne, pourvu qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public. Ce moyen de trancher le mariage est utilisé très souvent.

Il est objectivement en concurrence avec le divorce prononcé par l'autorité civile: on peut choisir l'un ou l'autre. La voie de la nullité peut être intéressante surtout pour l'ex-mari, qui est ainsi libéré de l'obligation de payer la prestation compensatoire à sa ex-femme, sauf si l'arrêt de

divorce qui a établi la prestation est devenu chose jugée.

5.1. Quelles sont les causes de divorce?

La séparation (légale) de corps est la cause presque unique de divorce: dans plus de 99% des cas il y avait une séparation légale avant le divorce. Entre les autres cas de divorce le plus utilisé est celui du divorce obtenu à l'étranger, par l'époux étranger. La séparation de fait n'ouvre pas la voie au divorce.

Bien qu'il soit rare, récemment le cas du transsexualisme a reçu beaucoup d'attention: un arrêt de la Cour constitutionnelle (no. 170/2014) a établi que la loi ne peut pas obliger à divorcer, les époux, dont un a changé son sexe, s'ils ne le veulent pas. Après cet arrêt, la loi no. 76 (sur l'Union civile et le concubinat) a établi qu'en ce cas le mariage doit être transformé de droit en union civile.

La clause de dureté n'est pas prévue: rien ne peut empêcher de prononcer la séparation ou du divorce, même si leur conséquences pour un des conjoints sont trop lourdes.

a) La séparation est prononcée quand la vie ensemble est devenu *intolérable* pour les deux époux, ou aussi pour un seul d'eux.

La séparation a lieu par consentement mutuel (presque le 80% des cas) si les conjoints sont d'accord sur toutes les conditions de la séparation, c'est à dire la prestation compensatoire, la garde des enfants, le droit de vivre dans la maison conjugale.

Il y a trois procédures différentes: celle devant le tribunal, qui doit évaluer l'accord, afin de protéger l'intérêt des enfants, s'il y en a; ou la *negoziiazione assistita*, c'est à dire un accord formé à l'aide des avocats (un avocat pour chaque conjoint) et présenté au procureur pour l'approbation, afin de protéger l'intérêt des enfants, s'il y en a; ou la déclaration faite à l'officier de l'état civil, s'il n'y a pas d'enfants qui ont encore le droit d'être maintenus. La procédure devant le tribunal a une longue tradition; les autres deux ont été introduites en 2014 (décret no. 132/2014 et loi 162/2014), afin de réduire le travail des tribunaux.

Il faut souligner l'importance de la séparation et du divorce devant l'officier de l'état civil: cette procédure exclut tout contrôle judiciaire et a un cout très bas. Sur le plan des principes c'est une vraie révolution, qui reconnaît aux conjoints la plus grande autonomie. Elle est utilisée très fréquemment.

La séparation est judiciaire si les conjoints n'ont pas trouvé un accord ou si leur accord n'est pas complet. Dans ce cas chaque époux peut demander que la séparation soit *addebitata* à l'autre, comme sanction, s'il n'a pas respecté les devoirs qui naissent du mariage. L'arrêt peut être partiel, c'est à dire qu'il peut établir seulement la séparation due au caractère intolérable de la vie commune; dans ce cas le procès continue jusque à l'arrêt complet, qui établira toutes les conditions de la séparation.

b) Le divorce est prononcé quand la séparation est devenue chose jugée. On peut le demander quand un an s'est écoulé du jour de la première audition en tribunal au début du procès pour la séparation, ou du jour de la présentation de l'accord au procureur ou à l'officier de l'état civil.

Le divorce peut être obtenu selon différentes procédures, presque les mêmes prévues pour la séparation.

La chose la plus étonnante de ce système très compliqué - je dirais mieux *drôle* - ce est que la procédure pour la séparation, afin d'en décider les conditions, peut être en cours au même temps que celle pour le divorce: les décisions du juge de la séparation sont valables seulement pour la période avant le divorce.

5.2. Est-ce que ces causes ont des conséquences, notamment patrimoniales?

Avec la séparation le conjoint a le droit de conserver le même niveau de vie que pendant le mariage: à cette fin il a droit à une prestation compensatoire (dite *mantenimento*), qui est payée en forme de rente viagère (habituellement chaque mois). Si la séparation est *addebitata* à un conjoint, celui-ci perd le droit à la prestation compensatoire; toutefois il maintient le droit à une pension alimentaire, s'il se trouve en conditions de besoin.

Si les époux étaient en communauté des biens, cette-ci est dissoute. Le partage des biens peut être concordé par les conjoints dans l'accord de séparation; à défaut d'accord, il faut

commencer une nouvelle procédure judiciaire, différente de celle de la séparation. Cette règle a été souvent critiquée en doctrine pour son irrationalité (force les conjoints à deux procès) et pour son injustice, parce que elle permet de détourner la règle du partage de la communauté en deux parties égales, autrement impérative.

Avec le divorce, le conjoint qui se trouve en conditions de besoin a droit à une prestation compensatoire (*assegno*), établi en tenant compte de plusieurs facteurs (conditions patrimoniales et personnelles des époux, durée du mariage, contribution donnée par chacun d'eux à la formation du patrimoine de la famille, responsabilité dans la rupture du mariage). Cette prestation est payée de règle en forme de rente viagère; toutefois elle peut être payée en capital si les conjoints le demandent et le juge en donne l'autorisation, .

La doctrine a souvent critiqué la différence entre les conséquences patrimoniales de la séparation et celles du divorce. Selon la jurisprudence, la prestation compensatoire suite au divorce doit être déterminée en tenant aussi compte de la prestation compensatoire suite à la séparation: souvent leur montant n'est pas très différent, bien que les critères soit différents entre le deux cas.

Le conjoint qui commence une nouvelle relation de couple perd le droit à la prestation compensatoire, pourvu qu'elle fût payée en forme de rente viagère.

5.3. *Est-il possible de contractualiser les causes ou conséquences du divorce, de la tayloriser? Est-ce qu'il y a des débats à ce sujet?*

La contractualisation des causes de divorce n'est pas admise et il n'y a pas de discussion sur ce sujet.

La contractualisation des conséquences patrimoniales, au contraire, est admise. Mais il ne s'agit que d'une contractualisation successive à la rupture: on peut contractualiser au moment de la séparation. Le contrat prématrimonial, pour régler la rupture d'avance, n'est pas admis.

La doctrine discute beaucoup sur cette question: un projet de loi pour réglementer le contrat prématrimonial est en discussion au parlement, mais très paresseusement.

6. *Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation du droit du mariage?*

L'interprétation du droit du mariage a eu des changements radicaux depuis les années '90 du XX siècle, surtout dans la jurisprudence. Les changements principales ont regardé l'importance croissante reconnue aux principes d'égalité et d'autodétermination, surtout en ce qui concerne la vie affective et l'orientation sexuelle. Ça a ouvert la voie d'un côté à la loi sur l'union civile (voir no. 2) et de l'autre côté à modifier la séparation (voir no. 5-5.1).

La séparation a perdu son ancien caractère, tout idéologique et bien loin de la réalité, de situation temporaire en vue de la reconstitution du couple: l'aspect le plus important de cette évolution est la règle (affirmée par la Cour de cassation pour la première fois au 1994) selon laquelle la séparation éteint tous les devoirs personnels entre époux, surtout la fidélité, en laissant survivre seulement l'obligation, éventuelle, de la prestation compensatoire. Ainsi la séparation est devenue une sorte de divorce, où est interdit, néanmoins, un nouveau mariage.

L'accord de séparation par consentement mutuel n'est pas formellement qualifié comme contrat, mais sa discipline est très près de celle du contrat: depuis vingt ans on utilise pour cet accord les mêmes règles du contrat en ce qui concerne l'incapacité, la simulation, l'erreur, le dol, la violence.

B.2. Les aspects patrimoniaux du mariage

1. *Quelles sont les valeurs qui innervent les effets patrimoniaux du mariage?*

Il est très difficile de répondre à cette question: le législateur du 1975 avait choisi la communauté des biens comme régime légale, c'est à dire à défaut d'une différente volonté manifestée par les époux. Tous les biens achetés pendant le mariage sont communs et

l'administration est gérée en accord entre le deux conjoints; à la mort d'un conjoint les biens doivent être partagés en parties égales. Son but était sûrement celui de construire un système caractérisé par la solidarité et l'égalité, qui soit une garantie forte et efficace pour l'époux le plus faible, c'est à dire pour la femme.

En regardant l'évolution après 1975, il est évident que la communauté a complètement échoué: au moment du mariage les couples choisissent aujourd'hui presque toujours la séparation des biens.

La doctrine s'est interrogée sur la raison de cet échec. La communauté a eu toujours des difficultés de fonctionnement, parce que sa discipline est complexe et elle présente des importants défauts techniques.

Mais surtout elle n'a pas atteint son objectif principal, c'est à dire la protection de la partie la plus faible. Je crois que la raison principale de cet échec soit la règle selon laquelle dans l'accord de séparation les conjoints peuvent partager leurs biens communes librement, sans respecter le principe du partage égal: cette dernière règle, qui ne protège pas bien le plus faible, n'est pas écrite dans la loi, mais vient d'une interprétation de la jurisprudence, constante depuis 40 ans.

1.1. *Est-il possible de contractualiser les effets patrimoniaux du mariage?*

Oui, mais avec une limite: on peut seulement choisir entre les régimes prévus par la loi, c'est à dire la communauté légale, la communauté conventionnelle (où les parties peuvent modifier certaines règles de la communauté légale, sauf celles de l'administration commune et du partage égalitaire) et la séparation des biens.

1.2. *Les limites éventuelles à cette contractualisation sont-elles justifiées par la protection du conjoint faible ou du créancier?*

Sûrement elles ne sont pas justifiées par la protection du créancier. La raison principale de la limite est celle d'empêcher aux conjoints de stipuler la dot, qui était le régime matrimonial italien le plus utilisé jusqu'aux premières décennies du XX siècle.

1.3. *Les avantages que se consentent les époux doivent-ils être réciproques?*

Non.

1.4. *Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation des aspects patrimoniaux du mariage?*

L'interprétation de la discipline des aspects patrimoniaux du mariage n'a pas eu de changements importants depuis la réforme du 1975. L'échec de la communauté n'est pas la conséquence – je crois – d'un quelquel affaiblissement du valeur de la solidarité, mais d'autres raisons (voir no. 1).

La règle selon laquelle la prestation compensatoire doit être payée dans la plus part des cas en forme de rente viagère peut être considérée – à mon avis – comme une sorte de survivance d'un aspect du principe de l'indissolubilité du mariage, qui caractérisait le droit du mariage jusqu'au 1970. En outre elle a une fonction de suppléance privée, à la charge du mari, des défauts et des insuffisances du système public de l'aide social.

C. Les couples de fait

1. *Les couples de fait – concubinage, PACS ... – sont-ils reconnus? Ont-ils les mêmes droits et devoirs que les couples mariées?*

Les couples de fait sont reconnus soit par la loi, soit (et surtout) par la jurisprudence; mais ils n'ont pas les mêmes droits ni les mêmes devoirs que les couples mariés ou unis civilement.

Aujourd'hui ce sujet est encore plus confus que ne l'était avant. La loi no. 76/2016 – bien mauvaise sur le plan technique – a introduit l'union civile et elle a donné une réglementation aux conséquences de la vie commune (concubinage). La confusion découle de deux facteurs principaux: (a) la méconnaissance de plusieurs règles législatives et jurisprudentielles, qui sont

en vigueur depuis longtemps, de la part du législateur (b) le choix du législateur de attribuer les droits prévus par la loi seulement aux concubins qui ne sont pas mariés avec d'autres personnes, bien qu'ils soient séparés.

Les conséquences effectivement importantes du concubinage, prévues par la loi no. 76, sont les suivantes:

- l'obligation alimentaire réciproque: le concubin qui se trouve en état de besoin a le droit de recevoir de l'autre une pension alimentaire proportionnée aux conditions économiques des parties et à la durée de la vie en commun;
- le droit de continuer à vivre dans la maison commune après la mort du concubin propriétaire, pour une période minimum de deux ans et maximum de cinq ans.

Les autres dispositions de la nouvelle loi contiennent surtout une réécriture, souvent maladroite, de règles législatives et jurisprudentielles qui sont en vigueur depuis longtemps. Ces règles sont applicables aussi aux concubins mariés avec d'autres personnes, à condition qu'ils soient séparés, au moins de fait. Les plus importantes sont les suivantes:

- le droit d'un concubin de rester à vivre dans la maison qui l'autre a pris à bail, après la fin de la vie commune (le propriétaire ne peut pas résilier le bail);
- le droit d'un concubin aux dommages-intérêts en cas de meurtre de l'autre;
- la tâche de donner ou refuser le consentement au prélèvement des organes pour les transplanter.

2. *S'agit-il d'une situation purement contractuelle?*

Selon la loi no. 76/2016 il faut distinguer entre les conséquences du fait de la vie commune du couple et les conséquences du contrat qui règle leur vie commune. Pour jouir des conséquences prévues par la loi qui résultent du fait de la vie commune, la stipulation d'un contrat n'est pas nécessaire.

La loi no. 76 règle un type de contrat de concubinage: ses règles posent beaucoup de doutes, qui pourraient être résolus seulement grâce à l'interprétation de la jurisprudence.

En tout cas la stipulation de contrats *atipici* (c'est à dire de contrats qui ne sont pas réglés expressément par le code civil) afin de discipliner les aspects patrimoniaux du concubinage est admise dès long temps.

3. *Dans certains territoires (par exemple la Catalogne), l'existence de couples de fait dont un des membres est marié est reconnue à condition qu'il soit séparé de fait. Est-ce le cas chez vous? Quid au regard de l'interprétation des règles existantes?*

Les règles sur les conséquences du concubinage sont appliquées seulement si le couple de fait vit dans la même maison: donc si un membre du couple est marié, il ne peut être que séparé de fait.

D. Filiation et adoption

D.1. Filiation

0. *Questions préliminaires. Est-il possible dans votre pays que le mineur ait une filiation établie envers plus de deux personnes? Pouvez-vous avoir deux pères et/ou deux mères? Y-a-t-il plusieurs types de filiation dans votre pays, avec des conséquences distinctes?*

La filiation peut être établie seulement envers deux personnes. Aujourd'hui il est possible qu'on ait deux pères ou deux mères, mais seulement en cas de transcription d'un acte de naissance formé à l'étranger, selon la loi étrangère (voir Cass. no. 19599/2016).

En principe il y a un seul type de filiation. Cependant la loi n. 219/2012 et le décret 154/2013 ont laissé subsister des différences entre la filiation dans le mariage et celle hors du

mariage en ce qui concerne les règles pour établir la filiation et les actions judiciaires pour modifier l'état de filiation.

1. *Établissement de la filiation*

1.1. *Existe-t-il une présomption de paternité? Cette présomption s'applique uniquement aux couples mariés ou aussi aux couples en concubinage?*

La présomption de paternité existe et s'applique uniquement aux couples mariés.

1.2. *Pour déterminer la filiation maternelle, quel est le devoir du centre médical où l'enfant est né? Y-a-t-il une obligation légale de notifier à l'autorité publique la naissance d'un enfant? Est-il possible que la mère abandonne l'enfant?*

Le centre médical et toutes les personnes qui ont assisté à l'accouchement ont le devoir de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil.

L'accouchement sous X est admis: la mère a la faculté de déclarer qu'elle ne veut pas être nommée dans l'acte de naissance. Dans ce cas le nouveau-né est immédiatement déclaré adoptable.

1.3. *L'établissement de la filiation obéit-il à une procédure administrative ou bien judiciaire? Y-a-t-il un organisme responsable de la publication et de la gestion des naissances? Est-ce qu'un tel organisme est sous la tutelle du Ministère de la justice ou bien de l'intérieur?*

La procédure pour établir la filiation est administrative, chez les bureaux de l'état civil, qui est l'organisme responsable de la publication et de la gestion des naissances; il est sous la tutelle du Ministère de l'intérieur.

La procédure est judiciaire en cas d'actions visant à établir la filiation (déclaration judiciaire de paternité hors mariage).

1.4. *Quelles sont les conditions d'établissement de la filiation paternelle? Le consentement de l'autre parent est-il nécessaire à cet établissement?*

La filiation paternelle de l'enfant né dans le mariage est établie par effet de la loi.

La filiation paternelle de l'enfant né hors du mariage est établie par l'acte de reconnaissance, reçue par l'officier de l'état civil ou par un notaire.

Si la filiation n'est pas établie simultanément, le consentement du premier parent ayant reconnu l'enfant est nécessaire. Le consentement peut être refusé seulement si ça est dans le plus grand intérêt de l'enfant. En cas de refus il y a une procédure judiciaire pour évaluer quel est le plus grand intérêt de l'enfant, à l'initiative du parent qui a refusé le consentement. Selon la jurisprudence, le plus grand intérêt de l'enfant est presque toujours celui d'avoir deux parents.

1.5. *Des administricules sont-ils nécessaires? Est-il possible de contraindre le père à la réalisation d'un texte de paternité biologique? Est-ce que des conséquences sont tirées du refus de faire ce texte de paternité?*

Le père a le droit de refuser le texte de paternité biologique. Cependant son refus est jugé habituellement comme faisant preuve contre lui-même, sauf des motifs graves. Presque toujours la gravité des motifs est jugé insuffisante par la jurisprudence.

2. *Contestation de la filiation*

2.1. *Les conditions de la contestation de la filiation diffèrent-elles suivant que le couple est marié, en concubinage, séparé, divorcé, etc.?*

La réforme du droit de la filiation des années 2012-2013 a laissé subsister des différences: d'un côté il y a le cas où les parents sont mariés et ne sont pas séparés légalement; de l'autre côté il y a les autres cas.

2.2. *Ces actions peuvent-elles être exercées par des organismes publics?*

Non, ils ne le peuvent pas.

2.3. *Est-ce qu'un jugement établissant la filiation de manière définitive peut être révisé?*

Non, il ne peut pas être révisé, sauf le cas général et extraordinaire du recours en cassation pour révocation.

3. *Procréation médicamenteusement assistée*

La PMA est réglée par la loi no. 40/2004: le but de cette loi était celui de limiter la PMA aux couples stables, mariés ou non, et de l'interdire aux femmes seules et aux couples du même sexe. La loi interdisait aussi d'utiliser les gamètes de personnes autres que celles faisant partie du couple (ce qu'en Italie on appelle *eterologa*). Cette dernière règle a été déclarée illégitime par la Cour constitutionnelle (arrêt no. 162/2014). En interdisant tous ça, le législateur est resté aveugle devant la réalité, c'est à dire devant le fait que les personnes ont la possibilité d'obtenir à l'étranger ce qui leur est interdit en Italie.

3.1. *Qui est la mère? La mère ovulaire? La mère qui accouche? Celle qui a conclu le contrat de maternité de substitution, si ce cas est autorisé dans votre pays?*

Le droit italien n'a pas de règles pour l'attribution de la maternité qui soient spécifiquement dictées pour la cas de la PMA: donc on applique la règle générale, selon laquelle la mère est la femme qui accouche.

3.2. *Qui est le père? Le donneur de sperme? Le don de sperme anonyme est-il autorisé?*

Le père est le mâle du couple, qui a donné son consentement à la PMA.
Le don de sperme anonyme est autorisé.

3.3. *Est-il possible d'utiliser les gamètes ou le matériel génétique d'une personne décédée? Si oui, comment la filiation est-elle déterminée?*

Selon la loi no. 40 les deux parties du couple doivent être vivants: donc on ne peut pas utiliser le sperme d'un homme après sa mort. Cependant si l'embryon a été formé quand tous les deux étaient en vie, mais après ça l'homme meurt, le droit de la femme d'obtenir l'implantation est discuté. La loi no. 40 n'a pas prévu ce cas parce que elle prévoyait que l'implantation doit toujours être immédiate et que donc l'embryon ne doit pas être surgelé. Cette règle a été déclarée illégitime par la Cour constitutionnelle (arrêt no. 151/2009).

3.4. *La maternité est légale ou interdite à votre pays? Sur quels principes s'appuie l'interdiction, le cas échéant? S'agit-il d'un sujet d'actualité?*

La maternité de substitution n'est pas admise.

L'interdiction s'appuie sur le principe selon lequel la maternité de substitution est une forme d'exploitation de la femme et de son corps.

Le sujet est de grande actualité, sur tout après les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Mennesson c. France* et *Labassée c. France* (2014): ces arrêts ont établi la règle selon laquelle le lien génétique entre l'enfant et le père doit être protégé et garanti. Donc si le mâle du couple est le père génétique, le couple a la possibilité d'obtenir le résultat poursuivi: la femme du couple peut adopter l'enfant, étant fils de son mari ou de son concubin (voir après, adoption).

D.2. Adoption

1. *Y-a-t-il plusieurs types d'adoption?*

Il y a trois types d'adoption des mineurs: (a) l'adoption plénière des enfants abandonnés qui

se trouvent en Italie, (b) l'adoption plénière internationale, (c) l'adoption en cas particuliers (adoption du fils du conjoint, adoption d'orphelins par leur parents jusqu'au VI degré, adoption dans d'autres cas, à protection du plus grand intérêt de l'enfant).

L'adoption plénière (soit nationale soit internationale) est permise seulement aux couples mariés, qui vivent ensemble depuis au moins trois an. Les personnes seules, les parties des couples non mariés (hétérosexuelles ou homosexuelles) et les parties des couples unis civilement peuvent adopter uniquement avec l'adoption en cas particuliers.

Cette règle est l'objet d'une discussion très animée surtout en doctrine. Il faut remarquer que toute la discipline de l'adoption est fort discutée: l'opinion selon laquelle c'est une discipline qu'il a eu son jour et qui ne correspond pas suffisamment bien aux besoins des enfants en difficulté de vie est très répandu (voir no. 4, *Est-ce que l'adoption éteint définitivement le lien avec la famille d'origine?*).

En plus de la limitation de l'adoption plénière aux couples mariés, la règle la plus critiquée est celle selon laquelle il y a deux voies complètement différentes pour un enfant qui se trouve dans une situation préjudiciable: être donné en adoption, si la situation de préjudice est grave et définitive, ou être confié aux services sociaux ou à une famille digne de confiance, si la situation de préjudice est réversible. Mais dans la plus part des cas cette distinction rigide prévue par la loi n'est pas réaliste: ces sont le cas qu'on appelle «déli-abandon permanent», où la voie la meilleure est souvent une adoption ouverte au maintien des relations entre le mineur et sa famille d'origine (voir par exemple le jugement de la Cour européenne des droit de l'homme *Zhou c. Italie*, 2014).

La condition de l'adopté avec l'adoption plénière est la même du fils né dans le mariage. La condition de l'adopté avec l'adoption du majeur est celle de fils adoptif: c'est à dire qu'il n'a pas de rapports avec la famille de l'adoptant. La condition de l'adopté avec l'adoption en cas particuliers est controversée en doctrine: selon l'art. 74 du code civil, réformé par la loi 219/2012, tous les fils ont le même état, sauf ceux qui ont été adoptés quand ils étaient majeurs. Cependant cette disposition n'a pas été coordonnée avec les dispositions de ladite loi 184 sur l'adoption en cas particuliers, où elle était assimilée à l'adoption du majeur.

Selon la loi no. 184/1983 qui règle l'adoption (modifié plusieurs fois), le type fondamental su système est celui de l'adoption plénière des enfants abandonnés. La partie la majeure des adoptions qu'on prononce en Italie est celle des adoptions internationales.

2. *L'adoption est-elle limitée aux mineurs?*

Il y a aussi l'adoption des majeurs, réglée par le code civil.

3. *Un mineur non «abandonné» peut-il être adopté?*

Oui, il peut être adopté, mais seulement avec l'adoption en cas particuliers, non pas avec l'adoption plénière.

4. *Est-ce que l'adoption éteint définitivement le lien avec la famille d'origine?*

L'adoption plénière et l'adoption internationale éteignent définitivement le lien avec la famille d'origine. Au contraire, l'adoption en cas particuliers et l'adoption du majeur ne l'éteignent pas.

La question des rapports avec la famille d'origine est l'objet d'une discussion très animée en jurisprudence et surtout en doctrine. Selon une opinion, la simple possibilité (non pas la nécessité) de maintenir des rapports avec la famille d'origine, sous le contrôle du juge, pourrait mieux garantir l'intérêt du mineur dans plusieurs circonstances, quand l'interruption de ces rapports risque d'être lui préjudiciable; au même temps elle pourrait dédramatiser le procès pour la déclaration de l'adoptabilité, parce que les parents savent ainsi qu'ils pourront revoir leur fils et maintenir un rapport avec lui. Selon une autre opinion, cette possibilité est en conflit avec le principe fondamental même de l'adoption plénière d'aujourd'hui, qui est une sorte de transplantation d'enfant d'une famille à une autre.

5. *Est-ce qu'il existe un âge minimum requis de votre pays pour adopter ou pour être adopté?*

Pour être adopté il n'y a pas d'âge minimum.

Pour adopter la loi prévoit une limite minimum et maximum de différence d'âge entre adopté et adoptant: la limite minimum est de 18 ans. La limite maximum est très compliquée: selon la règle de base la différence est de 45 ans, mais il y a plusieurs exceptions: selon la principale, l'adoption est aussi admise si la différence d'âge pour l'un des conjoints est de 55 ans, à condition que pour l'autre elle ne soit pas supérieure à 45 ans.

6. *Est-ce qu'il existe des règles spécifiques lorsque l'adopté est étranger?*

Les règles de l'adoption internationale sont différentes de celle de l'adoption de droit interne. L'Italie a ratifié la Convention de La Hague du 1993 sur l'adoption internationale. la loi no. 184 discipline la procédure de cette adoption, selon les principes de la dite Convention.

7. *La procédure de l'adoption est-elle administrative, judiciaire ou bien hybrid?*

La procédure est différente selon les types d'adoption. En tout cas elle est hybride: la décision définitive est de compétence du tribunal pour les mineurs; les services sociaux ont un rôle très important, surtout ils ont la tâche d'acquérir toutes les informations utiles.

8. *Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence des valeurs, concepts et des intérêts sur l'interprétation du droit de l'adoption?*

Voir no. 1 (*y-a-t-il plusieurs types d'adoption?*).