

L'Université d'Aix Marseille n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ABSTRACT : Cette thèse est divisée en deux parties: la Partie I est relative au recul du caractère institutionnel du mariage, recul simplement partiel, car on en peut jamais penser le mariage comme un contrat. La Partie II concerne la perte de singularité du mariage, concurrencé par d'autres modes de conjugalité, comme le pacs/union civile et le concubinage qui ont maintenant une dignité (reconnaissance) juridique. L'objectif de ce travail de recherche était de mener une comparaison entre la législation française en matière de mariage et la législation italienne, afin de tenter de comprendre si, et comment, un rapprochement serait possible entre elles, et dans quelle mesure toutes les deux peuvent s'améliorer et s'ouvrir aux nouvelles nécessités posées par une société en évolution continue. En particulier, il fallait vérifier si le mariage homosexuel, reconnu en France par la loi du 17 mai 2013, était conforme à l'ordre public, à la différence de ce que l'on croit parfois en Italie. Dans ce Pays, il semble en effet que le mariage doive expressément viser à la procréation, de sorte qu'un mariage entre deux personnes de même sexe serait "inexistant". De la même manière, il fallait vérifier si le mariage religieux italien, qui produit des effets *inter partes* avait une logique juridique, étant donné que l'union maritale va produire des effets sur l'état civil de la personne: pour cette raison, un mariage qui serait un simple fait privé n'est pas acceptable. Dans la seconde Partie ce sont les nouveaux modes de conjugalité qui ont été examinés, afin de savoir si ces derniers sont effectivement très différents du mariage ou si un rapprochement est en l'état possible. Il s'avère que la ressemblance est très évidente en Italie où le législateur a introduit la "clause d'équivalence", qui implique l'utilisation des règles du Code civil du mariage pour les personnes qui peuvent s'unir civilement. Quant au concubinage, dans chaque pays, une marge de liberté majeure est envisagée. Ici les deux législateurs ont adopté un cadre plus "libre", cependant, il apparaît que l'existence d'un lien de couple ne permet pas de laisser aux parties une liberté d'auto-détermination qui ne tiendrait pas compte d'une nécessaire solidarité.

Mot clés : mariage, recul du caractère institutionnel (partiel), mariage homosexuel, mariage religieux, nouveaux modes de conjugalité, pacs/union civile et concubinage, perte de singularité du mariage, rapprochement au mariage, différence

There are two parts to this thesis. Part I concerns the reduction / regression in the institutional nature / character of marriage, which is partial, as marriage can never be considered as a contract. Part II, on the other hand, concerns the loss of singularity that marriage once had, being as it is in competition with other modes of conjugality, such as the pacs / civil union and concubinage, which are now legally recognised. We tried to draw a comparison between then two legislations in order to understand whether and how the two can be compared, and to what extent both can be improved and adapt to the new needs posed by a society in continual evolution. In particular, we verified whether homosexual marriage, recognised in France by the Law of 17 May 2013, conforms to public order, or not, as is sometimes believed in Italy. In this country, it would indeed seem that the reason for marriage must expressly be that of procreation, in such a way that a marriage of homosexual nature would not exist. In the same way, we verified whether Italian religious marriage, which produces *inter partes* effects, has a legal logic, considering that marital union has effects on the marital status of the person. For this reason, a marriage as a simple private affair is unacceptable. Furthermore, Part II examined new modalities of conjugality, We verified whether the latter are effectively very different from marriage or whether they can be considered similar in nature. This is evident when Italian legislation introduced the « clause of equivalence » which involves the use of the laws of the civil code regarding marriage for unmarried couples where it is not forbidden. A greater degree of liberty is provided in the case of concubinage. Here, both legislations have adopted a more « liberal » framework, but we must be careful because relationships between couples cannot leave space to self-determination that does not take into account a precise legal framework, characterised by solidarity.

Keywords: marriage, partial decline of the institutional nature, same sex marriage, religious marriage, partnership, pacs/civil union, assimilation to the wedding.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en particulier à ma Directrice de Thèse, Madame Anne LEBORGNE, qui a guidé ma réflexion pendant ces années d'étude.

Ses qualités universitaires, sa grande disponibilité et sa patience à mon égard ont caractérisé la conduite et la réussite de ce travail de thèse.

Je voudrais témoigner de sa passion et de son intérêt sur le sujet de ma thèse.

Ils s'adressent aussi à mon Co -Directeur de Thèse, M. Ugo SALANITRO, Professeur de la Faculté de Droit de l'Université de Catania, qui m'a apporté son précieux soutien tout au long de mes recherches.

Je remercie également Madame le Professeur FRICERO, Présidente du Jury, pour son rôle à venir dans la soutenance, et M. le Professeur OLIVERO, Rapporteur, pour tous ses conseils et suggestions de réflexion.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	p.7
PARTIE 1. Le recul (partiel) du caractère institutionnel du mariage	p. 19
TITRE I Les conditions de formation du mariage	p. 23
CHAPITRE I Les indices du retrait partiel du caractère institutionnel du mariage.....	p. 26
CHAPITRE II La persistance d'une dimension institutionnelle lors de la formation du mariage.....	p. 76
Titre II Les effets découlant de la célébration du mariage.....	p.120
CHAPITRE I. Les effets du mariage sur le plan personnel entre impérativité et aménagement conventionnel	p. 122
CHAPITRE 2. Le règlement des effets du mariage sur le plan patrimonial entre impérativité et liberté.....	p. 158
PARTIE 2 : La perte de singularité du mariage.....	p. 201
Titre I Les nouveaux modes de conjugalité	p. 202
CHAPITRE I. Le rapprochement du pacs et de l'union civile au mariage.....	p.205

CHAPITRE II. Le rapprochement de l'union libre ou concubinage au mariage.....	p. 242
Titre II La reconnaissance de la règle privée lors de la dissolution du mariage...	p. 276
CHAPITRE I. La réglementation « privée » de la crise conjugale.....	p. 277
CHAPITRE II La réglementation « privée » de la succession.....	p. 315
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	p. 340
BIBLIOGRAPHIE.....	p. 345

TABLE	DES	MATIÈRES
.....p. 373		

INTRODUCTION

;-

Sur la définition de mariage. Le mariage, en italien, *matrimonio*, est l'union de deux personnes qui souhaitent partager un projet de vie en commun.

Portalès, célèbre juriste français, définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce »¹.

Dans le droit italien, une définition de mariage² se trouve dans la Constitution nationale, qui définit le mariage de façon indirecte, à l'article 29 dont l'objet premier est la protection de la famille³. Cette dernière a été longtemps considérée comme la société naturelle fondée sur le mariage, seul moyen légitimant la création du couple.

Point commun entre les deux législations. Le constat de l'institutionnalisation. Une rapide comparaison entre les législations française et italienne en matière de droit de la famille, et en particulier celle du mariage, laisse penser que ces deux systèmes juridiques présentent beaucoup de similitudes et qu'il est ainsi possible d'envisager plusieurs rapprochements entre eux.

Le premier point commun est la réglementation juridique de l'union, soustraite à l'autonomie des parties et aux sentiments, et soumise à l'autorité de l'Etat :

¹ PORTALIS, Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, 1770, publié en 1844, in M. LAMARCHE. J. J. LEMOULAND, Mariage : généralités, in Répertoire de droit civil, Janvier 2014. Sur ce point, on a observé que *les fonctions économique et procréatrice articulaient le modèle du mariage qui, ne présupposaient aucunement une affection réciproque*. D. BORRILLO, *Du sacrement au contrat*, dans *La famille par contrat*, Presses universitaires de France, p. 33.

² Plus exactement, une Autrice affirme que le mariage est défini selon les époques. G. FERRANDO, *Matrimonio same sex: Corte di Cassazione e giudici di merito a confronto*, nota a Cass. 9 febbraio 2015 n. 2400 e a Trib. Grosseto, 26 febbraio 2015, in *Corr. Giur.*, 2015, pp. 915 ss.

³ On constate une coïncidence entre les termes « mariage » et « famille » dans le droit italien : G. FERRANDO, P. SCHELISINGER, *Matrimonio*, Giuffrè, 2015, p. 3.

c'est la dimension publique - d'engagement envers la société⁴ - qui importe, au détriment de la dimension privée du phénomène – engagement réciproque des parties -. Le même constat de l'institutionnalisation de cette union peut donc être fait.

Dans le droit français, cette tendance est évidente car le mariage est une « question laïque », en aucun cas influencée par la religion, qui demeure un fait privé. Si la célébration religieuse existe, elle est une liberté, c'est-à-dire un choix des parties qui se sont préalablement unies lors d'une cérémonie publique, en présence d'un délégué de l'Etat, représenté par l'officier de l'état civil.

Depuis 1791, le mariage français a perdu, de fait, sa nature religieuse⁵ affirmée lors du Concile de Trente quand le mariage était considéré comme un sacrement⁶, pour assumer une dimension totalement opposée, à savoir civile et laïque⁷ : selon l'article 7 de la Constitution de 1791 « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » et impose la célébration par l'officier municipal.

La Révolution a transformé le droit de la famille en faisant application des principes de liberté, de laïcité et d'égalité et en supprimant toutes références aux coutumes et au droit canonique.

Le Code civil français, promulgué le 21 mars 1804, est l'expression d'un compromis entre le modèle de l'Ancien régime⁸ et les principes de laïcité et d'individualisme.

⁴ Pour cette raison, ce modèle de famille résulte fondé sur l'autorité du mari – père.

⁵ La famille était alors « à la fois une cellule monarchique et une cellule catholique » : J.-P. DURAND, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs*, 4/ 2003, n° 107, p.70.

⁶ Le Concile de Trente (1545-1563) avait imposé la célébration de l'union *in facie ecclesiae* et la tenue de registres. Sur ce point, G. FERRANDO, P. SCHLESINGER, *Il matrimonio*, Giuffrè, 2015, p. 3.

⁷ Ce qui assure à tout le monde la possibilité de se marier. F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio civile. Formazione, validità, divorzio*, Giuffrè, 1982, p. 4 ss.

⁸ Sur ce point, un Auteur souligne que le renforcement de l'autorité masculine dans la famille est l'une des orientations majeures de l'ancien droit à partir du XVI^e siècle. Ce renforcement va de pair avec celui de l'autorité royale. En effet, le pater familias exerce une autorité à l'image de celle du roi considéré traditionnellement comme le père de ses peuples, d'où le développement de la justice paternelle du roi qui s'exprime notamment par les lettres de cachet, souvent sollicitées par les familles à la fin de l'ancien Régime. P. NEDILOFF, *La famille : une histoire faite d'évolutions ? de mutations?*, in *La famille mutante*, Actes du colloque du 27 mars 2015, sous la direction de S. MIRABAIL, p. 33.

Se marier équivaut à établir un pacte avec les pouvoirs publics, les individus forment en fait un couple, ce qui va au-delà de la volonté personnelle (consensus)⁹ dont l'importance régresse après le prononcé de la formule d'union.

Cette théorie défend, donc, l'idée de la prépondérance de l'État sur l'individu, du groupe sur la personne, car les mariés sont titulaires d'une mission, considérée longtemps comme prépondérante dans la société et dans le droit : perpétuer l'espèce humaine.

Pour cette raison, le mariage ne peut pas être laissé à la liberté des époux, car ils sont soumis à l'autorité publique qui doit vérifier l'absence d'empêchements d'ordre social, physiologique et psychologique ayant des effets sur la validité de l'union.

L'union des êtres humains constitue un enjeu vital dont la dimension dépasse l'individu et intéresse la société.

Il en est de même, en droit italien.

Le mariage est un fait social, une sorte de contrat passé avec la société : la codification de 1865 imposait, déjà à cette époque-là, la séparation rigide de la sphère religieuse de celle publique, de sorte que les époux qui souhaitaient se marier à l'église devaient répéter la célébration auparavant officiée par le ministre civil. La sensibilité religieuse du Pays, c'est-à-dire la forte tradition catholique italienne, n'interdisait pas, mais au contraire, obligeait à suivre ce formalisme juridique.

En 1929, toutefois, les *Patti Lateranensi*¹⁰ ont introduit un cadre juridique différent, qui a perduré jusqu'à nos jours : en fait, le droit civil et le droit canon se font face dans une relation de séparation et en même temps de

⁹⁹ « L'échange des < consentements > constitue le véritable fondement du lien matrimonial. Ce < consentement > doit satisfaire à deux exigences principales. *D'une part*, il doit exister (§ 2) et donc s'exprimer (§ 1), puisque les textes sanctionnent par la nullité du < mariage > le défaut de < consentement >. *D'autre part*, il doit présenter une intégrité suffisante, puisque les textes sanctionnent également par la nullité du < mariage > certains vices du < consentement > ». J. J LEMOULAND, *Conditions de fond du mariage*, Ch. 111, *Dalloz action Droit de la famille*.

¹⁰ Il s'agit d'un Accord entre l'Etat italien et le Vatican (1929, modifié en 1984) visant à reconnaître effets civils au mariage religieux, de sorte qu'il puisse avoir effets dans le système juridique italien.

coopération¹¹, de sorte que les deux systèmes sont indépendants mais soumettent la validité du mariage religieux au respect impératif des règles indiquées dans le Code civil, régissant la production d'effets civils du mariage religieux.

Cet état de fait permet de distinguer, en outre, le mariage contemporain, du mariage de l'époque romaine.

En fait, dans le droit civil romain¹², les relations entre les parties de la famille ne relevaient pas du droit civil, mais des mœurs (*mos maiorum*), de sorte qu'aucun contrôle n'était prévu par les tribunaux ou une quelconque autorité publique¹³.

Jusqu'au v^e siècle avant Jésus-Christ, le mariage était, pour autant, une obligation religieuse réservée aux seuls patriciens (*confarreatio*). Ce n'est que par la suite, sous la République, que les formes du mariage se sont diversifiées et se sont ouvertes aux Plébéiens. À côté de la *confarreatio* apparaissaient la *coemptio* (sorte d'achat fictif entre époux) et l'*usus* (permettant un mariage après une cohabitation d'un an).

Toutefois, cette perspective n'était/est pas acceptable, à la lumière du fait que le mariage produit des effets sur l'état civil de la personne : elle n'est plus célibataire mais s'engage par un « *foedus* » bilatéral avec son partenaire, terme latin dont découle le mot « fiducie », ce qui entraîne une limite à la liberté personnelle et à la reconnaissance du rôle primaire de l'individu comme « *faber suae fortunae* » (artisan de sa vie) aussi dans le contexte du couple.

¹¹ Peut-on dire que ce qui vaut pour le mariage chrétien vaut pour le mariage civil ? En fait, une Autrice française affirme à cet égard qu'« À suivre la pensée de Portalis, on pourrait, toutes proportions gardées, le croire: dans les deux cas le mariage s'oppose aux unions fortuites « que le plaisir forme et qui finissent avec le plaisir », dans les deux cas, la polygamie est « inconciliable avec l'essence d'un engagement par lequel on donne tout, le corps et le cœur »; dans les deux cas, « le mariage est conclu en vue d'avoir des enfants et de les élever ». A. MIGNON COLOMBET, Que reste-t-il du devoir de fidélité ? in **Petites affiches - n°21 - page 6**, 31/01/2005.

¹² J-PH. LEVY ET A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2010, p. 92 ss.

¹³ B. LAPLANTE, *L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien*, in *Enfance, Familles, Générations*, 15/2011.

La primauté de ce dernier occupe le premier plan, derrière il y a la volonté de l'individu. On inscrit, en fait, l'individu dans un ensemble, qui est constitué par le couple qu'il fonde et par la famille qu'il crée avec son conjoint.

Le basculement vers la primauté de l'individu à l'intérieur du couple marié.

Toutefois, l'évolution des mœurs dans les années 60 – 70 a mis en évidence une nouvelle réalité que l'individu, y compris celui qui est marié, construit autour de sa personne, le fondement du groupe devenant le respect de la volonté des individus qui composent le couple¹⁴.

De ce fait, une nouvelle conception du couple émerge et ce dernier devient l'espace où la volonté des individus qui le composent peut s'exprimer pour en structurer aussi bien la composition que l'organisation des rapports familiaux¹⁵.

La protection de la vie familiale¹⁶. Ce sont les réformes des années 1970¹⁷ qui vont modifier le cadre en vigueur dans le droit du couple, car la femme

¹⁴ Le mariage et le cercle de famille qu'il est censé fonder ne sont en aucune manière une réalité simple, intemporelle, universelle mais au contraire une construction complexe et historique. Une construction à quatre dimensions : anthropologique, religieuse, juridique et politique qui sont apparues à des moments précis de l'histoire, qui ont évolué, et qui peuvent à tout moment disparaître. J. POUMARÈDE, « Mariage, concubinage ou la quadrature du cercle ? », dans NEIRINCK Claire (dir.), Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité, Actes du colloque de Toulouse, 21 juin 2007, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, Page 18.

¹⁵ H.FULCHIRON, « De l'institution, aux droits de l'individu : réflexion sur le mariage au début du XX^e s. », in Mélanges Jean Foyer, Economica, 2008, p.395

¹⁶ Cette protection implique de limiter toute forme d'ingérence injustifiée de l'autorité publique dans la vie des personnes. Sur ce point, N. CARIAT, *Article 7, Respect de la vie privée et familiale*, in, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, sous la direction de F. Picod et S. Van Droogheboeck Bruylant, 2017. De ce fait, on constate que la Charte EDH adopte une notion différente que celle adoptée par la Déclaration universelle des droits de l'homme, où c'est énoncé que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ».

¹⁷ En France, avec les réformes Carbonnier: *Les réformes du droit de la famille entreprises en France depuis les années soixante sont incontestablement marquées par un esprit de compromis (...) « entre (...) la conservation et la novation »*. Sur ce point, R. CABRILLAC, *Les réformes du droit de la famille et le pacs, Droit de la famille n° 6*, Juin 2000, chron. 13, qui en outre affirme : *L'évolution des mœurs et le développement des droits de l'homme ont incontestablement guidé l'évolution du droit de la famille depuis les années soixante. On ne s'étonnera pas ainsi qu'un éminent auteur ait pu synthétiser cette évolution en parodiant heureusement la devise de la République française, considérant que les réformes récentes du droit de la famille se sont traduites par davantage de liberté (liberté du mariage, liberté du divorce...), d'égalité (entre époux, entre enfants...), et d'équité (dans le règlement du divorce, dans l'établissement des filiations...) au sein de la famille (P. Catala, in Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, Trav. Ass. Capitant, t. XXXIX, 1988, p. 1 s.)*. En Italie la loi 151/1975 a impliqué une modification dans la signification du terme « famille », qui a déterminé la

est reconnue comme individu ayant une identique dignité morale et sociale à celle de son mari.

En outre, peu à peu, il sera moins question de couple au sens traditionnel du terme, c'est-à-dire de l'union de deux individus mariés de sexe différent, que de « vie familiale », au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui permet de prévoir et de protéger plusieurs situations bilatérales composant un couple, différent de celui de deux personnes mariées de sexe différent.

Le concept de vie familiale présente, en fait, des contours variables, mieux adaptables à la réalité sociologique actuelle.

L'art. 8 de la Convention offre, de ce fait, une protection à toutes les situations caractérisées par la présence de deux individus qui partagent un projet de vie en commun.

Le couple apparaît donc, comme une structure qui change nécessairement selon les coutumes et les valeurs dominantes à une précise époque.

Vers une nouvelle définition du couple. Cette métamorphose s'accomplit sous la poussée de deux facteurs.

Le premier est le désengagement de la norme juridique au niveau national, qui a eu pour effet de créer un système caractérisé par l'auto-gestion et l'autonomie des individus¹⁸, chacun devant établir les limites de sa volonté, sur la base de critères normatifs, moraux et religieux.

Cet état de fait a renvoyé chaque individu à sa responsabilité, ouvrant à plusieurs modèles familiaux, mais où il dispose des mêmes droits, l'égalité entre les hommes étant un principe fondamental.

Le second élément qu'il faut prendre en compte, en ce qui concerne la valorisation du principe de l'autonomie de la volonté dans la formation et l'organisation du couple, est la diffusion des normes et instruments

diffusion d'une idée de la famille déclinée dans une dimension individualiste au détriment de celle de famille comme groupe d'individus qui poursuivait un seul intérêt commun. Sur ce point, A. FIGONE, *Matrimonio e unioni civili*, in AA.VV., *Matrimonio, unione civile, convivenza*, Giuffrè, 2019, p. 3.

¹⁸ J. HAUSER, « *La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille* », In *Études offertes* Au Doyen Philippe SIMLER, co-éd. Dalloz-Litec, 2006, p.155.

internationaux visant à protéger et à promouvoir les libertés et les individualités, y compris en matière familiale.

De ce fait, le droit interne de la famille a commencé à se renouveler et cela a été possible en particulier grâce à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En particulier, cette dernière, à l'art. 9, affirme que le droit au mariage est organisé par les Etats selon leurs dispositions de loi, ce qui permet d'avoir une vision plurielle de la notion de couple¹⁹.

Analyser le couple par le prisme des droits fondamentaux impose, donc, de prendre conscience du rôle désormais essentiel joué dans cette matière par le droit international et le droit européen, qui se combinent avec le droit civil en lui imprimant leur marque.

La relation stricte entre « droits fondamentaux – valorisation de l'autonomie » des membres du couple. Les droits fondamentaux - liberté, égalité, non-discrimination - apparaissent comme les principes directeurs du couple, ce qui confirme la primauté de l'autonomie, qui a redessiné la structure du couple en admettant le recul de la règle universelle au profit de la règle du cas particulier et le passage du droit de la conjugalité au droit « aux conjugalité ».

Les individus peuvent « se conjuguer », c'est-à-dire s'unir selon différentes modalités, car l'exclusivité matrimoniale a laissé place à plusieurs modes de

¹⁹ Sur ce profil, on peut vérifier que dans l'art. 9 de la Charte de Nice est établi que la famille ne doit pas être nécessairement constitué par un homme et une femme, car il faut éviter toutes discriminations au nom de l'orientation sexuelle (art. 21). V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 8.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2012, p. 39. En même temps, on a souligné les difficultés qu'on rencontre dans la construction d'un droit européen commun de la famille : *la limitation du domaine d'application des instruments actuellement en vigueur laisse encore plus d'espace aux ordres juridiques internes*. A. BORRAS, *Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe*. In « Vers un statut du droit européen de la famille », sous la direction DE H. FULCHIRON E C. BIDAUT GARON, Dalloz, 2014, p. 15.

conjugalité²⁰ qui sont aptes à satisfaire le droit de mener la vie de couple de son choix, d'avoir des enfants seul ou en couple, quelle que soit son orientation sexuelle.

L'époque contemporaine a profondément remodelé le couple traditionnel, (celui marié), qui n'est plus le socle exclusif de la famille, car il est concurrencé par d'autres types d'union qui ont acquis dans le temps une valeur équivalente à celle de la famille maritale.

Le droit à la conjugalité ne peut plus, en fait, être décliné sous la seule forme du mariage : « se conjuguer » signifie aujourd'hui s'unir, avoir une relation d'ordre conjugal avec quelqu'un, pas simplement se marier et avoir un époux ou une épouse.

Cependant, pour l'instant, le terme de « conjoint » demeure réservé aux personnes mariées et n'est pas appliqué aux concubins, et aux partenaires d'un Pacs ou d'une union civile²¹, ce que l'on peut regretter.

Le droit aux conjugalités. La conjugalité au singulier n'existe plus, car il faut parler de conjugalités au sens large pour inclure aussi bien le mariage que le PACS/union civile ou le concubinage.

Au XXI^e siècle, toute personne a le pouvoir de choisir²² son mode d'union, de créer sa famille par le concubinage, le PACS/union civile ou le mariage, non seulement désacralisé, mais encore privatisé et maintenant, éventuellement dépourvu de sa mission procréatrice²³.

²⁰ Un Auteur italien a affirmé à ce propos qu'on pourrait parler de famille quasi matrimoniale/de nature matrimoniale. Sur ce point, M. Gattuso, *Principi e caratteri generali*, in Aa. Vv., *Legami di coppia e modelli familiari*, Giuffré, 2019, p. 4.

²¹ S. VALORY, « Les dispositions visant les "conjointes" ne peuvent être étendues aux pacsés », RJPF 2008, p.21. Un A. italien affirme que les dispositions du code civil concernant le conjoint s'appliquent aux parties de l'union civile. F. Romeo, *Formazione del vincolo*, in Aa. Vv., *Legami di coppia e modelli familiari*, Giuffré, 2019, p. 25.

²² Sur ce point, c'est intéressant la réflexion de V. Egea : « d'une part, le choix est encadré. D'autre part, le choix est contrôlé », car la liberté de choisir le modèle d'union implique le respect des conditions posées par la loi pour sa validité. V. EGEA, *La contractualisation du lien familial : l'apport du droit international privé*, in C. SIFFREIN BLANC, J. P. AGRESTI, E. PUTMANN, *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre I, Presse universitaire d'Aix Marseille, 2013, p. 108.

²³ La famille est construite sur la base de deux institutions distinctes qui sont l'alliance et la parenté. F. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, Tome I, Aspects comparatifs et internationaux, éd. Economica, 1992, p. 2, n° 3.

A cet égard, en effet, et à la différence de l'Italie, en France, depuis la loi du 17 mai 2013²⁴ le mariage a été ouvert aux couples de personnes de même sexe, sous le poids du respect de l'autonomie de la volonté²⁵.

De ce fait, le mariage est considéré comme un droit pour tous et la famille a perdu sa singularité. Elle peut être matrimoniale ou formée par des pacsés/unis civils ou concubins ; hétéro - parentale ou homoparentale, nucléaire, recomposée ou décomposée²⁶, toujours selon les volontés individuelles²⁷.

L'individu peut choisir la structure familiale qui lui convient, selon ses exigences et ses objectifs. Et si la condition d'altérité sexuelle a disparu en France, demeurent encore des conditions légales impératives, communes, en France comme en Italie, pour contracter mariage.

La contractualisation du droit du couple. Cette transformation s'est avérée si radicale que les bases du droit de la famille semblent totalement remises en cause et que l'on peut parler de « contractualisation des moyens fondateurs de la famille »²⁸.

Or, ce phénomène de contractualisation repose sur la volition individuelle, laquelle conduit à des changements de la famille et du droit qui la régit.

Cette volonté peut conduire à « bâtir » l'union comme à la détruire : ce n'est plus nécessairement un Juge qui pose les conditions de séparation ou de divorce lorsqu'il y a une volonté commune à cet égard, mais ce sont les époux, artisans de leurs destins personnels, qui peuvent mettre fin au lien du mariage qu'ils avaient souscrit.

²⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

²⁵ A. BENABANT, « L'ordre public en droit de la famille », in L'ordre public à la fin du XXème siècle, T. REVET (dir.), Dalloz, 1996.

²⁶ Un Auteur a parlé de la famille comme une notion mouvante du droit : J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Les notions à contenu variable en droit, Bruylant, 1984, p. 99 et s.

²⁷ Un rôle important est reconnu au fait de « bâtir » la famille qu'on le veut. J. POUSSON-PETIT, A. POUSSON, L'affection et le droit, Edition du centre national de la recherche scientifique, 1990.

²⁸ D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

Cet état de fait confirme la prépondérance de l'individu, ce qui fait disparaître l'analogie gouvernement de l'Etat - gouvernement du couple, qui à l'origine traduisait l'unité initiale de la famille et la source de légitimité de l'autorité publique, même si déjà au XIXème, les rapports entre politique et gestion du couple changent.

L'Etat sépare la sphère privée et la sphère publique et participe à la vie des couples en indiquant les conditions légales à respecter pour la constitution du lien, en revanche, les règles concernant la gestion de la relation bilatérale entre les membres du couple ne relèvent pas de l'ordre public familial.

Méthodologie. Ce projet de thèse de droit comparé vise à analyser les deux législations en matière des modes de conjugalité.

Pour cette raison, à cet égard, l'étude consistera à confronter les législations en vigueur dans les deux Pays en tenant compte des spécifiques prévisions qui autorisent certaines modalités/procédures de mariage et à comprendre si les solutions adoptées par l'un des Etats mais refusées/inconnues par l'autre peuvent susciter un débat juridique sur des possibles ouvertures des législateurs à leur acceptation au niveau de droit positif.

Une identique méthodologie sera suivie, à partir de la constatation des similitudes, pour vérifier comment la législation a évolué en matière d'unions para conjugales. Ces dernières peuvent-elles effectivement être considérées – et dans quelle mesure - de nos jours, comme des moyens de protection du couple ? A la lumière de cette constatation, est ce que le système juridique français offre une protection plus sûre que le système italien, si on se souvient qu'il date de 1999 ou, en revanche, peut-on affirmer que le droit italien se présente comme plus ouvert, de sorte qu'il faut que la législation française prenne en considération certains aspects pour s'améliorer ?

Dans ce cas aussi, l'analyse sera menée tenant compte du cadre législatif des deux Pays en la matière, pour vérifier comment les articles du Code civil (français) et l'article 1 de la Loi Cirinnà organisent (se rapprochent dans l'organisation de) la matière des liens non maritaux.

Annonce de plan. Compte tenu de ces observations, Il s'agira de rechercher, dans la première partie, si une évolution est en cours en matière du mariage, pour savoir si l'ordre public directionnel de la famille, qui interdisait toute possibilité de prévoir des exceptions aux principes fondamentaux régissant la formation de l'union, peut de nos jours faire l'objet d'exceptions qui tiennent compte de l'évolution de la société. Pour autant on vérifiera si et dans quelle mesure on assiste au recul du caractère institutionnel du mariage (partie I).

De même, en étudiant les unions para conjugales il sera possible de vérifier si c'est seulement parce qu'ils offrent un formalisme plus souple quant à leur constitution et à leur dissolution que ces modes de conjugalité sont choisis aujourd'hui, ou si les législations nationales en matière de pacs, d'union civile et de concubinage offrent désormais aux parties une protection étendue, même si en dehors du mariage. Ainsi, pourra-t-on vérifier si, et comment, un rapprochement avec le mariage, lien traditionnellement fondateur du couple, est possible, permettant d'affirmer la perte de singularité du mariage (partie II).

PREMIÈRE PARTIE : Le recul (partiel) du caractère institutionnel du mariage.

Le mariage a été longtemps conçu comme sacré et rigide²⁹, de sorte que cette union a été soumise à un statut où la disposition des droits liés à la vie familiale n'était en aucun cas admise.

Aussi de nos jours, la célébration du mariage requiert le respect d'une procédure formelle posée par les législateurs, qui ne fait pas l'objet d'exceptions.

Le mariage implique un changement dans l'état civil des mariés, qui ne sont plus célibataires, car ils s'engagent à vivre une vie de couple dont découlent des droits et des devoirs réciproques et des obligations à l'égard des tiers³⁰. De ce fait, l'union du mariage doit être le résultat d'un contrôle accompli par une autorité publique, qui assure le respect des principes d'ordre public, défini comme la structure élémentaire de toute vie authentiquement sociale, telle que le conçoit une certaine société donnée³¹.

La main publique est, donc, chargée de vérifier si les candidats au mariage répondent aux critères indiqués dans les Code civils, le mariage n'étant pas

²⁹ E. Bivona, *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2020, p. 848 ss.. L'Auteur constate que la matière du mariage résulte caractérisée par un formalisme rigide et pour l'utilisation de typologies définies a - priori par le législateur, soustraites à l'autonomie des parties.

³⁰ De par son origine latine, l'adjectif « conjugal » ou « conjugalité » se traduit par « conjugalis » ou encore « conjugare » ce qui signifie « unir ; joindre ensemble ». Affirmation contenue dans la Thèse de Doctorat de M. H. Nouisser, *Les conjugalités : étude comparative France-Maghreb*, Directrice : Mme G. Lardeux, Université d'Aix en Provence, p. 25.

³¹ Un Auteur affirme que « la rigidité inhérente au droit de la famille contraste fortement avec la liberté des mœurs qui imprègne les mentalités contemporaines ». A. SERIAUX, *Le juriste face au droit de la famille*, par Alain SÉRIAUX, *Droit de la famille* n° 6, Juin 2001, chron. 13.

une simple *association de deux personnes*, car l'impérativité demeure et est centrale dans la constitution du foyer marital³².

Cela démontre que le rôle de la liberté des époux est secondaire dans la formation du mariage, car on peut en voir la manifestation seulement dans la phase du consentement, comme le Code civil français le prévoit de façon expresse à l'art. 146 et le Code italien à l'art. 122, puisqu'il faut que les parties soient conscientes de l'engagement qu'elles vont prendre et que leur décision soit libre.

Le consentement au mariage est un acte strictement personnel, qui doit correspondre à une intention réelle³³ et n'admet aucune représentation, car la constitution du lien marital résulte seulement de la volonté des parties.

Toutefois, les aspects autres que le consentement demeurent sous l'emprise d'un noyau de règles directives qui excluent la volonté personnelle dans la phase préliminaire et de célébration du mariage : il en est ainsi de la procédure de publication du projet de mariage, qui va faire connaître la commune intention de se marier et de la cérémonie maritale qui est strictement réglementée par la loi³⁴.

Il s'agit de principes incontournables, qui donnent une image de la famille conforme à un ordre public préexistant et imposé par l'extérieur, régi par les législateurs nationaux, comme l'article 12 de la CEDH l'énonce : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille *selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

³² La stabilité sociale et la stabilité familiale sont strictement liées. L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Giappichelli, 2008, p. 81 et ss.

³³ M. C. LASSERRE S. DRUFFIN BRICCA, *Droit des personnes et de la famille*, Gualino, 2020, p. 82.

³⁴ Un Auteur affirme que *le mariage n'est pas un contrat consensuel. Pour que le lien conjugal apparaisse, il ne suffit pas que les époux s'offrent l'un à l'autre ; il faut que leurs consentements soient exprimés lors d'une célébration présidée par une autorité publique*. J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, 2018, Dalloz, p. 67. Par contre, dans J. Hauser, S. S. Chaillé de Néré, *Droit de la famille: Droits français, européen, international et comparé*, sous la direction de M. Crespe et M. Ho - Dach, Bruylant, 2018, on affirme que *l'article 146 du Code civil l'énonce clairement : il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement*». En cela, le mariage s'inscrit dans les sillons du contrat.

Ce sont les législateurs nationaux qui décident l'extension des marges qui autorisent le passage de l'institution au contrat en ce qui concerne les critères de formation, comme le législateur français l'a fait en matière de mariage homosexuel : « *bien que le **mariage** et la famille soient naturellement associés – l'article 12 de la Convention EDH évoquant bien l'idée de « fonder une famille » –, les organismes européens ont, dans un premier temps, décidé que rien ne permettait de déduire que la capacité de procréer constituait une condition fondamentale du **mariage**, ni que la procréation était en soi une fin essentielle* » ³⁵.

L'adaptation du mariage à la nouvelle réalité sociale, caractérisée par l'épanouissement des droits de l'homme, est, en revanche, mieux envisageable dans l'organisation de la vie maritale, c'est à dire dans le rapport qui découle de l'acte de mariage.

Ici, le recul partiel du caractère institutionnel du mariage est plus évident, car les réformes du droit de la famille ont consacré un modèle de vie familiale qui valorise la parité entre les conjoints : la femme n'est plus subordonnée à l'autorité du mari et n'est plus considérée comme un individu doué d'une dignité inférieure à ce dernier. De ce fait, son adultère - qui était auparavant puni plus gravement que celui du mari³⁶, car il avait comme effet la « turbatio sanguinis » - n'est plus soumis à ce régime ; ce qui confirme qu'une évolution est effectivement en cours et que la parité entre les mariés est réelle.

Les deux systèmes juridiques reconnaissent, en outre, une marge de libre autodétermination des époux au niveau de la fixation de la résidence commune et des modalités de contribution aux affaires de la vie courante³⁷.

³⁵ CEDH, 13 mars 1979, *David Van Oosterwijck c/ Belgique*, (Requête n o 7654/76) in *CONSEIL DE L'EUROPE.. – HUDOC*, <http://hudoc.echr.coe.int>.

³⁶ Loi française n° 75-617 du 11 juillet 1975 et Cour constitutionnelle italienne décision 3 décembre 1969, n. 147 (in www.consultaonline.it).

³⁷ C'est la principe d'« égale responsabilité – égale liberté ». E. BIVONA, *Gli accordi personali tra coniugi nella famiglia del ventunesimo secolo*, in U. SALANITRO, *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, p. 91.

Les époux peuvent avoir des domiciles séparés, dûs à leur lieu travail, mais doivent contribuer selon leur respectives facultés aux dépenses de la vie courante, soit sous forme pécuniaire soit au niveau du travail domestique, indépendamment du sexe.

La famille n'est plus donc un groupe unitaire, où les volontés de chacun se « perdent » au nom de la protection incontournable de ses membres, ce qui auparavant était justifié par la limitation de la liberté personnelle, car elle découle d'un accord de volonté, qui permet de décider l'extension de leurs obligations.

En fait, l'exigence d'assurer l'unité du groupe familial impliquait le sacrifice presque constant des désirs personnels des époux, tandis que de nos jours chacun d'eux est considéré comme contribuant à la vie familiale : l'évolution des mœurs a en fait donné lieu à la contractualisation des droits et des devoirs réciproques.

Cet état de fait ne signifie pas que le cadre juridique concernant le statut des mariés fait l'objet d'une libre gestion, parce que la libéralisation souhaitée ne peut pas être considérée comme un motif de fragilisation de la famille.

Pour cette raison, il semble que le caractère institutionnel du mariage ait reculé, parce que son rigorisme s'est assoupli, mais cependant, pas complètement effacé. Il persiste, même si pour certains aspects ce caractère a régressé, pour laisser une place majeure à l'autodétermination des époux et en même temps éviter la définitive « perte » des contours originellement qualifiant la famille,

Pour vérifier ce recul, on analysera les conditions de fond et de forme du mariage (Titre I) et les effets découlant de la célébration du mariage (Titre II).

TITRE I Les conditions de formation du mariage.

Tout individu est titulaire de la liberté de choisir s'il souhaite se marier³⁸ et avec qui se marier.

En effet, il est admis de choisir comment vivre sa propre vie de couple selon plusieurs modèles, qui ne sont pas nécessairement réglementés par les lois civiles ou canoniques³⁹ et qui sont à même d'affranchir le lien de couple de la perspective de la procréation.

Le droit français a, à cet égard, dépassé la nécessité d'altérité de sexe, qui était imposée au titre conditions de fond du mariage jusqu'en 2013, lorsque le législateur a reconnu le mariage homosexuel.

Cette évolution, qu'on analysera dans le Chapitre I, a changé profondément le sens de l'institution⁴⁰ : l'éloignement de la théorie institutionnelle a en fait permis d'évoluer dans le sens de la reconnaissance du « mariage pour tous », ce qui est encore interdit en Italie, où le respect de certaines conditions de fond n'a pas fait l'objet d'un changement pour suivre l'évolution des mœurs⁴¹.

L'altérité sexuelle est, dans ce Pays, encore considérée comme nécessaire, car le mariage vise par statut à la procréation. Toutefois, il faut s'interroger sur le fait que le mariage civil n'est pas seulement une union en vue de

³⁸ La clause de célibat, insérée dans les contrats de travail, a été en fait jugée nulle en France et en Italie. Pour le droit français, B. HESS-FALLON / A. M. SIMON, *Droit de la famille*, Dalloz, 2020, p. 38. Pour le droit italien, la loi 7 du 9 janvier 1963 sur l'interdiction de licencier les femmes à cause du mariage.

³⁹ T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in www.unipa.it/scuole/scienze/giur.ecosociali/specializzazioni/professionilegali/.content/documenti/auletta-2015.pdf, p. 22 et ss..

⁴⁰ G. RAYMOND, M.-L. C.-DELFOSE, *Art. 143 à 147 – Fascicule 10 : MARIAGE. – Les conditions à réunir dans la personne des époux*, *Juris Classeur, Code civil*, Date du fascicule : 24 Janvier 2014, Date de la dernière mise à jour : 12 Juin 2017.

⁴¹ En réalité, on a affirmé que la structure hétérosexuelle du mariage n'est nulle part établie dans la Const. De plus, la définition de mariage comme « naturalis societas » n'implique pas la reconnaissance d'un modèle de famille hétérosexuelle, car l'essence de la famille doit être trouvée dans la solidarité entre les parties. Sur ce point, **A. Astone**, *L'indisponibilità del paradigma eterosessuale del matrimonio e la rilevanza delle unioni omoaffettive*, Nota a: Cassazione civile, 21 aprile 2015, n.8097, sez. I, Fonte: Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc.4, 2015, pag. 1240.

procréer. À la différence du droit canonique, en effet le droit civil ne considère pas l'exclusion de la procréation comme une cause de nullité du mariage, de sorte qu'on ne peut plus raisonner dans les termes suivants : « les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, n(e)étaient (sont) en conséquence pas concernés par cette institution »⁴².

De plus, aucune disposition juridique ne requiert l'altérité sexuelle : dans les deux Codes civils il n'est/était nulle part prévu qu'il fallait être de sexe différent pour se marier.

De ce fait, le recul progressif des thèses qui affirmaient l'existence d'un lien nécessaire entre la mariage et la procréation a permis, en outre, à la Cour européenne des droits de l'homme, d'établir qu'« ils (les couples de même sexe) disposent par ailleurs du droit de voir reconnaître leur union dans les mêmes conditions que tous les couples de sexe différent ne désirant pas se marier, si bien que la distinction résultant de cette spécificité é(est)taient objectivement fondée, justifiée par un but légitime et respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé »⁴³. La liberté nuptiale est donc un principe⁴⁴ consacré dans plusieurs textes de lois qui proclament le droit de se marier et de fonder une famille⁴⁵, en faisant de cette liberté le prolongement indispensable de celle personnelle, affirmée par l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui établit qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme sans aucune

⁴² Arrêt du 19 avril 2005, Cour d'appel de Bordeaux, cité dans la décision Cour européenne des droits de l'homme 5e section, 9 juin 2016, N° 40183/07, cinquième section, Affaire CHAPIN ET CHARPENTIER c. France, (Requête no 40183/07) in *Dalloz jurisprudence*.

⁴³ Cour européenne des droits de l'homme 5e section 9 juin 2016, N° 40183/07, cinquième section, Affaire CHAPIN ET CHARPENTIER c. France, (Requête no 40183/07), in *Dalloz jurisprudence*.

⁴⁴ Il s'agit d'une liberté publique, comme le Conseil d'Etat français l'a reconnu : *le droit de mener une vie familiale normale constitue une « liberté fondamentale » au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative modifié par une loi du 30 juin 2000 mettant en place de nouvelles procédures de référés (CE, 30 oct. 2001, n° 238211)*. In DICTIONNAIRE PERMANENT, DROIT DES ETRANGERS, Mariage et unions hors mariage.

⁴⁵ Un A. affirme qu'il s'agit d'un intérêt fondamental de l'individu visant à bâtir la communauté familiale. M. C. BIANCA, *La famiglia*, Cedam, 2017, p. 4.

restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier ou de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage durant le mariage et lors de sa dissolution. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux ».

Dans le même esprit, l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme confirme qu'«à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier ou de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

Toutefois, le mariage n'est pas un acte totalement remis à l'autonomie des parties : leur liberté est en fait strictement encadrée par la loi qui établit que les futurs conjoints doivent remplir certaines conditions de fond et de forme.

De ce fait, on peut dire que chacun est libre de se marier, de choisir son époux, mais non de déterminer le contenu ou la forme du mariage : le mariage peut ainsi sembler la négation de la liberté contractuelle, car il s'agit d'un acte « bâti » en vue de la protection de la personne humaine, et non de ses intérêts patrimoniaux, comme on le fait par le contrat.

En particulier, l'art. 1102 du Code civil français dispose que : Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi et aussi que la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

De même, le droit italien à l'art. 1322 du Code civil établit que la liberté de contracter comprend le droit de fixer le contenu du contrat dans les limites d'ordre général fixées par la loi.

Cet état de fait confirme que le mariage se fonde sur un système de droit impératif, qui ne fait pas l'objet d'une marge d'auto réglementation des parties : les conditions de fond et de forme à respecter pour se marier sont impératives, ce qui restreint le pouvoir des parties en cette matière.

C'est la théorie institutionnelle qui semble demeurer encore de nos jours, même si on constate une certaine diversité dans les relations personnelles, qui manifeste également ses effets au plan des liens du couple.

De ce fait, on analysera les indices du retrait partiel du caractère institutionnel du mariage (Chapitre 1) et la persistance d'une dimension institutionnelle lors de la formation du mariage (Chapitre 2).

CHAPITRE I Les indices du retrait partiel du caractère institutionnel du mariage.

Le mariage était traditionnellement regardé par le droit civil comme une institution⁴⁶, *mais aujourd'hui sa nature semble remise en cause*⁴⁷.

Une telle évolution semble résulter du fait qu'un nouvel ordre public de protection est apparu pour garantir à l'individu le droit de faire ce qui lui convient dans les limites d'un ordre public de direction, en réalité de plus en plus réduit et concernant exclusivement le couple.

Pour cette raison, on a repensé la notion de mariage, qui n'est plus seulement une union hétérosexuelle, mais, peut aussi, dans certains pays, mais pas en Italie⁴⁸, être conclue entre deux personnes de même sexe. : de ce fait, on a redéfini la conjugalité au pluriel.

En vertu de certaines décisions des Courts supranationales, le droit à s'unir par mariage est reconnu aussi aux couples de deux hommes ou deux femmes, car la procréation n'est plus un élément impératif du mariage, qui démontre l'affranchissement de ceci.

⁴⁶ Une doctrine française donne cette définition d'institution : « une situation juridique dont les règles, les cadres sont fixés d'avance par le législateur, sans que la volonté des intéressés intervienne ». Y. BUFFELAN. LANORE et V. LARRIBAU TERNEYRE, *Droit civil, introduction-biens-personnes-famille*, Dalloz, Sirey, coll. Université, 18ème éd., 2013, p. 603.

⁴⁷ Intéressant est cette réflexion : *La permanence et l'universalité du droit du mariage expriment la nécessité d'institutionnaliser et de façonner le couple humain. Cette exigence, indispensable à la société comme à l'individu, n'exclut nullement la diversité selon les temps et les lieux du droit du mariage*, in C. CLÉMENT, C. LABRUSSE-RIOU ;, M. O METRAL STICKER, *Mariage*, in *Universalis.edu*.

⁴⁸ Un A. affirme que le mariage hétérosexuel fait partie de la culture italienne, de sorte qu'il n'y a jamais eu l'exigence de prévoir une spécification législative à cet égard. F. PESCE, *La nozione di «matrimonio»: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto*, in *Rivista Diritto Internazionale Privato*, 2019, p. 809.

De nos jours, on essaye en fait de privilégier l'essence du lien entre les conjoints, pour en réglementer les relations réciproques, car le couple peut être un lien seulement horizontal entre les époux et non nécessairement vertical.

De ce fait, les thèses sur la nature contractuelle du mariage peuvent reposer sur le principe que le mariage est considéré comme un contrat entre deux parties qui s'accordent pour vivre ensemble⁴⁹ : l'accord de volontés aura pour objet la vie en commune, à savoir des obligations réciproques.

Dans cette logique, le mariage homosexuel peut trouver sa reconnaissance, car les couples de même sexe sont destinataires de la protection accordée à la vie privée⁵⁰, puis à la vie familiale, estimant que la relation qu'entretient un « couple **homosexuel** cohabitant de fait de manière stable » « relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation » ⁵¹.

Dans ce cadre, il faut commencer par analyser les différentes thèses sur la nature juridique du mariage (section 1) avant d'analyser la condition d'altérité de sexe (Section 2).

Section 1. Les différentes thèses sur la nature juridique du mariage.

Au cours du XIXe siècle et au début du XXe siècle, une controverse s'est instaurée sur la nature juridique du mariage, parce que les Codes civils

⁴⁹ Une Autrice italienne parle de « *personalizzazione* » du lien marital. E. BIVONA, *Libertà e responsabilità. préc.*, p. 844.

⁵⁰ CEDH, 22 oct. 1981, Requête 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*. In https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Homosexuality_FRA.pdf La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon elle, la restriction imposée au requérant s'était révélée par son ampleur et son caractère absolu, indépendamment même de la sévérité des peines encourues, disproportionnée aux buts recherchés, à savoir la protection « des droits et libertés d'autrui » et celle « de la morale »

⁵¹ CEDH, 24 juin 2010, aff. 30141/04, *Schalk et Kopf c. Autriche*, in Dalloz, § 94.

français et italien s'abstenaient de se prononcer sur cette question. C'est donc la doctrine qui a proposé des définitions du mariage⁵².

En France, à l'occasion des travaux préparatoires du Code civil au XIXe siècle, Portalis définissait le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et à partager leur destinée commune »⁵³. Pour Planiol, au début du XXe siècle, il s'agissait d'un contrat « parce que la véritable définition du contrat est celle-ci : un accord de volonté productif d'obligations »⁵⁴, que la loi sanctionne et que les époux ne peuvent pas rompre à leur gré⁵⁵. ».

Toutefois, toutes ces définitions doivent être actualisées, parce qu'en France, le mariage n'est plus nécessairement l'union d'un homme et d'une femme, en vue d'établir entre eux une communauté de toute la vie⁵⁶, mais il peut être tout aussi bien être contracté par deux personnes de même sexe ou de sexes différents (C. civ., art. 143 – L. no 2013-404, 17 mai 2013) : il s'agirait dans ce cas d'« un lien interindividuel relevant comme tel de la liberté individuelle »⁵⁷.

⁵² En fait, dans les textes de loi on ne trouve aucune définition de famille, comme le remarque C. ATIAS, Philosophie du droit, PUF, 4ème édition, 2016, p. 296. Dans un article on a repris la définition d'un célèbre Professeur qui disait « l'enfant fait la famille ». Il s'agit du rapport Dekeuwer – Défossez, *Rénover le droit de famille*, A. LEBORGNE, H. DAÏMALLAH, *Droits fondamentaux de la famille. Droits fondamentaux dans la famille*. In: *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 23-2007, 2008. *Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux*. pp. 503-520.

⁵³ J.-M. COQUEMA ET C. BARTHELET, *Couples, patrimoine: les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage*. 106e Congrès des notaires de France, in *La Semaine Juridique - Notariale et immobilière*, 21.05.2010.

⁵⁴ Ch. Lefebvre, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?*, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Vol. 26, Nouv. Rev. Hist. Droit Français & Etranger 300, Published by: Editions Dalloz, 1902, p. 334.

⁵⁵ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Tome Troisième*, in <http://cujasweb.univ-paris1.fr/book/app/resource/0602472874/#page/14/mode/2up>. En particulier, le « bon ordre des familles » était la « plus sûre garantie du bon ordre de la société ». Cette conviction, largement partagée, des liens entre autorité domestique et stabilité politique est pour beaucoup dans le maintien, jusqu'aux années 1880, de la très grande majorité des règles du droit familial édictées en 1804. Sur ce point, J. L. HALPERIN, *L'ordre des familles*, in J. L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804 (2012)*, Presses universitaires de France, 2012, p. 77.

⁵⁶ A. SERIAUX, *Mariage, une définition civile du mariage (prière d'insérer)*, (2005) 29 *Recueil Dalloz Sirey*, 1966.

⁵⁷ H. FULCHIRON, *Colloque « La famille a vingt ans » - Le « lien familial » - Droit de la famille n° 12*, Décembre 2016.

Dans le système juridique italien, on constate également une absence de définition du mariage⁵⁸.

Le Code civil n'affirme, en fait, que les conditions nécessaires à la célébration (artt. 84 – 142) et les effets que le mariage détermine envers les conjoints et les enfants (artt. 143 – 147) ; la Constitution, par contre, met en évidence (art. 29) seulement la notion de famille, c'est à dire la société naturelle fondée sur l, e mariage, sans qu'une définition de ce dernier ne soit donnée. Toutefois, on a observé que le mariage peut être considéré comme la construction juridique qui se caractérise par l'échange des consentements entre un homme et une femme, pour donner lieu à une union de vie, qui se fonde sur le *consortium omnis vitae*⁵⁹.

Pour cette raison, le point de référence du droit italien afin de donner une définition du mariage, a été longtemps déduit [exactement jusqu'en 1970, année de la promulgation de la loi sur le divorce] du droit canon, qui le définit comme l'union entre un homme et une femme de nature indissociable, qui s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort ⁶⁰.

Dans cette section, on examinera les différentes théories sur le recul du caractère institutionnel du mariage (Paragraphe 1) et la nature contractuelle du mariage (Paragraphe 2).

⁵⁸ En réalité, un Auteur a souligné que le terme « mariage » indique le rapport qui découle de la célébration, régi par le droit de la famille. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, 2007, p. 22.

⁵⁹ G. BONILINI, *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Giuffrè, 2016, p. 107. Le mariage se caractérise car il est un "negotium" juridique bilatéral, qui se fonde sur l'échange du consentement des époux.

⁶⁰ Les Canons n. 156, 157 et 158 du code de droit canonique définissent le mariage comme l'union entre homme et femme de nature indissociable.

Paragraphe 1. Les différentes théories sur le recul du caractère institutionnel du mariage.

De quelle nature est le mariage ? S'agit-il d'une institution sociale, d'une norme sociale régissant l'union de deux individus ? Ou est-il un contrat, un accord de deux volontés privées qui définit un « statut de couple »⁶¹?

Ce problème s'est posé de toute évidence dans le droit de la famille car le recul de l'ordre public classique, qui était un ordre public collectif, s'est traduit par la liberté laissée, en France comme en Italie, à chacun de choisir entre plusieurs statuts de couple⁶².

En fait, on ne peut plus considérer la famille tout simplement comme un groupe de personnes liées entre elles par des rapports de parenté ou d'alliance, car cette définition est insuffisante à notre époque.

Pour cette raison, une réflexion est nécessaire sur ce point car, comme toute institution sociale, le mariage évolue et il faut trouver une compatibilité entre l'ordre public général et l'ordre public individuel, construit sur la base des droits fondamentaux et du principe de non-discrimination, de façon à ce que tous les couples soient traités de la même manière, qu'il s'agisse des familles constituées par mariage ou de celles restées en dehors de ce dernier.

Des questions identiques ont été posées en droit italien afin d'enquêter sur la nature juridique du mariage, compte tenu du fait qu'il est nécessaire de conjuguer l'autorité (car le mariage impose « de sortir du point de vue contractuel, concernant l'autonomie de la personne dans son individualité, pour l'annuler »⁶³) avec la liberté, parce que la présence de l'officier de

⁶¹ H. FULCHIRON, *La famille a vingt ans*, cité.

⁶² M. GRIMALDI, *Liberté contractuelle et ordre public de la famille*, Gazette du Palais - n° hors-série 2 - page 11 Date de parution : 11/04/2017.

⁶³ Il s'agit du § 163 di G.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* [1821], trad. it. di F. Messineo, Bari 1913, p. 151 in A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in www.rivistadirittocivile.it, p. 1025 ss..

l'état civil étant nécessaire, la volonté des individus n'est pas suffisante à la constitution d'une union maritale valide.

Toutefois, un auteur a remarqué une évolution qui a déterminé le passage de la conception institutionnelle/publique du mariage, élaborée à l'époque de la domination fasciste et conforme à l'idéologie autoritaire que le régime défendait, à la conception contractuelle de cette union, qui serait directement en lien avec les valeurs de la Constitution du 1948, pour reconnaître la centralité de la personne qui compose la famille⁶⁴.

Pour cette raison, on doit mettre en évidence les thèses sur la nature institutionnelle du mariage (A), qui continuent à affirmer que la famille doit se conformer à un ordre public préétabli, et les thèses sur la nature contractuelle du mariage (B), lesquelles par contre affirment qu'on ne peut plus considérer le mariage comme une institution, car la volonté des parties l'est de nos jours prééminente.

A – Les thèses sur la nature institutionnelle du mariage en France.

Affirmer que le mariage est une institution renvoie au sens commun du terme « institution », considérée comme quelque chose de statique, qui se rattache à un ordre public général, entendu comme une organisation sociale imposée par une autorité publique⁶⁵.

En particulier, en acceptant de se marier, les parties souscrivent un « règlement » qui limite leur liberté personnelle mais en même temps leur donne une protection incontournable en tant que membres de la communauté de vie.

⁶⁴ R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I singoli contratti*, 6/2014, p. 582 et ss.

⁶⁵ Le mariage présente les caractéristiques d'une institution sociale obéissant à des règles bien définies quant aux conditions que doivent remplir les futurs époux pour pouvoir se marier. M. GRIMALDI, *Liberté contractuelle et ordre public de la famille*, *Gaz. Pal.* 11 avril 2017, n° 2921.

Pour cette raison, il faut parler d'« institution matrimoniale »⁶⁶ le mariage étant, à la différence du concubinage, une union de droit, fondée sur un acte constitutif dont le contenu est impérativement établi par la loi et duquel découle pour les époux droits et devoirs réciproques.

En fait, l'ordre public de la famille évoque une organisation rigoureuse des relations familiales et l'existence d'une autorité législative ou judiciaire⁶⁷, qui en surveille le respect⁶⁸.

Dans ce cadre, l'Etat contrôle la famille dans tous ces états, impérativement aménagés par la loi, de façon qu'on constate une subordination de son gouvernement à celui de l'autorité politique, considérée comme la seule à même d'assurer l'unité du groupe familial : « l'institution du mariage représent(ait)e pour l'État un outil permettant de prendre le contrôle »⁶⁹
A la lumière de ce cadre, il faut constater que ce n'est pas l'évolution sociale qui inspire le droit, mais le droit qui s'impose avec ses décisions aux individus.

La loi prévoit en fait un modèle conjugal incontournable auquel les parties sont obligées d'adhérer, car un modèle qui ne respecte pas les prévisions légales équivaut à la formation d'une union qui n'est pas seulement *extra legem* mais *contra legem*, de ce fait, aucun engagement n'étant possible à l'égard de la loi et donc de la société.

Pour cette raison, en droit privé, le mariage est considéré comme un moyen qui est caractérisé par la prévision de finalités communes qu'il permet de réaliser, comme la moralisation des rapports sexuels et la procréation.

En particulier, en décidant de se marier, les personnes adhèrent à un statut impératif caractérisé par le rôle limité des volontés de ses membres, qui

30 M. LAMARCHE, J.J. LEMOULAND, *Mariage: généralité*, par § 3 - Nature juridique, définition et caractères du < mariage > 32 - 52. Répertoire de droit Civil, Janvier 2014 (actualisation : Février 2017).

⁶⁷ M. LAMARCHE, J.J. LEMOULAND, *art. précité*.

⁶⁸ M. GRIMALDI, *ouvrage cité*.

⁶⁹ J. URBAN, La réception de la polygamie au regard du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets, Thèse de doctorat, Université de Perpignan, p. 16, juin 2017.

participent à la création et à la vie de l'institution, qui est définie comme un corps organique qui dépasse les volontés personnelles⁷⁰.

Puisque l'aspect institutionnel du mariage persiste, l'État effectue son contrôle tant sur les conditions de formation du mariage, que sur les modalités de sa dissolution⁷¹, car il est en tous cas exclu que les époux fassent une « famille à leur main »⁷².

En fait, les conditions de formation du mariage sont caractérisées par un ordre public directif, concentré autour d'un noyau dur de conditions fondamentales.

En particulier, la formation du mariage est subordonnée à la présence de certaines conditions de fond de nature physiologique (auparavant en France était requise la différence de sexe entre les époux⁷³ et le respect d'un âge minimal, ce qui montrait le but naturel du mariage visant à la procréation et qui justifiait le refus du mariage entre personnes de même sexe, ainsi que l'absence d'un lien de parenté très proche) et d'ordre psychologique avec l'exigence d'un consentement réel⁷⁴.

⁷⁰ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 2019, p. 10.

⁷¹ En fait, D. PERBEN affirme que « La modernisation du droit du divorce doit être compatible avec la nature institutionnelle du mariage que les autres modes de vie en couple n'ont pas altérée. Aujourd'hui, le mariage est l'expression d'un choix librement consenti (..), il est la traduction d'un engagement dont la force doit être source de responsabilités». Présentation du projet de loi devant le Sénat, séance 7 janv. 2004, compte-rendu analytique).

⁷² Expression employée par M.-A. FRISON-ROCHE, « *Une famille à sa main* ». La Famille en mutation, Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014, p. 249.

⁷³ Sur cette question, V. infra, chap.2.

⁷⁴ Il faut, en outre, remarquer qu'aucune maladie ne peut à elle seule interdire le mariage, tant le droit français qu'italien s'accordent sur le fait que la maladie physique ne peut faire obstacle à sa célébration, à condition qu'elle n'ait aucun effet sur l'intégrité psychologique et sur l'expression du consentement. En France, la loi de simplification du droit n. 2007 - 1787 20 décembre 2007 a supprimé la prévision du Code civil (art. 63) qui imposait aux futurs conjoints de présenter un certificat délivré dans les deux mois avant la célébration du mariage. Avant le mariage, il fallait en fait accomplir de façon obligatoire un examen médical, dont le résultat n'était communiqué ni à l'autre conjoint, ni à l'officier de l'état civil, mais seulement à l'intéressé, pour respecter l'intimité de la vie privée et la liberté matrimoniale de chacun.

Ainsi, l'officier d'état civil obligé à l'accomplissement des formalités de publication de mariage, ne pouvait procéder à ladite publication qu'après avoir reçu ce certificat attestant que les intéressés avaient été dûment examinés en vue du mariage.

Il est requis aussi qu'il ne subsiste pas un précédent lien de mariage non dissous, car la loi interdit la bigamie et la polyandrie, s'agissant d'une condition impérative qui ne peut pas faire l'objet d'une dispense et qui pour cette raison serait sanctionnée par la nullité absolue du deuxième mariage et par la prévision de sanctions pénales⁷⁵.

Contrairement à ce qui se passe en matière de PACS⁷⁶, l'État contrôle que la volonté des mariés existe et qu'elle est sérieuse⁷⁷, mais des difficultés peuvent se présenter parce que si les époux ont consenti à la célébration sans avoir une réelle intention matrimoniale, il s'agit d'un mariage blanc susceptible être annulé.

Le droit de s'unir en mariage est aussi bien protégé contre les limitations que les particuliers peuvent y apporter, ainsi, les époux ne peuvent pas se dispenser de l'obligation de fidélité⁷⁸, contrairement par exemple, à ce qu'il est possible de vérifier en matière de contrat de bail, où il est admis de s'accorder sur les temps et les modalités de paiement du loyer. En fait, les

Une telle obligation n'a jamais été prévue par le droit italien, où l'élément déterminant l'invalidité du mariage n'est pas la maladie ni physique ni mentale en soi, mais l'erreur du conjoint qui n'a eu aucune connaissance du réel état sanitaire de l'autre ou qui ignorait les effets de la maladie sur la vie conjugale.

75C'est à l'examen de la copie intégrale de l'acte de naissance de moins de trois mois (six mois si elle a été délivrée dans une colonie ou un consulat) remis par chacun des futurs époux à l'officier de l'état civil qui doit célébrer leur mariage (*C. civ., art. 70*) qu'il est possible de constater l'existence d'un précédent mariage non dissous. En effet, la mention de toute célébration de mariage est apposée en marge de l'acte de naissance de chacun des époux (*C. civ., art. 76*). Mais cela suppose encore que la production de cet acte soit possible. En dehors des cas spécifiés par la loi (*C. civ., art. 46 et 47*), aucun autre mode de preuve ne peut être admis. La Cour de cassation fait une application rigoureuse de cette prohibition en l'appliquant même lorsque les époux qui ont contracté le premier mariage et ceux qui ont contracté le second mariage sont les mêmes (*Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, n° 00-19.838*).

76 Personne ne contrôle l'intention partenariale des candidats à cette forme de conjugalité. Le greffier du tribunal, qui enregistre la déclaration de Pacs, n'a pas non plus le pouvoir de saisir le parquet s'il a des doutes sur les intentions des partenaires. En fait, le greffier vérifie seulement la recevabilité de la déclaration conjointe, car il n'existe pas de procédure en « opposition » à PACS, à l'image de la procédure d'opposition au mariage.

77 Le consentement n'est valablement donné que s'il est conscient et réfléchi, mais si au-delà de la cérémonie il n'y a ni consommation de l'union sexuelle, ni communauté de vie, il s'agit d'un mariage blanc susceptible d'être annulé.

78Toutefois, certains viennent à solliciter la suppression de l'obligation de fidélité, vestige d'une conception religieuse du mariage, qui d'ailleurs ne retient plus l'attention du juge lors du divorce. (*C. Mécar, Mariage pour tous : ouverture de tous les droits : Le Huffington Post, 27 janv. 2013*).

époux acceptent des devoirs et des obligations d'ordre public auxquels ils ne peuvent déroger par des accords privés.

Pour cette raison, on affirme que le droit au mariage et les devoirs qui en découlent présentent un caractère d'ordre public, qui est un ensemble de règles construit par la loi et imposé à quiconque veut se marier.

En acceptant ces devoirs, en fait, les époux abandonnent une partie de leur liberté individuelle, car la volonté personnelle n'intervient que pour adhérer à cette institution⁷⁹.

Toutefois, la doctrine qui définit le mariage comme une institution n'est pas elle-même univoque.

Il est vrai en fait que pendant longtemps, le mariage n'échappait pas à la volonté des époux qui ne pouvaient pas le rompre à leur gré, mais depuis 1975 la situation a beaucoup changé.

En fait, la réforme du divorce par consentement mutuel a dépassé le système juridique qui prévoyait que, pour divorcer, il fallait invoquer des fautes regroupées en deux catégories.

En particulier, on constatait l'existence des fautes constituant des causes péremptoires de divorce (l'adultère et la condamnation à une peine afflictive et infamante pour lesquels le juge était obligé de prononcer le divorce aux torts exclusifs du fautif) et des causes facultatives du divorce (excès, sévices et injures dont la gravité était soumise à l'appréciation du juge).

Cependant, les conditions de formation du mariage sont toujours marquées par l'existence d'un ordre public «matrimonial»⁸⁰, concentré autour d'un noyau qui se compose de conditions fondamentales, c'est-à-dire des conditions de fond dont la sanction par la nullité absolue en cas d'inobservation montre bien l'importance (C. civ., art. 184). En outre, la prévision du consentement des futurs époux (C. civ., art. 146), l'absence d'un précédent mariage non dissous (C. civ., art. 147), l'absence d'un lien de

⁷⁹ G. RAYMOND, M. C. DELFOSSE, Fasc. 10 MARIAGE . – *Les conditions à réunir dans la personne des époux; Jurisclasseur Code civil art. 143 – 147*. Date du fascicule : 24 Janvier 2014, Date de la dernière mise à jour : 12 Juin 2017.

⁸⁰ M. LAMARCHE, J. J. LEMOULAND, *art. précité*.

parenté trop proche (C. civ., art. 161 s.) constituent aussi des conditions impératives d'ordre public.

Ce cadre évolue, donc, dans la direction de l'adaptation des choix personnels à ce qui est prévu par la loi en matière d'institution familiale, sans tenir compte des exigences des époux, de leur liberté et du principe de non-discrimination en la matière sexuelle.

La famille apparaît comme un prolongement de l'Etat, comme un moyen de protection de l'unité du groupe familial, ce qui auparavant attribuaient des pouvoirs spécifiques au mari - père, qui exerçait le pouvoir de puissance sur les composants de la famille et aussi au niveau sanctionnateur.

Toutefois, les standards juridiques familiaux semblent aller de nos jours dans une direction contraire, comme confirmé par l'allègement du cadre institutionnel de la famille qui trouve confirmation dans l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

Ceci met en fait en discussion la première règle de la famille, c'est-à-dire sa composante procréatrice, au profit du mariage comme « lieu » d'échange de sentiments entre deux personnes.

B – Les thèses sur la nature institutionnelle du mariage en Italie.

La doctrine qui affirme la construction du mariage dans sa dimension institutionnelle trouve son fondement dans l'existence de dispositions impératives de la loi, qui se trouvent dans le Code civil, lesquelles apportent une protection exclusive à la famille légitime, la seule susceptible d'être considérée comme « famille » à l'époque où cette théorie a été élaborée⁸¹. En réalité, il faut constater que de la même manière se pose la Constitution du 1948, qui semblerait avoir indiqué, selon une doctrine⁸², que le mariage

⁸¹La famille constitue la première forme de société, née pour satisfaire les exigences de la personne humaine, de sa naissance jusqu'à son décès, et le fondement de la société civile. Pour cette raison, le droit de la famille fait l'objet d'une réglementation publique.

⁸² C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, www.dircost.unito.it, 2010, p. 18.

est le seul moyen apte à fonder une famille, régi par la loi nationale des conjoints.

De ce fait, les autres modes d'union devraient être regardés à l'instar de simples « formations sociales », protégées à la lumière de l'art. 2 de la Cost.⁸³, car la famille est le corpus social découlant du mariage, lequel pose des droits et des devoirs réciproques et indérogeables pour ses composants⁸⁴.

De même, la Constitution du 1948, semblerait avoir indiqué le mariage comme le moyen exclusif pour fonder une famille.

Les autres unions ne peuvent pas, en fait, être considérées à même de créer le *consortium familiare*, compte tenu du texte de l'article 29, qui affirme expressément : « La famille est la société naturelle fondée sur le mariage ». Cela signifie que la famille exerce une fonction sociale, qui la différencie des autres groupes protégés par le droit privé, qui se fondent sur un acte d'autonomie des parties.

En fait, pour ces derniers, la constitution garantit aux parties à la négociation une liberté et une capacité de décision là où ces pouvoirs concernent leur intérêt personnel ; par contre, dans le mariage, l'intérêt de chacun est sacrifié à l'avantage de l'intérêt commun du groupe familial, ce qui interdit que les prévisions en la matière puissent être contournées.

Le mariage ne peut jamais être considéré comme un fait privé, de nature contractuelle, car il présente une structure qui est dictée par des sources juridiques différentes de la volonté des parties et parce que les effets du mariage ne résultent pas d'un acte d'autonomie privée. La modulation de ces derniers serait en tous cas exclue pour les parties, comme confirmé

⁸³ L'art. 2 de la Const. Italienne établit que la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, comme individu et comme membre de formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé.

⁸⁴ Comme un Auteur l'a affirmé dans l'art. 29 de la Const. italienne, il est prévu un modèle d'organisation familiale fondé sur l'égalité juridique et morale des conjoints, dans les limites indiquées par la loi à protection de l'unité du groupe familial. A. Cataudella, La famiglia fondata sul matrimonio, in *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, 2005, p. 7.

auparavant par le Texte de l'art. 149, al. 1, du Code civil, qui établissait que le mariage cesse seulement après la mort.

Un Auteur⁸⁵ a observé, en plus, que l'élément sur lequel les relations familiales se fondent n'est pas le droit mais le devoir, tel que les relations familiales se fondent sur une base caractérisée par l'impérativité, ce qui exclut tout rôle de l'autonomie privée : la liberté des futurs conjoints n'est pas complètement libre. En fait, les mariés forment une famille, où il n'existe pas d'intérêts qui s'opposent entre eux, mais un seul intérêt auquel les époux doivent configurer leur vie.

Dans le cas contraire, on observerait en fait un modèle de famille non uniforme, mais flou et fragile.

Pour cette raison, la Constitution italienne reconnaît et valorise l'autonomie des parties, mais non dans sa dimension technique –juridique, c'est-à-dire sous - forme de capacité de s'organiser de façon autonome, comme cela se voit en matière de contrat.

Le mariage est en fait soumis au principe de l'indisponibilité et ses effets aussi, comme prévu à l'article 160 du Code civil ⁸⁶ ; de ce fait, l'union maritale ne peut pas être considérée comme un «emballage », que les conjoints peuvent remplir selon leur désir⁸⁷, comme ils s'accordent pour stipuler un contrat de vente ou de location immobilière, qui permet l'affirmation de la volonté personnelle des parties dans les limites de l'ordre public, mais, par contre, une institution qui présente un contenu minimal essentiel et impératif, qui permet de distinguer entre les limitations de la liberté maritale admises (par exemple, interdiction du mariage entre les personnes liées entre elles par lien de parenté) et les limitations injustifiées

⁸⁵ A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, cit, p. 1031.

⁸⁶ L'art. 160 du Code civil dispose que Les époux ne peuvent pas déroger aux droits et aux devoirs du mariage. Cette affirmation confirme encore une fois que toutes situations subjectives seraient indisponibles, c'est-à-dire soustraites à l'autonomie des parties. Les effets du mariage ne sont pas le résultat d'une décision des parties, car leur volonté est subordonnée aux dispositions impératives de loi.

⁸⁷ A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, cit., p. 1031.

(en référence à l'interdiction pour l'étranger en situation irrégulière de se marier⁸⁸).

Comme on peut, donc, le constater, le mariage est soumis aux limites posées par le système juridique : une valide célébration du mariage requiert impérativement la présence de l'officier de l'état civil, qui vérifie l'existence d'un consentement libre des parties et rédige l'acte de mariage, et qui ne tolère aucune échéance ou condition (art. 108 du Code civil)⁸⁹.

Cette présence est considérée comme la confirmation de l'existence d'un intérêt public, car la déclaration de l'Officier de l'état civil a une valeur constitutive du mariage, le consentement étant seulement une condition préalable à l'accomplissement de l'acte de mariage par cette Autorité publique⁹⁰.

Dans ce contexte, on croit donc que le consentement des époux n'est que la condition nécessaire pour l'intervention de l'officier civil qui déclare les parties mariées, car il a le pouvoir et l'autorité de constituer le mariage, après l'engagement des époux devant la société qui reconnaît le lien constitué entre eux à travers une procédure administrative.

L'intérêt public est prééminent car l'Etat participe activement au mariage qualifiable d'acte juridique complexe, qui se fonde sur le concours des volontés des parties, qui manifestent à l'extérieur leur commune volonté de s'engager et de maintenir la communauté de vie, et de l'officier de l'état civil, qui prononce la formule d'union « je vous déclare mari et femme ».

Les motivations à la base de la théorie institutionnelle du mariage se retrouvent dans la perspective d'assurer la supériorité du groupe, qui

⁸⁸ Une décision de la Cour constitutionnelle a déclaré partiellement illégitime l'art. 116 du Code civil, qui disposait que la personne étrangère devait produire à l'Officier de l'état civil un certificat pour attester la régularité du séjour en Italie. Cour constitutionnelle, 20 juillet 2011 n. 245, in www.consultaonline.it.

⁸⁹ En ce sens, V. infra Chapitre 2.

⁹⁰ Cette prévision est conforme aux théories juridiques qui affirment la nature institutionnelle du mariage. Sur tous, A. Cicu, *Il diritto di famiglia, Teoria generale*, Roma, 1914, p. 215.

constitue la communauté familiale⁹¹, de sorte que la solution aux différents problèmes de la famille doit être recherchée en considération de l'existence de cet intérêt primaire.

En adhérant à cette « idée » juridique de mariage, aucun accord n'est envisageable, que ce soit par exemple en matière d'obligation de contribution, de fixation d'un domicile séparé, de choix d'un régime patrimonial a – typique ou d'accords lors de la séparation.

Toutefois, en Italie également, la rigueur de cette théorie est discutée par ceux qui soulignent le rôle et l'importance accrue de la « règle privée », dans la mesure où il est permis d'exercer un pouvoir de disposition ou de réglementation face à certaines obligations.

Paragraphe 2. Les thèses sur la nature contractuelle du mariage.

La Constitution française du 1791 définissait le mariage comme un contrat civil.

Ce principe constitutionnel, ainsi que les textes de 1792 concernant le mariage et le divorce, étaient le résultat d'un processus d'instrumentalisation du contrat en matière de mariage, dont le but était de justifier la prévalence du pouvoir de l'Etat au détriment de celui de l'Eglise.

La conséquence de cet état de chose était que le consentement des époux était considéré non comme la condition essentielle de la validité du contrat, mais comme son essence même⁹².

De nos jours, la nature contractuelle du mariage trouve son fondement dans la constatation que la structure traditionnelle de la famille doit être totalement reconsidérée, parce que chacun peut gérer sa vie familiale en pleine autonomie. En fait, la liberté individuelle primerait sur l'intérêt collectif de la famille.

⁹¹ A. RUGGIERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione ed innovazione*, in *Il Sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Atti del Convegno 27 – 29 settembre 2018, Catania, a cura di U. Salanitro, p. 81.

⁹² J. P. AGRESTI, *Que reste-t-il du divorce sans juge de 1792*, *Revue de droit de famille*, 01/01/2017.

On constate, toutefois, que les diverses institutions sociales, politiques et religieuses se rapportent toujours au groupe familial et non à l'individu le composant.

De ce fait, on analysera la diffusion de la thèse contractuelle du mariage en France (A) et la diffusion de la thèse contractuelle du mariage en Italie (B).

A – La diffusion de la thèse contractuelle du mariage en France.

La diffusion des mouvements de protection des droits de l'individu est progressivement apparue, transformant pour ceux qui en affirment sa nature contractuelle, le mariage en un contrat⁹³.

De nos jours, en fait, l'aspect contractuel du lien de mariage a une importance accrue, puisque la volonté des époux est essentielle dans la formation du mariage⁹⁴.

Le mariage n'est plus donc un modèle imposé par l'extérieur, mais un choix qui reflète les décisions personnelles en matière affective.

En particulier, on affirme que « *la volonté permet une responsabilisation des acteurs de la famille qui s'approprient la gestion de leurs relations en même temps qu'elle assure un strict respect de leur vie privée* »⁹⁵,

⁹³ « La contractualisation nous semble ainsi pouvoir être définie comme la transposition du modèle de l'accord de volontés dans une institution ou un mécanisme » et « (...) a été favorisée par un recul de l'impératif dans les relations familiales, un affaiblissement du principe d'indisponibilité de l'état des personnes » : cette affirmation est de R. CABRILLAC, *La contractualisation du lien familial, l'exemple des régimes matrimoniaux*, in C. SIFFREIN BLANC, J. P. AGRESTI, E. PUTMANN, *Lien familial, lien obligationnel, lien social*. Livre I; Presses universitaires d'Aix Marseille, 2013, p. 94. La prégnance de la dimension contractuelle a été renforcée à la faveur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 qui a réécrit les articles 143 (« *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ») et 144 du Code civil (« *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus (...)* »). En particulier, on observe que cette ouverture, en modifiant le fondement même du mariage qui devient simple consécration légale de la vie de couple, met en exergue son aspect subjectif, individuel et conforte assurément la dimension contractuelle.

⁹⁴ JEAN-MICHEL COQUEMA, C. BARTHELET, *Couples, patrimoine: les défis de la vie à 2*, cité.

⁹⁵ S. AMRANI-MEKKI. *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille*, in *Gazette du Palais* - 11/04/2017, page 4.

De ce fait, il apparaît un nouvel ordre public, plus souple à l'égard du couple, différent de l'ordre public classique, qui n'est plus collectif mais individuel⁹⁶, parce qu'il assure la défense des particuliers et non plus de l'intérêt général⁹⁷.

En fait, le droit du couple a progressivement perdu son caractère d'ordre public directionnel, lorsque les doctrines individualistes ont été diffusées, et ainsi la famille n'est plus considérée comme un groupe unitaire, mais comme un ensemble d'individualités dont il faut sauvegarder l'indépendance.

En particulier, l'évolution des mœurs a eu pour effet l'évolution de la conception de famille. En fait, elle n'est plus quelque chose d'immuable, de statique, qui ne change pas à travers les époques, mais au contraire quelque chose de vivant, afin que le droit prenne en compte toutes transformations sociales.

Cette évolution tient compte du fait que les mariés sont les protagonistes de leur union, car ils en aménagent contractuellement les effets ainsi que sa rupture.

Donc, l'élément fondant l'union maritale se trouve dans le consentement des seuls époux, c'est-à-dire de deux individus qui ne se conforment plus à un ordre public préexistant. Pour cette raison, le mariage pourra être considéré comme un contrat.

Cette assimilation sera de plus en plus évidente si on mène une comparaison avec l'article 1128 du code civil issu de l'ordonnance en date du 10 février 2016, car le mariage, comme le contrat, exige le consentement des futurs conjoints (et aussi une capacité).

Cet état de fait conduit, donc, à définir le mariage comme un accord de volontés engendrant des droits et des obligations entre les parties, ce qui

⁹⁶ Cet ordre public peut être défini comme la structure élémentaire de toute vie authentiquement sociale, telle bien sûr que la conçoit une société donnée. ALAIN SÉRIAUX, Le juriste face au droit de la famille, Droit de la famille n° 6, Juin 2001, chron. 13.

⁹⁷ On constate, en fait, que la rigidité du droit de la famille contraste avec la liberté des mœurs qui caractérise les sociétés contemporaines.

est, en outre, confirmé par plusieurs textes qui prévoient d'ailleurs la nullité du mariage pour un défaut ou un vice du consentement⁹⁸.

La tournure catégorique de l'article 146 du Code civil confirmerait cette évolution, en subordonnant l'existence du mariage à la volonté personnelle des époux et en établissant qu'il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas de consentement.

Ce dernier constitue en fait l'essence de l'union entre conjoints, même s'il ne suffit pas en cas d'incapacité due à la minorité. Pour les majeurs le droit a changé avec la loi du 23 mars 2019 et l'autorisation du tuteur ou curateur n'est plus nécessaire.

Dans ce cas, en fait, le droit exige le consentement de diverses personnes, sous peine de nullité du mariage. Le mariage d'un mineur est ainsi subordonné au consentement de ce dernier et aussi à celui de sa famille proche, c'est-à-dire des pères et des mères vivants, ou d'un seul d'eux en cas de désaccord⁹⁹. En outre, on demande le consentement du parent survivant si l'un des deux est décédé ou est empêché de manifester sa volonté¹⁰⁰.

Pour cette raison, certains auteurs¹⁰¹, observant la phase de sa constitution, ont affirmé que le mariage doit être considéré comme un contrat.

L'adhésion à cette théorie est confirmée en outre par l'évolution du Code civil, où la tentative de favoriser le mariage est évidente et liée, soit à

⁹⁸ il s'agit des articles 146 du Code civil français (Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement) et 180 du Code civil italien (le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage).

⁹⁹ Sur ce point, il faut voir l'art. 148 du Code civil.

¹⁰⁰ A cet égard, il y a l'art. 149 du Code civil.

¹⁰¹ LEFEBVRE, *Le mariage n'est-il qu'un contrat*, Nouv. rev. hist. 1902. 300. – HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, Sirey, p. 200 s., et spéc. p. 676. – BRODERICK, *La notion d'institution de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat*, Archives de philosophie du droit, 1968, p. 143. – COSTE-FLORET, *La nature juridique du mariage, ce qu'elle est dans le code civil, ce qu'elle devrait être*, thèse, Montpellier, 1935. Références contenues dans le Texte de M. LAMARCHE, J. J. LEMOULAND, *art. précité*.

l'assouplissement des formalités légales à ce but nécessaire, soit à la recherche d'une plus grande collégialité dans la prise des décisions.

En fait, les époux ont de nombreuses occasions d'exprimer de façon plus ou moins directe la persistance de leur accord : quant au choix de la résidence familiale (C. civ., art. 215, al. 2), parce que, même si l'obligation de communauté de vie subsiste, c'est de l'accord des époux que dépendent désormais ses modalités d'exécution ; quant au nom de leurs enfants (C. civ., art. 311-21 à 311-24), quant au gouvernement de la personne (C. civ., art. 372 s.) ou à l'administration des biens de ces derniers (C. civ., art. 389 s.).

Toutefois, la plupart des auteurs adhèrent à une conception mixte du mariage : le mariage est en fait considéré parfois comme un contrat et parfois comme une institution, c'est-à-dire un contrat lorsque l'on désigne l'accord de volontés qui le crée¹⁰², une institution lorsqu'on considère le statut marital qui en résulte¹⁰³ (les droits et les obligations qui le mariage fait naître échappent à la volonté personnelle¹⁰⁴).

La doctrine qui partage la thèse contractuelle du mariage a toutefois affirmé qu'il s'agit d'un contrat particulier, car la volonté des parties ne peut pas en régler les effets librement, car même l'article 1104 du Code civil, en matière de liberté contractuelle, en explique la fonction, lorsqu'il avertit que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

Face à cet état de fait, une telle évolution ne peut pas être perçue comme prônant une totale affirmation du caractère contractuel, car plusieurs éléments témoignent de la persistance du caractère institutionnel du

¹⁰² G. GOUBEUX et P. VOIRIN, *Droit civil*, Tome 1, LGDJ, coll. Manuel, 34^{ème} éd., 2013, p. 93.

¹⁰³ L. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, 2004, PUF Quadrige, no 522. – COURBE et GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 6^e éd., 2013, Sirey, no 56. – MALAURIE et AYNÈS, *Droit civil. La famille*, par MALAURIE et FULCHIRON, 4^e éd., 2011, Defrénois, no 111. – MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les personnes*, 3^e éd., 1976, Sirey, p. 74. – H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3^e vol., La famille, 7^e éd., par LEVENEUR, 1995, Montchrestien, no 711. – TERRÉ et FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, 8^e éd., 2011, Précis Dalloz, no 69. – BÉNABENT, *Droit de la famille*, 2^e éd., 2012, Montchrestien, no 110. – CORNU, *Droit civil. La famille*, 9^e éd., 2006, Montchrestien, nos 155 et 160.

¹⁰⁴ P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2021, p. 48

mariage : par exemple, le mariage nul produisant des effets à l'égard des enfants, même si aucun des époux n'était de bonne foi, situation qui est considérée comme un signe évident de la prééminente nature sociale du mariage¹⁰⁵.

Le mariage, en outre, ne se borne pas à établir entre les époux des droits et des obligations rappelant les rapports entre créancier et débiteur, car il crée l'état d'époux et il fonde une famille, dépassant la volonté individuelle des parties.

Il n'est pas admis, donc, que les parties décident d'adhérer à un modèle marital totalement régi par l'autonomie personnelle.

En particulier, si le contrat se pose comme modèle de réglementation de la volonté personnelle, pour la création, la modification et la dissolution des instances patrimoniales des parties, il n'est pas possible de subordonner au même régime les choix concernant le statut de la personne.

De ce fait, on constate la reconnaissance d'une marge d'appréciation des parties en ce qui concerne certains aspects, mais aussi la persistance d'un noyau dur, incontournable du mariage, imposé à la protection de l'intérêt général, car les conjoints sont destinés à vivre dans la société.

En fait, l'éloignement progressif du caractère institutionnel du mariage peut donner lieu à des incertitudes tant sur les contours de la famille que sur les objectifs que l'autorité fixe dans la politique familiale. Pour cette raison, il est impossible que l'autonomie personnelle s'étende jusqu'à admettre la constitution d'une union entre frères et sœurs ou père/mère et leurs enfants.

Si la thèse contractuelle de la nature juridique du mariage peut être affirmée dans la mesure où elle valorise l'évolution des mœurs dans la direction du pluralisme et de la liberté, comme marqué par l'expansion des droits de l'homme qui ont fait de l'égalité la devise quotidienne du couple,

¹⁰⁵ Un A. constate, en fait, qu'il y a un noyau dur d'ordre public, sur lequel l'autonomie personnelle liberté recule, par exemples en droit de la famille *stricto sensu* sont nulles les conventions sur l'obligation alimentaire; en droit des régimes matrimoniaux, la liberté des conventions matrimoniales ne permet pas aux époux de déroger au régime primaire, ni à la solidarité des dettes ménagères. Sur ce point, M. GRIMALDI, *Liberté contractuelle et ordre public de la famille*, *Gaz. Pal.* 11 avril 2017, n° 292d1, p. 11.

en réalité, après la célébration du mariage les époux relèvent d'un statut impératif de base, imposé par la loi, auquel on ne peut pas déroger. Ils peuvent uniquement apporter une réglementation aux obligations auxquelles ils s'engagent, sans en créer de nouvelles.

Des questions identiques ont été posées en droit italien afin de réfléchir à la nature juridique du mariage, compte tenu du fait qu'il est nécessaire de conjuguer l'autorité (car le mariage impose « de sortir du point de vue contractuel, concernant l'autonomie de la personne dans son individualité, pour l'annuler»¹⁰⁶) avec la liberté, parce que la présence de l'officier de l'état civil étant nécessaire, la volonté des individus n'est pas suffisante à la constitution d'une union maritale valide.

Toutefois, un auteur a remarqué une évolution qui a déterminé le passage de la conception institutionnelle/publique du mariage, élaborée à l'époque de la domination fasciste et conforme à l'idéologie autoritaire que le régime défendait, à la conception contractuelle de cette union, qui serait directement en lien avec les valeurs de la Constitution du 1948, pour reconnaître la centralité de la personne qui compose la famille¹⁰⁷.

B – La diffusion de la thèse de la nature contractuelle du mariage en Italie.

Contrairement à ceux qui défendent la thèse de la nature institutionnelle du mariage, des auteurs¹⁰⁸ affirment en revanche la nature contractuelle de ce lien, afin de valoriser l'autonomie des parties, parce qu'il n'est plus possible de considérer le mariage comme un acte des pouvoirs publics¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Il s'agit du § 163 di G.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* [1821], trad. it. di F. Messineo, Bari 1913, p. 151 in A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in www.rivistadirittocivile.it, p. 1026 ss.

¹⁰⁷ R. AMAGLIANI, *Appunti*, art. précité, p. 583.

¹⁰⁸ Par exemple, R. AMAGLIANI, *Appunti*, art. précité, p. 583.

¹⁰⁹ Le mariage est considéré comme l'acte des époux, fondé sur leur volonté commune, dont l'existence est certifiée par l'Officier de l'état civil.

En particulier, le mariage fait partie d'une série d'actes qui fondent une communauté familiale¹¹⁰, parce que la notion de famille ne peut plus rester fondée sur une célébration, en vertu d'une constatation d'une tendance au dépassement de la conception du mariage comme un moment constitutif d'un statut¹¹¹.

Cette évolution est marquée par plusieurs décisions des Cours constitutionnelles qui, depuis les années 1960, ont déclaré contraires à la Constitution italienne les dispositions de loi qui légitimaient une disparité de traitement entre conjoints, par exemple des normes qui punissaient de manière moins grave l'adultère du mari¹¹², pour mieux valoriser les intérêts personnels des composant la famille *uti singulis*¹¹³, au détriment de l'institution familiale dans sa complexité¹¹⁴.

Cette thèse reconnaît donc la centralité de l'autonomie des parties¹¹⁵, membres d'une formation sociale, qui se fonde sur le choix conjoint de donner une reconnaissance juridique à un antérieur et réciproque lien affectif et solidaire, tel qu'il en découle la nécessité de substituer au pouvoir décisionnel du mari une gestion de type paritaire entre les conjoints, impliquant une méthode de gestion de la relation familiale caractérisée par la recherche du consentement¹¹⁶.

¹¹⁰ P. ZATTI, *Familia, familiae, Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, p. 344 ss.

¹¹¹ DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in *Justitia*, 2012, p. 129.

¹¹² Cour Const. 19.12.1968 n. 126, 18.12.1968 n. 127, 03.12.1969 n. 147. Dans ces décisions, le Juge des lois déclare non conforme au principe d'égalité ex art. 3 Const. les prévisions des articles 558-559 C.p., qui punissait l'adultère du mari seulement dans cas exceptionnels, tandis que celui de la femme était considéré toujours comme cause de séparation pour faute.

¹¹³ La femme n'est plus soumise à la *potestas maritalis*, ce qui était contraire à l'esprit de coopération, qui caractérise l'union de mariage et à l'identique dignité sociale, dont les époux sont titulaires, comme l'établit l'art. 3 de la Constitution.

¹¹⁴ C'est dans cette logique qu'on peut considérer que le mariage peut être dissous. Dans la Constitution, il n'a pas été accepté le débat autour de la nature indissoluble du mariage (194 contraires votes contre 191), M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cité, p. 9.

¹¹⁵ C'est désormais l'individu qui est appréhendé comme être singulier : cette affirmation est de A. LE BRAS-CHOPARD, *Le mariage pour tous*, Dalloz, 2017, p. 16.

¹¹⁶ P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione personale*, in *Trattato Rescigno*, Utet, 1996, 80 ss.

La valorisation de l'accord est donc importante, comme on peut le constater par les prévisions du Code civil en matière de conditions de mariage et d'invalidités, pour lesquelles les profils de liberté et de conscience dans l'accomplissement du choix marital sont centraux.

En particulier, la réforme de la discipline de l'erreur montrerait la protection accordée aux personnes. Avant la réforme de 1975¹¹⁷, en fait, aucune place n'était accordée à l'erreur sur l'existence des maladies physiques, sexuelles ou psychiques, ni à l'existence d'une décision pénale de condamnation, en un mot aucune considération n'était donnée aux qualités personnelles de l'autre partie¹¹⁸.

De nos jours, en revanche, le consentement n'est pas valorisé seulement dans la phase de constitution du lien, mais aussi dans l'accomplissement des choix conjugaux concernant la filiation¹¹⁹.

Tout ce qui a été affirmé ci-dessus montre, donc, que l'accord représente le moment où l'autonomie des conjoints se manifeste libre de toutes implications extérieures concernant les décisions comme le choix de la résidence commune¹²⁰ et l'accomplissement des devoirs conjugaux, ou de nature strictement patrimoniale, comme le choix du régime patrimonial, etc.

Pour cette raison, il serait naturel de considérer le mariage comme un « *negotium juridique* », ou pour mieux le dire, le « *negotium* » le plus

¹¹⁷ Il s'agit de la réforme de la discipline du droit de la famille, n. 151 19.5.1975.

¹¹⁸ De nos jours, il est important de souligner la prévision de l'art. 122, al. 2, du Code civil, qui établit que le mariage peut faire l'objet d'une demande en annulation lorsqu'on constate une erreur sur l'identité ou sur les qualités essentielles de la personne de l'autre conjoint. Le code civil français à l'art. 180, al. 2, établit que « s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ».

¹¹⁹ On fait référence à la loi 10.12.2012 n. 219 et au D. Lgs. 28.12.2013 n. 154, qui suppriment toutes différences de statut entre enfants, conditionnés par le lien entre parents, mariés ou simplement cohabitants. Ces dispositions de loi prévoient que la matière de la filiation permet directement de protéger les intérêts des enfants, de façon qu'on abandonne le système de ladite « potestà » au profit de celui de la « responsabilité », qui souligne mieux la recherche de l'intérêt du mineur qui n'est pas susceptible d'être sacrifié au nom de l'intérêt prééminent de la famille.

¹²⁰ En particulier, le rôle du consentement est fortement évident en matière de fixation de la commune résidence : cette prévision produit l'effet de rendre effectivement égalitaire le rôle des époux dans le mariage, sans introduire un régime consensuel permanent, car le rapport conjugal découle de la loi, en vertu du consentement initial.

important, qui se caractérise par une forme spécifique, de nature personnelle et qui est à même de produire des effets typiques, l'aspect économique exclu¹²¹.

En particulier, cette qualification vise à renforcer l'autonomie qui permet à chacun de choisir de se marier ou non, en un mot de reconnaître le rôle du consentement, qui est central dans l'évènement marital, comme il est confirmé par les dispositions du Code civil, qui concernent l'âge minimal pour se marier, qui a été élevée à 18 ans révolus pour tous¹²², ainsi que la crainte et la simulation.

Ces dispositions confirment, donc, que cet élément est à la base de la complexe organisation de la famille et qu'il est une expression de la privatisation du mariage¹²³, dans une logique qui privilégie l'individu et non l'institution.

Une conséquence logique serait que, si la famille est considérée comme une société naturelle, elle ne peut pas découler d'un acte de l'autorité civile, mais seulement de la volonté des époux ; la déclaration de l'officier de l'état civil n'a en fait aucune efficacité constitutive de l'union maritale, car elle serait une expression de la constatation publique des noces permettant de donner au lien marital une certitude formelle: comme indiqué à l'article 107 du Code civil, l'officier de l'état civil reçoit le consentement des époux.

Toutefois, cette famille « privatisée », c'est-à-dire dépourvue de tous les aspects publics et du caractère institutionnel, obéit à une logique fortement individualiste¹²⁴, qui ne tient pas compte du fait que, par exemple, en matière patrimoniale, l'autonomie privée joue un rôle très limité, si on fait

¹²¹ Encore une fois, sur le point, R. AMAGLIANI, *Appunti*, art.précité, p. 586.

¹²² Art. 84 du Code civil italien et art. 144 du Code civil français. Ce dernier a été modifié par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, qui a enfin prévu que "*L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus*".

¹²³ P. ZATTI, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di Diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002, vol. I/1, Introduzione, 1 ss., spec. 19 ss.

¹²⁴ Un Auteur affirme que l'art. 29 de la Const. est une expression qui indique que les individus sont titulaires de droits dans le contexte familial. P. BARCELLONA, voce *Famiglia* (dir. Civ.) in *Enciclopedia diritto*, XVI, Giuffrè, 1967, p. 783.

référence aux dispositions en matière de succession nécessaires au profit du conjoint, comme cela est prévu par l'art. 540 du Code civil ¹²⁵.

Pour cette raison, en Italie également, il faudrait plutôt «composer » une théorie de la nature juridique du mariage « mixte ».

Comme la doctrine française l'a aussi reconnu, le droit italien devrait adhérer à une notion de mariage qui associe le côté institutionnel à celui contractuel.

Concernant les vicissitudes personnelles des parties, le mariage doit être réglé dans ses aspect généraux, en particulier à l'égard de ses conditions de forme et de fond, mais au- delà de ces règles il est possible de laisser les parties libres de gérer leurs relations personnelles.

La contractualisation de la famille vise, en fait, à permettre aux individus de disposer de leur droit à la vie familiale en l'ajustant à leurs attentes, avec la liberté de faire ce qu'ils désirent et ce mécanisme ne se posera pas en contradiction avec la prévision de l'article 160 du Code civil.

Cet article établit en fait qu'il n'est pas admis de déroger aux droits et aux devoirs maritaux, mais il n'est pas exclu de les réglementer dans le cadre tracé par la loi selon le cas échéant, avec la possibilité de décider comment gérer les obligations.

¹²⁵ L'art. 540 du Code civil établit que le conjoint a le droit à la moitié du patrimoine de l'autre, sauf les prévisions de l'art. 542 quand il y a de la progéniture. Le conjoint a le droit à continuer à vivre dans l'habitation commune et à utiliser les meubles, s'ils étaient du conjoint décédé ou communs. Ces droits sont considérés comme existants sur la quotité disponible.

La thèse institutionnelle présente le mariage comme une union entre deux individus où le mot clés est l'impérativité, établie pour la protection du groupe qui en découle.

En fait, du mariage découle le groupe appelé « famille », car entre les membres il subsiste un lien juridique qui est encadré par la loi et comprend les parents d'un côté et les enfants communs de l'autre.

Cet état marque le mariage comme un moyen visant à la perpétuation de l'espèce humaine, non comme une simple rencontre de volontés personnelles, car l'état conjugal est organisé par la loi dans toutes ses phases, de sa constitution à sa dissolution sans que l'autonomie privé n'ait aucune place.

En revanche, de nos jours des mouvements de valorisation des droits de l'individu soulignent l'avancée de l'autonomie privée : le consentement créerait le mariage, le consentement dissoudra ce lien.

En particulier, une trace de cet état de fait est visible là où on regarde le mariage comme un « emballage » que les époux peuvent remplir selon leurs désirs spécifiques, ce qui a surtout permis de s'affranchir de la conception chrétienne du mariage.

Cette dernière décrit en fait ce lien dans la perspective de la procréation, ce qui n'est plus d'actualité, car la personne mariée ne doit pas nécessairement avoir un projet parental.

Cette conscience a constitué le terrain privilégié pour établir les bases pour l'admissibilité du mariage homosexuel en France¹²⁶, comme un mariage qui dépasse toute discrimination liée à l'orientation sexuelle, ce qui donne une pleine reconnaissance au droit au mariage de la personne humaine.

La liberté de se marier, et donc de s'unir par un lien de mariage à quelqu'un d'autre ne peut plus faire l'objet d'une limitation, mais l'Italie demeure encore liée au *status quo*, qui interdit les unions de même sexe : le noyau

¹²⁶ Un Auteur a parlé de « théories évolutionnistes du mariage » pour justifier du droit au mariage des couples homosexuels. E. PUTMANN, *Qu'est ce que donner à deux personnes de même sexe le droit de se marier ?* in H. FULCHIRON, *Mariage – conjugalité, parents – parentalité*, Dalloz, 2009, p. 53.

de l'art. 29 de la Constitution montrerait une confirmation de cette théorie, en prévoyant un mariage exclusivement entre un homme et une femme. Ce cadre juridique serait encore plus intangible si on considère que l'art. 29 est suivi de l'art. 30, qui concerne la protection des enfants. En réalité, cette thèse montre sa faiblesse là où on constate que cet article ne prévoit pas un modèle unique de famille, car il se limite à affirmer le mariage comme moyen légitimant la création d'une famille. Aucune référence au sexe ou à la procréation n'y est contenue.

Section 2. La condition d'altérité de sexe.

La nature est bien faite et, pour cette raison, on la tient présente pour organiser la vie humaine: toutefois, l'humanité même vise à fonder des cultures afin de s'émanciper de la nature, comme dans le cas de la prise en compte juridique de l'homosexualité¹²⁷.

Le législateur français a ouvert le mariage aux couples homosexuels, en se rapprochant de la quinzaine de Pays dans le monde¹²⁸, ayant écarté la différence de sexe entre partenaires comme condition d'accès au mariage, et consacrant le principe d'égalité de traitement entre les couples.

Dans le droit italien, la différence de sexe entre les futurs conjoints n'est pas expressément prévue, et pourtant on retient qu'il s'agit d'une ancienne tradition de mariage, ainsi certaines dispositions du Code civil font référence au mari et à la femme en tant que protagonistes de l'union maritale (article 107 et 108, 143 Code civil).

Pour cette raison, on affirme que le mariage homosexuel n'est pas possible¹²⁹: il faudrait, en fait une loi de modification de l'art. 29 de la Constitution, car ce Texte définit la famille en tant que "société naturelle", attirant une sorte de "jus naturelle" de la famille¹³⁰.

¹²⁷ E. DUBUISSON, *Le mariage homosexuel et la place dans la nature de l'homme*, in Recueil Dalloz, 15.11.2015.

¹²⁸ Il s'agit d':Autriche, Belgique, Malte, Danemark, Allemagne, Luxembourg, Pays Bas, Norvège, Portugal, Royaume Uni, Espagne et Suède. Cela démontre que le mariage est une affaire des Etats, comme dit par Y. FAVIER, *La famille et l'Europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale*, dans *Recherches familial*, 1/2008, n. 5, p. 81.

¹²⁹ Un Auteur affirme que le mariage hétérosexuel est un fondement du système constitutionnel italien, de sorte qu'il faut une loi de révision de la Constitution pour admettre le mariage hétérosexuel. Il n'est pas possible, en fait, selon cet Auteur, reconnaître ce type de mariage en vertu des Textes des articles 3 et 29 de la Constitution qui permettraient, selon certains, d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* in *Le Nuove Leggi Civili Commentate* n. 3/2016, p. 395.

¹³⁰ M. D'AMICO, *"Famiglia e famiglie" fra principi costituzionali ed europei*, *Genius* 2/2015, in www.articolo29.it, p. 153.

En réalité, la Constitution italienne fait référence à la famille, comme elle se présente dans la réalité sociale: le législateur a prévu une «*norma in bianco*», destinée à avoir une différence de signification par rapport au moment historique auquel on se réfère; en outre, pendant les Travaux préparatoires de la Constitution, on avait justement observé l'existence d'une contradiction entre les termes « société naturelle » et « fondé sur le mariage », car ce dernier est une construction de droit positif qui empêche que la société naturelle découle d'un acte juridique . On peut partager la thèse de ceux qui, depuis le 1948, ont affirmé que le législateur a mal fait, car il a introduit un élément ambigu, qui obscurcit la structure du mariage, par nature ouverte au changements sociaux.

La famille est, donc, naturelle dans le sens où il s'agit d'une union entre deux personnes physiques, qui veulent réaliser leur projet de vie ensemble, sans que la différence de sexe entre elles et le but procréatif jouent un rôle important. En fait, il n'est pas possible de lier la notion de famille à celle de couple avec enfants, car la prévision de l'article 30 de la Constitution prévoit qu'il faut s'occuper des enfants, même s'ils ne sont pas nés durant le mariage.

Dans cette section, l'examen concernera l'exigence de la condition d'altérité de sexe. (Paragraphe 1) et l'évolution en la matière (Paragraphe 2), qui se caractérise pour la reconnaissance de cette union en France et par son exclusion en Italie.

Paragraphe 1. L'exigence de la condition d'altérité de sexe.

La différence de sexe a été longtemps considérée comme une condition de validité du mariage, comme le confirme la Cour EDH, qui précisait que même si la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne ne limitait pas le droit au mariage entre deux personnes hétérosexuelles, "la Charte laisse(ait) à chaque Etat membre le soin de décider si, dans son ordre juridique, le mariage homosexuel devait(doit) être permis."

En particulier, on constatait que la Charte EDH laissait aux Etats membres le soin d'apprécier les différentes connotations sociales du mariage¹³¹.

Dans le même sillage se posait, en France, l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2007¹³² dans une affaire très largement médiatisée.

Le 25 mai 2004, l'officier d'état civil de la commune de Bègles publiait les bans du mariage annoncé de deux hommes, M. Chapin et Monsieur Charpentier.

Le 27 mai 2004, M. le procureur de la République de Bordeaux faisait notifier à l'officier d'état civil son opposition au mariage, en raison de leur identité sexuelle. Malgré cette opposition, le maire de Bègles mariait les deux hommes le 5 juin 2004 et dressait leur acte de mariage sur les registres de l'état civil.

Le Tribunal de grande instance de Bordeaux déclarait nul cet acte, avec transcription en marge de l'acte de l'état civil et de l'acte de naissance des intéressés. Successivement, par arrêt du 19 avril 2005, la Cour d'appel bordelaise confirmait le jugement du TGI.

Messieurs Chapin et Charpentier formèrent un pourvoi contre cette décision et formulèrent deux moyens au soutien de leur recours : le premier relatif à la recevabilité de l'action du ministère public exercée en tant que partie principale; le second moyen concernant la critique de la décision d'annulation sur le fond¹³³.

¹³¹ Décision CEDH, Schalk c. Autriche, 24.6.2010, no. 30141/04, in *www.articolo29.it*. Cet arrêt concernait le refus par l'Etat Autrichien d'autoriser le mariage de deux personnes du même sexe, en considérant que l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le droit au mariage, ne donnait pas obligation à l'Etat d'ouvrir le droit au mariage aux couples du même sexe. Dans cette espèce la Cour a constaté l'absence de violation par l'Autriche de l'article 12 de la Convention (v. également, CEDH, gde ch., 16 juill. 2014, aff. 37359/09, *Hämäläinen c/ Finlande*).

¹³² Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, in https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_9963.html.

¹³³G. PLUYETTE, *La définition du mariage civil en question (ou en droit positif)*, in *Recueil Dalloz*, D. 2007. 1389, mars 2007.

Comme c'était attendu, les Juges rejetèrent le pourvoi des «époux » reprochant à la Cour d'appel d'avoir annulé leur «mariage».

En particulier, la Cour de cassation estima que *la différence de sexe entre les époux constitue une condition de l'existence du mariage, car bien que cette condition soit étrangère aux articles 75 et 144 du code civil, le premier de ces textes, s'il n'impose pas de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux, fait référence expressément aux termes "mari et femme".*

De ce fait, la Cour de Cassation affirmait que le mariage devait être considéré comme l'union d'un homme et d'une femme et que ce principe n'était contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'a pas en France de force obligatoire.

Par ces motifs, la Cour rejetait le pourvoi.

Ce raisonnement s'inscrivait dans le cadre de la prise de position de la Cour de Cassation qui en 1903 avait affirmé que : *Le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin et l'autre au sexe féminin ; ainsi, son existence est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et diffère de celui de l'autre conjoint ; mais si ces deux conditions sont nécessaires, elles sont, en même temps, suffisantes et lorsqu'elles sont réunies, le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains organes caractéristiques du sexe sont sans influence possible sur la validité du mariage ; il peut en résulter seulement un état d'impuissance naturelle ou accidentelle et le Code civil, à la différence de l'ancienne législation et dans le but de prévenir les incertitudes, les difficultés et les scandales de la preuve, n'a pas accordé pour cette cause l'action en nullité¹³⁴.*

¹³⁴ Cass. civ., 6 avr. 1903, DP 1904, I, p. 395, concl. Baudoin, S. 1904, 1, p. 273, in *Partie 3 Les couples Le mariage, Etude 307 : Les conditions de formation du mariage. Section I. Différence de sexe, 307-9. Avant la loi du 17 mai 2013 : la prohibition du mariage entre personnes de même sexe*, Sous la direction scientifique de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Lamy droit des personnes et de la famille, Mis à jour 10/2016.

En Italie, le débat autour de la négation du droit au mariage des couples homosexuels a trouvé sa base juridique dans la lecture de l'art. 29 de la Const.

En fait, pendant les Travaux d'élaboration de la Constitution, M. Moro¹³⁵ affirmait que la prévision portée par cette disposition de loi ne devait pas être interprétée comme visant à créer une famille de nature statique, non ouverte à l'évolution sociale. En particulier, la prévision en objet naissait pour permettre de modifier la structure familiale à la lumière des changements qui pouvaient se vérifier au cours du temps, pour donner une protection aux différents statuts familiaux.

Toutefois, l'utilisation des termes « société naturelle » dans l'article 29 de la Const. a toujours été faite dans le sens d'exclure toute possibilité d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. En fait, cette société serait à même de décrire exclusivement l'union composée par un homme et une femme et seulement par eux.

Pour cette raison, on essaiera d'analyser les thèses hostiles à la reconnaissance du droit au mariage pour les homosexuels en France (A) et les théories concernant l'exclusion du mariage pour tous dans le droit italien (B).

A- Les thèses hostiles à la reconnaissance du droit au mariage pour les homosexuels en France.

Pendant longtemps, la différence de sexe dans le couple en général et dans le mariage paraissait « naturelle ». Le mariage devait en fait conjuguer le masculin et le féminin, comme prévu par la loi française ¹³⁶ .

¹³⁵ A. Moro, Ass. Costituente, I Sottocommissione, 30 ottobre 1946.

¹³⁶ L'altérité sexuelle était un principe fondamental reconnu par les lois de la République française, selon lequel le mariage était réservé à l'union de l'homme et de la femme. En particulier, les dispositions du Code civil, adopté encore sous un régime républicain, la loi du 27 juillet 1884, dite « loi *Naquet* » sur le divorce, la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée, la loi du 18 février 1938, relative à la capacité de la femme mariée, avaient créé une législation républicaine

Cette conception du mariage était justifiée par la prise de conscience que cette union était préalablement orientée vers la procréation, c'est à dire à engendrer la vie.

Ce cadre était en outre strictement confirmé par les prévisions de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, qui introduisait le Pacs, et sa réforme du 23 juin 2006, qui n'avaient rien changé à l'état du droit sur ce point, et par la révision de la loi de bioéthique, qui confirmait *la nécessité de l'altérité de sexe pour contracter un mariage* (v. L. no 2011-814, 7 juill. 2011)¹³⁷.

De la même façon, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique (L. no 2011-814, 7 juill. 2011) établissait que le couple susceptible de recourir à l'assistance médicale à la procréation est formé par un homme et une femme.

Au regard du droit interne, donc, même si la différence de sexe n'était pas expressément exigée par le Code civil, il était, toutefois, univoquement admis que le mariage était une union hétérosexuelle : « *Il est clair que la législation républicaine a, jusqu'à aujourd'hui, maintenu le principe selon lequel l'institution du mariage est réservée à l'union d'un homme et d'une femme, reconnaissant comme une évidence que le mariage était destiné à l'union des personnes de sexe opposé. Et la Cour de cassation en a tiré la conclusion nette que « le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin et l'autre au sexe féminin* »¹³⁸.

De plus, lorsqu'il s'est prononcé sur le Pacs en 1999, le Conseil constitutionnel avait répondu que ce lien, ouvert aux couples homosexuels, n'était pas assimilable à un mariage et qu'il ne mettait en cause aucune des

continue et constante permettant la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

¹³⁷ De plus, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Fretté c/ France du 26 février 2002125, confirmait la position de fermeture du droit français car on interdisait la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui à la personne célibataire homosexuelle.

¹³⁸ G. DRAGO, *Mariage entre personnes de même sexe - Problématiques de constitutionnalité, Petites affiches* - n°30 - page 4, Date de parution : 11/02/2013.

règles relatives à la structure de cette union, rejetant ainsi l'argument d'atteinte au « mariage civil et républicain »¹³⁹.

Conformément à cet état de choses, la décision rendue dans le cadre du mariage de Bègles n'avait pas été jugée contraire aux exigences de la Convention EDH, car l'article 8 avait été respecté par l'ouverture, en 1999, du statut para – conjugal du Pacs, et parce que le Texte de l'article 12 n'emportait aucune obligation pour les États d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels¹⁴⁰.

Ultérieurement, l'interdiction du mariage entre deux personnes de même sexe n'avait pas été jugée contraire aux exigences constitutionnelles¹⁴¹.

Avant 1999, les formes d'unions autres que le mariage hétérosexuel restaient, donc, dans le cadre du « non droit », si on considère que dans le Texte de la Charte constitutionnelle française de 1958 il n'y a/avait aucune dispositions visant à leur accorder protection, à la différence de la Loi fondamentale italienne, qui attribue un rôle à toutes formations sociales où la personne développe sa personnalité, parmi lesquelles il y a les unions para-conjugales.

Toutefois, il faut préciser que dans ce contexte on constatait que, depuis l'adoption de la Convention EDH et de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, l'institution du mariage avait été profondément bouleversée par l'évolution de la société et que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne s'écarterait délibérément de

¹³⁹ Cette thèse était partagée par ceux qui affirmaient que l'union homosexuelle ne bénéficiait pas d'un régime identique à celui du mariage. En particulier, le Pacs est un contrat régissant des relations pécuniaires et patrimoniales, et dans ce cas il n'offre pas les mêmes droits ou avantages que ceux qui sont ouverts aux couples mariés.

¹⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme – 9 juin 2016 – n° 40183/07 . La Cour strasbourgeoise établit que *les États demeurent libres au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels et qu'ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique (Schalk et Kopf précité, § 108 et Gas et Dubois précité, § 66). Elle (la Cour) relève que, si à l'époque des faits le mariage n'était pas ouvert en droit français aux requérants, ils pouvaient néanmoins conclure un pacte civil de solidarité, prévu par l'article 515-1 du code civil, qui confère aux partenaires un certain nombre de droits et obligations en matière fiscale, patrimoniale et sociale, in www.dalloz.fr.*

¹⁴¹ QPC posée par la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 16 nov. 2010, n° 10-40.042) à laquelle le Conseil constitutionnel avait répondu par l'affirmative : Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC : JO 29 janv. 2011 ; Dr. famille 2011, comm. 32, R. Ouedraogo).

celui de l'article 12 en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme¹⁴², de façon qu'on ne pouvait plus nier que plusieurs manifestations du droit à la vie familiale existaient .

Pour autant, les juridictions européennes renvoyaient au législateur le pouvoir de se prononcer sur l'admissibilité du mariage homosexuel¹⁴³.

En fait, toutes les réformes entreprises dans les années 1960, 1970 et 1980, notamment les lois que l'on nomme souvent « lois Carbonnier », visaient à assurer l'égalité des époux entre eux et à supprimer les notions de puissance maritale, de puissance paternelle, de chef de famille, mais pas à supprimer les normes de la loi concernant la nécessité de la présence d'un homme et d'une femme¹⁴⁴.

Cette position était confirmée par la thèse qui partageait implicitement le principe d'hétérosexualité du mariage, en admettant le droit au mariage pour la personne ayant subi une opération de conversion sexuelle, qui entendait épouser une personne ayant le même sexe qu'elle.

Cette réflexion découlait, en particulier de l'examen de deux articles de loi du Code civil : d'un côté, en fait, on faisait référence au sens implicite de l'article 75, sur l'échange des consentements du mari et de la femme devant l'officier d'état civil, et de l'autre, à l'article 144, qui mentionnait l'homme et la femme au sujet de l'âge des époux.

¹⁴² Déjà en 1998, la Cour EDH avait affirmé que l'interdiction de se marier faite à deux personnes de même sexe ne devait pas être considérée comme une atteinte substantielle aux droits garantis par l'article 12. Arrêt CEDH Sheffield et Horsham du 30 juillet 1998, recours n° 22985/93 23390/94, (31-32/1997/815-816/1018-1019). Il s'agit de deux recours séparés après réunis.

¹⁴³ La Cour EDH affirme qu'il ne lui appartient pas « *de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre* » (CEDH, 30 juill. 1998, aff. 22985/93 et 23390/94, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, in <https://hudoc.echr.coe.int>). En particulier, l'art. 12 de la Convention n'impose pas d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels même si les États peuvent opter pour cette solution (la Belgique, par exemple, admettait le mariage homosexuel depuis l'adoption de la loi du 13 février 2003).

¹⁴⁴ On a observé que l'égalité de l'homme et de la femme rend contraires à l'ordre public international les droits étrangers qui reposent encore sur une organisation patriarcale de la famille. M. C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, p. 448. C'était Portalis en 1801 qui affirmait que « ce n'est pas point dans notre injustice, mais dans leur vocation naturelle qui les femmes doivent chercher le principe des devoirs plus austères qui leur sont imposés pour les plus grandes avantages au profit de la société » in A. Le Bras Chopard, *ouvrage citée*, p. 29.

L'exclusion du mariage homosexuel était, en outre, fondée sur l'analyse de la Convention européenne des droits de l'homme et la conclusion que l'exclusion de cette union maritale entre les individus du même sexe ne portait pas atteinte à l'article 8 de la Convention dès lors que la loi française prévoyait une reconnaissance sociale et juridique des unions pour les couples homosexuels avec le Pacs.

En fait, si la vie sexuelle fait partie de la sphère de la vie privée, la reconnaissance de l'existence d'un droit à la communauté de vie d'un couple homosexuel ne s'impose pas pour la consécration d'un droit au mariage et peut se concevoir par une autre forme d'union. De cette façon, il fallait observer qu'en France il existait une reconnaissance sociale et juridique accordée au couple homosexuel, l'article 515-8 du Code civil définissant le concubinage comme l'union entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, vivant en couple.

Cette thèse se montre conforme à la lecture du mariage dans les termes de la théorie institutionnelle.

Le mariage homosexuel serait exclu car avec lui il n'est pas possible de perpétuer l'espèce humaine.

Toutefois, l'existence d'un phénomène social implique toujours nécessairement que le droit en prenne conscience.

De nos jours, le développement des droits fondamentaux conduit à affirmer que le mariage ne peut être considéré seulement comme visant à la procréation, mais par contre comme un fait qui accorde pleine reconnaissance au projet de vie en commun de deux personnes. En fait, on peut arriver à dépasser la conception traditionnelle de mariage, qui était indissociablement liée à la présomption de paternité du mari.

Toutefois, le mariage n'est pas regardé comme « mariage au rabais » : dans le cas où le couple décide d'un commun accord de ne pas avoir d'enfants, la validité de ce mariage demeure, surtout dans un Pays laïque comme la France, qui n'accorde aucun rôle à ce qui l'est prévu dans le Code de droit canonique. En fait, dans cette législation il est établi que la décision de ne

pas engendrer la vie comporte l'exclusion de l'un des « *bona matrimonium* », en donnant lieu à une cause de nullité du lien conjugal¹⁴⁵. Constitue un choix de civilisation le fait de prévoir un traitement législatif spécifique pour les couples homosexuels; une discipline générale réglant les droits et les devoirs réciproques de ses membres, dans le cadre solennel du mariage qui doit présenter une grande malléabilité face à l'évolution sociale.

Sur ce point, en fait, la Cour EDH précisait que « certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille »¹⁴⁶.

B - Les théories concernant l'exclusion du mariage pour tous dans le droit italien.

En Italie, le mariage homosexuel n'est toujours pas admis de nos jours¹⁴⁷.

Un tel mariage est jugé, en fait, « inefficace »¹⁴⁸ et, donc, pas à même de produire d'effets juridiques, à cause du défaut d'un élément nécessaire à l'identification de l'acte accompli en tant que mariage: le Code civil et la Constitution¹⁴⁹, en fait, feraient référence seulement à la famille composée par le mari et la femme¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Corte App. Brescia sent. n. 343, 07.03.2017 in *www.dejure.it*.

¹⁴⁶ Décision CEDH *Schalk c. Autriche*, citée, §93.

¹⁴⁷ Une certaine doctrine affirme qu'il faudrait que la Cour constitutionnelle intervienne pour déclarer l'illégitimité des dispositions du Code civil, où elles font référence au mari et à la femme, par exemple en matière de publications. G. BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in *www.articolo29.it*, p. 10.

¹⁴⁸ Décision de la Cour de Cassation I Sez. civ., 15.03. 2012, n. 4184, laquelle établit que le mariage homosexuel ne peut plus être jugé inexistant, car, en vertu du rôle exercé par la CEDH dans notre système juridique, la différence de sexe entre conjoints n'est plus un critère naturaliste du mariage, in *www.cassazione.it*.

¹⁴⁹ B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in *Articolo 29*, Rivista *Genius* 02/2014, p. 15 ss.

¹⁵⁰ En particulier, la référence est au Texte de l'article 107 du Code civil, où il est établi que l'officier de l'état civil reçoit la déclaration de l'homme qui veut prendre la femme comme épouse et vice-versa.

En fait, le droit au mariage ne serait pas illimité, mais subordonné au respect de certains empêchements, comme celui lié à la condition d'altérité sexuelle.

Cette dernière serait sous-entendue à l'art. 29 de la Charte constitutionnelle, où la référence à l'égalité morale et juridique des conjoints impliquerait la nécessaire différence des sexes des conjoints. De plus, faisant référence à la puissance maritale ou du père, de la sorte qu'on n'exige pas une prévision de loi spécifique et explicite pour souligner la nécessité que les conjoints doivent être de sexe différent.

Cette question est très controversée et, pour mieux encadrer le débat, on doit faire référence à la jurisprudence en la matière de la Cour constitutionnelle¹⁵¹, qui intervient après qu'un Tribunal du renvoi¹⁵² a mis en évidence que tous les individus sont titulaires du droit au mariage, comme prévu à l'art. 2 Const., qui comprend le droit de choisir le conjoint, de la même façon que le principe d'égalité assure la liberté de choisir un conjoint d'une race ou d'une religion plutôt que d'une autre¹⁵³; pour cette raison, on ne peut plus nier l'exercice de ce droit à certains en raison de leur orientation sexuelle. Toutefois, les Juges constitutionnels confirment que le mariage ne peut être célébré qu'entre un homme et une femme¹⁵⁴, selon la prévision de l'art. 29 Const., qui détermine que le mariage est tout autre que les unions homosexuelles¹⁵⁵, de façon qu'aucune discrimination ne peut se produire au détriment de ces dernières: « *en tant que formation*

Cette disposition confirmerait l'adhésion dans notre système juridique à un modèle de mariage impérativement hétérosexuel.

¹⁵¹ Cour constitutionnelle italienne, décision 23.03.2010, n° 138.

¹⁵² Tribunale di Venezia, ordinanza del 3 aprile 2009.

¹⁵³ Cour constitutionnelle, 23.03.2010, n° 138. Sur ce point, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, p. 4.

¹⁵⁴ Dans la décision *Rees c. Royaume Uni*, la Cour EDH affirmait que le mariage est seulement une union hétérosexuelle. Affaire *Rees c. Royaume Uni* 10 octobre 1986 N° 9532/8, in www.dalloz.fr.

¹⁵⁵ En fait, celui hétérosexuel serait le seul modèle de mariage autorisé par la Constitution, qui a adhéré au modèle de mariage établi par le Code civil. I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, in *Consulta online*, www.dircost.unito.it, 2010, pp. 10 ss.

sociale, la protection des unions homosexuelles se fonde sur le texte de l'article 2 de la Const. et sa reconnaissance juridique dépend de l'appréciation du législateur. En fait, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels impose la nécessité d'une modification législative, car il est en tous cas exclu que cette admission puisse être l'effet d'une interprétation des textes de loi en vigueur.

La Cour constitutionnelle focalise, donc, son examen sur la notion bien établie de mariage à l'échelon sociologique, compte tenu du fait que « *la réglementation du mariage, dans le Code civil et la législation spéciale, exigent la différence de sexe des époux* »¹⁵⁶.

De plus, dans le sillage tracé par la bien établie tradition catholique¹⁵⁷ qui a longtemps influencé le droit civil, le mariage homosexuel ne serait pas admissible car il est impossible d'adopter conjointement un enfant pour un couple homosexuel ; il résulte de ce fait que la loi réserve ce droit aux seuls couples hétérosexuels. La Cour de Cassation a ainsi suivi l'approche déjà établie par la Cour constitutionnelle qui juge que si les demandeurs soulignaient que le mariage homosexuel devait être reconnu comme existant dans notre système juridique, car l'adhésion à un système de protection des droits de l'homme international détermine cette reconnaissance, de son côté, la Cour de Cassation affirme, toutefois, que le refus de procéder aux publications pour le mariage de deux hommes est légitime et conforme aux prévisions de la Constitution, comme déjà prévu par la décision de la Cour constitutionnelle au 2010: le mariage homosexuel ne pourrait être admis que si le législateur le prévoyait de façon expresse.

PARAGRAPHE 2. L'évolution en la matière.

Le débat en matière d'exclusion du mariage homosexuel a conduit à une évolution qui s'est conclue avec l'adoption de la loi qui admet le mariage

¹⁵⁶ Considerando n. 6 de la décision Cour constitutionnelle n. 138/2010.

¹⁵⁷ Livre Lévitique, 18:22 "Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme : c'est une pratique abominable ».

homosexuel en France (A) mais en ce qui concerne le droit italien, on ne peut que constater la persistance du refus de l'ouverture du mariage pour tous (B).

A - L'adoption de la loi qui admet le mariage homosexuel.

En conformité à la décision de la Cour EDH, qui avait affirmé que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre¹⁵⁸, la loi française a reconnu en 2013 le droit pour les personnes de même sexe de se marier¹⁵⁹, révélant à l'évidence la place que conserve le mariage en tant qu'institution sociale et juridique dans la société contemporaine.

C'est le législateur qui a pris position pour redéfinir le mariage à la lumière de l'évolution des mœurs et du respect d'un principe d'égalité qui permet de considérer la famille au-delà de sa fonction typique, c'est-à-dire celle de perpétuation de l'espèce humaine, sans heurter le contenu de la Constitution nationale et des Chartes des droits internationales¹⁶⁰.

Ce texte souligne aussi l'importance de la place de la famille, institution fondamentale de la société, mais, plus généralement, c'est la question de la différenciation sexuelle qui est en jeu dans cette loi.

En fait, la France, qui avait déjà ouvert les portes du pacs et du concubinage aux homosexuels, a donné une reconnaissance juridique au mariage de ceux - ci, ce qui implique indéniablement une dé - sexualisation des textes régissant le droit du mariage.

¹⁵⁸ Sur le même sillage, la décision de la Cour de Cassation 13.3.2007 n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113; D. 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER. Dans cette décision il est établi que le débat sur le mariage homosexuel est une question de société qui peut être résolue seulement en vert de l'intervention du législateur.

¹⁵⁹ Un A. affirme que le mariage pour les personnes de même sexe est devenu « implicitement mais nécessairement un principe essentiel de notre droit » : il s'agit de H. FULCHIRON, *Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale*, Recueil Dalloz, 02/2015, Numéro 8.

¹⁶⁰ Après avoir été votée au Parlement, la loi a été déférée au Conseil constitutionnel, qui a logiquement refusé d'analyser le Texte, pour éviter de substituer son appréciation à celui du législateur. Sur le point, J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, Dalloz, Hypercours, 2018, p. 58.

Pour cette raison, la vieille exigence d'altérité sexuelle, sanctionnée par la Charte EDH, qui à son art. 9 ne fait pas d'elle une condition du mariage, est soigneusement supprimée.

En fait, comme la Cour de Justice de l'Union européenne l'a récemment affirmé, la notion de conjoint « désigne une personne unie à une autre personne par les liens du mariage » (pt 34), sans déterminer si ce mariage doit être hétérosexuel ou peut être homosexuel (pt 35)¹⁶¹, car il « n'existe pas seulement une façon pour un individu de mener sa vie privée ou familiale »¹⁶².

Dès lors, si les actes de l'état civil continuent de faire mention du sexe des individus, les lois, les décrets et les arrêtés ne désignent plus les conjoints que par des termes asexués, comme « époux » ou « mariés ».

Les textes deviennent, donc, applicables indifféremment à tous les époux, et ainsi, lors de l'échange des consentements au mariage, les époux ne se prendront plus pour mari et pour femme, mais pour époux (C. civ., art. 75). Il faut, en outre, remarquer l'importance du Texte de l'article 1er de la loi du 17 mai 2013 qui rétablit l'article 143, qui se trouve au seuil du Chapitre I (« Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ») du Titre V (« Du mariage ») du Livre Ier du Code civil (« Des personnes »). Ce nouvel article dispose, en fait, que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe », utilisant une formule empruntée à la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 qui a défini le concubinage (C. civ., art. 515-8) et le pacte civil de solidarité (C. civ., art. 515-1).

¹⁶¹ CJUE, 5 juin 2018, n° C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, *Coman et Hamilton*. En l'espèce, Relu Coman, roumain, a épousé Robert Hamilton, ressortissant des États-Unis, alors qu'ils se trouvaient tous deux à Bruxelles. L'union n'a posé aucune difficulté, la Belgique admettant le mariage gay ; la difficulté s'est posée lorsque le couple a souhaité s'installer en Roumanie. Les autorités roumaines ont en effet estimé que M. Hamilton ne pouvait bénéficier d'un droit au séjour dérivé de sa qualité de conjoint. Sur le point, C. A. CHASSIN, *La notion de conjoint*, in L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes - n°07 - page 7. Date de parution : 01/07/2018.

¹⁶² Décision CEDH, *Kozak contre Pologne*, 2.03.2010, n° 13102/02), §18, in Dalloz. Cette décision a été prononcée après que la Cour EDH en 2003 n'avait plus considéré comme non admissibles les recours qui concernaient la position juridique des homosexuels qui demandaient une protection juridique de leur vie familiale. Il s'agit de la décision *Karner c. Autriche*, recours n. 40016/98, décision 24 juillet 2013, in www.dalloz.fr.

Quant aux empêchements au mariage, la loi française du 17 mai 2013 a maintenu l'interdit de l'inceste, principe fondamental du droit de la famille. Ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ne doit pas être considéré en fait comme le triomphe de la liberté absolue. En acceptant de reconnaître une conception du mariage différente que celle traditionnelle, on accepte d'accorder une protection aux différentes exigences personnelles de chacun dans un cadre juridiquement défini.

De plus, alors que l'article 162 du Code civil n'interdisait que le mariage « entre frère et sœur », la nouvelle formulation est au pluriel pour prohiber le mariage « entre frères » ou « entre sœurs » et, dans le même esprit, l'article 163 du Code civil est modifié pour interdire le mariage entre l'oncle et sa nièce, mais aussi entre l'oncle et son neveu. Réciproquement, est prohibé le mariage entre la tante et son neveu, mais aussi entre la tante et sa nièce.

Enfin, l'article 164 du Code civil continue à viser les hypothèses d'inceste relatif où le mariage peut néanmoins être célébré sur autorisation du Président de la République qui appréciera, de manière discrétionnaire, « les causes graves ».

Il s'agit de faire application du principe posé par une décision de la Commission¹⁶³, qui établit que le droit au respect de la vie privée inclut « le droit d'établir et entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité».

De manière plus spécifique, en ce qui concerne les affaires portant sur les questions d'orientation sexuelle, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé en 1982 que le droit au respect de la vie privée englobe notamment « la vie sexuelle » et qu'elle en constitue l'un de ses aspects les plus intimes¹⁶⁴.

¹⁶³ Décision de la Commission, X. c/ Irlande du 13 mai 1976. J. C. Saint-Pau, *Jouissance des droits civils*. – *Droit au respect de la vie privée*. – *Définition conceptuelle du droit subjectif*, *JurisClasseur Civil Code* > Art. 9, Fasc. 10, Date du fascicule : 16 Mars 2016, Date de la dernière mise à jour : 16 Mars 2016.

¹⁶⁴ CEDH, arrêt Dudgeon c/ RoyaumeUni, 22 octobre 1981, *Requête no 7525/76*, in *Dalloz*. Au paragraphe 23, les Juges affirment qu'*il faut noter que l'article 8 § 1 (art. 8-1) de la Convention parle*

B- La persistance du refus de l'ouverture du mariage pour tous en Italie.

Encore de nos jours, en Italie il est exclu que des couples homosexuels se marient.

Une protection leur est accordée toutefois par la loi L. n° 76, 20 mai 2016, sur la réglementation des unions civiles entre personnes de même sexe et règles relatives à la cohabitation, qui a été adoptée à la suite d'une discussion parlementaire très difficile, caractérisée par l'obstructionnisme des groupes politiques hostiles à cette proposition de loi.

En particulier, le problème concernait la crainte de l'assimilation de l'union civile au mariage, ce qui réalisait une violation de l'art. 29 de la Const. et d'une décision de la Cour constitutionnelle¹⁶⁵, qui semblait interdire au Parlement l'introduction du mariage des couples de même sexe.

De ce fait, on privilégiait une interprétation sévère de cette décision, sans tenir compte de la nécessité d'assurer le respect du principe d'égalité en matière de vie de couple, ce qui permettait de créer l'union civile sur le modèle du mariage sans les homologuer¹⁶⁶.

Tandis que ces discussions étaient en cours, un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme, la décision *Oliari e autre c. Italie*¹⁶⁷ établissait que la limite d'appréciation pour les Etats en la matière était vraiment stricte, car ils étaient obligés de prévoir un modèle de protection et de reconnaissance juridique de la vie des couples de même sexe. L'Italie était de ce fait condamnée pour avoir, en violation du principe du droit au

de "vie privée et familiale". Si l'on applique la règle ejusdem generis, la disposition doit s'interpréter comme se rapportant à la vie privée dans ce contexte comme, par exemple, le droit d'élever ses enfants conformément à ses propres convictions religieuses et philosophiques et, d'une manière générale, de mener sans entrave les activités apparentées à celles menées dans l'intimité de la vie familiale et qui, en tant que telles, relèvent des droits ordinaires fondamentaux de l'homme.

¹⁶⁵ Cour const. décision 138/2010, in www.consultaonline.it.

¹⁶⁶ Mme la Senatrice Lo Moro, rapport parlementaire du 28.01.2016 (<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=960909>).

¹⁶⁷ Il s'agit de la célèbre décision *Oliari c. Italie*. 21.07.2015, *Oliari c. Italie*, ric. n. 18766/11 e 36030/11), in [/hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265).

respect de la vie privée et familiale, refusé de reconnaître les unions contractées à l'étranger par ses ressortissants de même sexe alors qu'elle n'offrait en droit interne aucun statut juridique légal à ces couples.

L'impérativité de cette exigence se justifiait dans le cadre de la lutte contre les discriminations découlant de l'exclusion de toute forme de reconnaissance juridique des unions homosexuelles, qui constituait une violation des articles 2 et 3 de la Const. (en particulier, ce dernier affirme l'égalité entre les citoyens sans distinction de sexe, race, langue et religion). En effet, dans le cas de changement de sexe, le mariage devait/pouvait continuer dans la forme d'un partenariat enregistré, capable d'assurer les droits et les devoirs réciproques¹⁶⁸.

Dans l'affaire qui a donné lieu à la décision Oliari, les requérants étaient trois couples homosexuels qui entretenaient une relation stable, qui avaient subi le refus de la publication des bans de leur mariage car, en vertu du code civil italien, les futurs époux devaient/doivent être de sexe opposé. Le premier couple ayant formé un recours, la cour d'appel renvoya l'affaire devant la Cour constitutionnelle afin d'obtenir une décision sur la constitutionnalité de la loi applicable.

En avril 2010, la Cour constitutionnelle déclara le recours irrecevable, car le droit au mariage en Italie ne s'étendait pas aux unions homosexuelles. De plus, le Tribunal précisa que c'était au Parlement qu'il appartenait d'apprécier l'opportunité de reconnaître juridiquement les unions homosexuelles et de préciser les droits et devoirs y afférents. En conséquence, elle rejeta le recours.

La thèse excluant le mariage des couples de même sexe se fondait, donc, sur la prévalence d'une interprétation « *originalista* » et traditionnelle de l'art. 29 de la Constitution, qui ne tenait aucun compte de l'existence d'un système de droits « *multilivello* », affirmant que la notion de mariage est immuable¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cour de Cassation italienne, décision 170/2014, in www.dejure.it.

¹⁶⁹ G. BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in www.articolo29.it, *Genius* 02/2014.

Ce cadre, toutefois, doit être reconsidéré à la lumière de la décision *Schalke c. Autriche* de la Cour EDH¹⁷⁰, où on affirme que l’art. 12 CEDH fait référence au mariage homosexuel aussi, tel que l’union homosexuelle n’est plus étrangère au système juridique italien qui devrait impérativement repenser la notion de mariage.

De plus, la relation qu’entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de “vie familiale” au sens de l’article 8: dans la décision *Oliari* il est établi que *les couples homosexuels se trouvent dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation*.

Le mariage homosexuel ne peut plus, en fait, être considéré comme contraire à l’ordre public, car aucune disposition de loi n’établit que la différence de sexe est une condition nécessaire pour la validité du mariage. L’exclusion du mariage pour les homosexuels ne trouve, donc, aucune justification sous le profil de ladite « *ragionevolezza* » non plus. En fait, toute limitation en matière de droits fondamentaux doit trouver sa justification dans la nécessité de protéger un intérêt public primaire, en considérant sa nature constitutionnelle¹⁷¹, qui ne subsiste pas en matière de mariage.

En outre, les notions de famille et de mariage ne peuvent pas être considérées de manière statique, par rapport à l’époque où la Constitution a été promulguée, parce qu’il faut tenir compte de l’évolution de la société et des coutumes, dépassant le modèle de la famille hétérosexuelle et monogamique¹⁷².

¹⁷⁰ Décision CEDH *Schalke et Kopf c. Autriche*, où on affirme que le droit au mariage n’est pas prévu au profit des seuls couples hétérosexuels, car les individus titulaires du droit au mariage ont les hommes et les femmes, qui peuvent librement choisir avec qui se marier. M. GATTUSO, “Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell’uomo, in www.articolo29.it.

¹⁷¹ Corte costituzionale, sentenza n. 249 del 2010, in www.consultaonline.it.

¹⁷² A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, p. 7.

Le droit italien persiste cependant dans la négation de l'accès au mariage des couples homosexuels : *“il existe par conséquent un conflit entre la réalité sociale des requérants qui vivent ouvertement en couple et l'impossibilité légale d'obtenir une quelconque reconnaissance officielle de leur relation”*.

Cette position constitue l'effet de la décision de la Cour constitutionnelle précitée, qui marque la différence de traitement entre les couples homosexuels et hétérosexuels pour lesquels le mariage est expressément réservé. En fait, « les unions homosexuelles ne peuvent pas être assimilées au mariage »¹⁷³.

Cette discrimination se fonderait sur la finalité procréatrice de la famille, impensable au sein des unions homosexuelles, même si l'article 30 de la Constitution, invoqué à cette fin, façonne le rapport de filiation de manière indépendante du mariage, assurant aux enfants une protection juridique pleine et effective, sans tenir en compte l'existence d'une relation maritale ou de facto entre les parents.

Ce que le législateur italien n'a pas encore accepté c'est que la notion de « conjoint » puisse être entendue en sens « neutre », car il est possible d'y inclure le conjoint du même sexe, comme confirmé par le texte d'une récente Directive UE¹⁷⁴, où il est fait référence à la nécessité d'interpréter le droit interne en conformité à l'évolution sociale, laquelle ne peut plus se contenter de la définition de mariage comme l'union de deux individus de sexes différents¹⁷⁵.

En outre, un tel cadre trouverait sa légitimité dans les réformes qui, depuis les années 1970 et ss. – loi n. 898/1970 sur le divorce, loi n. 151/1975 sur le

¹⁷³ Corte costituzionale, décision n. 138/2010.

¹⁷⁴ Directive UE 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

¹⁷⁵ S. PENASA, Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a “cerchi concentrici” sul caso Comam c. Romania della Corte di Giustizia, in www.dirittoimmigrazioneecittadinanza.it, 3/2018, p. 10.

droit de famille, loi n. 194/1978 – ont valorisé le concret développement de la vie de couple sur le plan du rapport entre conjoints.

Toutefois, l'insistance sur l'exclusion du mariage homosexuel a impliqué la condamnation de l'Italie en 2017, pour avoir refusé de faire enregistrer les mariages de six couples homosexuels dans leurs communes de résidence en Italie au motif que l'ordre juridique italien ne permettait pas la reconnaissance du mariage homosexuel¹⁷⁶.

En particulier, les autorités italiennes justifiaient leur refus, en s'appuyant sur une circulaire publiée par le Ministère de l'Intérieur¹⁷⁷, qui indiquait qu'un mariage contracté à l'étranger par des personnes de même sexe dont l'une avait la nationalité italienne, ne pouvait être enregistré parce que contraire aux règles d'ordre public.

Dans cette affaire, les requérants soutenaient la violation par l'Italie des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme : puisqu'ils n'avaient ni le droit de se marier en Italie, ni d'avoir accès à un autre statut permettant une certaine reconnaissance de leur vie de couple, cela constituant, selon eux, une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle.

Certes, l'Etat italien n'est pas contraint de reconnaître un droit fondamental au mariage pour les couples homosexuels ou de réaliser une assimilation au mariage traditionnel¹⁷⁸, et on ne constate pas l'existence d'une prévision de la loi en cette direction. Comme affirmé par la Cour strasbourgeoise, le Parlement national est titulaire du droit d'exercer le choix, libre et politique, de l'admissibilité de ces mariages.

La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle ici, conformément à sa jurisprudence établie, que les États jouissent d'une marge d'appréciation quant au choix de permettre ou non l'enregistrement des mariages homosexuels dans leur droit interne. En effet, dans une autre

¹⁷⁶ Décision CEDH, 21.7.2015 rich. nn. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12, *Orlandi c. Italy*.

¹⁷⁷ Circulaire du Ministère de l'Intérieur, 07.10.2014 n. 10863, in www.immigrazione.biz.

¹⁷⁸ CEDH décision *Oliari c. Italie*, Requêtes nn° 18766/11 36030/11, 21.7.2015, in www.dalloz.fr.

affaire ¹⁷⁹, la CEDH a affirmé que les États membres disposaient d'une marge d'appréciation pour décider du rythme auquel ils choisiraient d'adopter ou de développer un arsenal législatif visant à la reconnaissance juridique des couples de même sexe et de leur statut.

Elle réaffirme cependant l'obligation positive à la charge des États membres de se doter d'un « cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection des unions de même sexe ». Les États, pour être en conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme, doivent donc être en mesure de leur proposer un statut alternatif au mariage et assurant un certain nombre de besoins fondamentaux.

On ne peut que saluer la réaction du législateur italien qui a rapidement modifié sa loi à la suite de l'arrêt *Oliari c. Italie* de 2015.

En conclusion de cette réflexion, on peut constater comment le législateur italien avec la loi *Cirinnà*, qui permet aux homosexuels d'enregistrer leur partenariat mais non de se marier, pourra être accusé d'avoir porté atteinte au principe d'égalité dans la mesure où les hétérosexuels ne peuvent pas choisir ce statut para conjugal.

Une justification de cette différenciation peut faire douter de l'évolution de la notion traditionnelle de la famille.

Il semble que le législateur italien fonde toujours cette dernière sur le mariage hétérosexuel, comme démontre son silence sur ces faits dans la loi *Cirinnà*.

En fait, on constate que l'assimilation au conjoint est prévue à plusieurs reprises, par exemple en matière de succession, de réversibilité de la pension, mais rien n'est prévu en matière de filiation, en différenciant fortement les formes d'union conjugale et para conjugale.

Ce silence peut être interprété dans le sens qu'il paraît évident que la perpétuation de l'espèce humaine est encore, de nos jours, réservée aux couples hétérosexuels qui peuvent aussi accéder à l'adoption et aux techniques de procréation médicale assistée.

¹⁷⁹ CEDH, affaire *Schalk et Kopf c/ Autriche* Requête n° 30141/04, 24 juin 2010 in www.dalloz.fr.

Pour autant, rien n'étant prévu à cet égard pour les personnes unies civilement, on doit affirmer que l'inégalité demeure car le législateur italien veut sauvegarder le noyau dur du mariage traditionnel, conformément à ce qui est prévu par la doctrine catholique, selon laquelle il est formé par un homme et une femme, et le différencier de tous les autres formes d'unions. La multiplication des familles est par l'effet évitée, car la structure construite autour d'un rapport triangulaire liant le père, la mère et les enfants n'est pas mise en discussion, mais à l'heure de la légalisation du mariage homosexuel dans plusieurs Pays de l'Europe continentale¹⁸⁰, ne pas l'autoriser semble mettre à mal l'effectivité du principe d'égalité.

De plus, il ne faut pas oublier ce que le D. lgs. 19.1.2017 n. 7, d'actuation de la Loi Cirinnà a affirmé à l'art. 32 - *bis* que le mariage homosexuel célébré à l'étranger par des italiens ne donne pas droit à reconnaître leur union en tant que mariage, mais comme union civile. C'est donc une lecture restrictive des principes indiqués dans la « *Legge delega* »¹⁸¹, visant à établir un cadre homogène entre les deux unions, qui perdure.

¹⁸⁰ Le mariage homosexuel est admis en Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Ireland, Luxembourg, Malte, Portugal, Royaume Uni, Espagne, Suède.

¹⁸¹ Il s'agit d'une loi qui autorise le Gouvernement à l'exercice de la fonction législative. Il est nécessaire l'approbation par le Parlement.

Dans ce chapitre on a étudié l'évolution du mariage, pour comprendre si sa nature institutionnelle demeure ou régresse, à la lumière du changement social de nos jours.

En particulier, si un changement a été, il est plus évident dans le droit français, qui a rompu le lien entre le mariage et la procréation en vertu de la reconnaissance du mariage homosexuel.

Cette prise de position peut montrer une tendance vers la conception du mariage à l'instar d'un fait qui naît pour réglementer les intérêts des parties qui s'accordent pour instaurer une communauté de toit et de vie.

Il s'agirait d'un mariage considéré comme un moyen visant à la valorisation du *bonus coniugum* et non comme *matris munus*, c'est-à-dire comme une union visant à la perpétuation de l'espèce.

En revanche, le droit italien semble rester plus fidèle à la tradition catholique, freinant encore de nos jours l'évolution vers le mariage homosexuel.

Le mariage est en fait conçu seulement dans la forme hétérosexuelle, pour valoriser le groupe qui forme la famille, où il y a les parents et les enfants.

Cet argument est en réalité dépassé, car la société évolue en vertu du changement des mœurs, mais, malgré cela, on ne peut pas affirmer que le caractère institutionnel du mariage recule totalement, car la « règle » du mariage n'est pas dressée par les conjoints, qui se limitent à manifester leur consentement et à gérer certains aspects dans les marges de la liberté qui leur est reconnue par les Codes civils.

CHAPITRE II La persistance d'une dimension institutionnelle lors de la formation du mariage.

Le mariage est l'institution qui encadre la vie d'une communauté de couple¹⁸² : pour cette raison, sa constitution n'est pas libre, la validité étant soumise au respect d'un formalisme dont la discipline se trouve dans les deux Codes civils.

La réglementation de la procédure de mariage répond, en fait, à l'exigence d'éviter toutes les alliances contraires à l'ordre public, de sorte qu'il faut impérativement respecter certains critères qui ont un effet sur la validité de l'union.

Dans le mariage, en effet, liberté et engagement coexistent, car par ce « moyen » on accepte de reconnaître le couple comme une nouvelle cellule sociale¹⁸³, à la condition qu'un formalisme ait été suivi.

La notion d'ordre public impose des conditions particulières spécifiques à cette institution : il faut que les futurs époux respectent les conditions de fond et de forme imposées par la loi, qui établit par qui et comment le mariage peut être célébré, sans tolérer aucun aménagement, car il ne suffit pas que les époux s'accordent pour vivre en couple selon une façon qui ne lèse pas les autres.

Comme on le verra, ces conditions n'ont pas toutes la même valeur, car certaines sont sanctionnées de la nullité absolue, parce que la loi établit qu'il s'agit d'empêchements dirimants, tandis que, pour d'autres, si elles ne sont pas respectées, la sanction sera moins sévère, s'agissant de « simples » empêchements prohibitifs.

Toutefois, la condition prioritaire pour qu'on puisse constater l'existence du mariage c'est la volonté commune des futurs époux, qu'ils soient majeurs ou qu'ils soient mineurs. Un mariage ne peut pas être célébré si les futurs conjoints n'ont pas manifesté leur intention de s'unir de manière libre et

¹⁸² Un auteur affirme que le mariage donne vie au statut familial, ce qui indique l'adhésion à la famille dans le rôle de conjoint, de parent, de fils. G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, 2006, p. 23.

¹⁸³ GUY RAYMOND, M. L. C.-DELFOSE, *Fasc. 10 : MARIAGE*. – *Les conditions à réunir dans la personne des époux*, Juris Classeur, Code civil, Date du fascicule : 24 Janvier 2014, Date de la dernière mise à jour : 12 Juin 2017.

consciente : les systèmes juridiques analysés protègent la liberté en ce qui concerne l'*an* et le *quando* du mariage, car personne ne peut être obligé de se marier : cela signifie qu'on peut à tout moment retirer son consentement au mariage.

Le consentement doit être exempt de vices, tels que l'absence de liberté et l'erreur relative à l'identité physique ou civile du cocontractant, ou l'erreur sur les qualités essentielles de la personne.

Le consentement des futurs époux est, donc, un élément essentiel dans la formation du mariage : d'une part, il doit exister et donc s'exprimer, puisque les textes sanctionnent par la nullité du mariage le défaut de consentement; d'autre part, il doit présenter une intégrité suffisante, puisque les textes sanctionnent également par la nullité du mariage certains vices du consentement¹⁸⁴.

Il faut donc, d'une part, manifester sa volonté de s'engager dans le mariage, et d'autre part il faut une décision extérieure qui sera exprimée par la célébration du rite laïque en France, tandis que l'Etat italien reconnaît aussi la validité des mariages célébrés devant les Ministres de culte.

En fait, les époux italiens peuvent choisir de célébrer leur union devant l'Officier de l'état civil ou devant le Ministre de culte catholique ou a-catholique.

Le mariage ne demeure pas un simple fait privé, car il y a une autorité reconnue par la loi et autorisée par cette dernière à la célébration selon un certain formalisme.

En fait, on parle d'effets civils qu'il faut reconnaître au mariage religieux, ce qui implique une vérification du respect des prévisions de la loi civile en la matière : si les publications à la mairie n'ont pas été faites, l'Officier de l'état civil ne peut pas délivrer l'autorisation qu'il faudra présenter au Ministre de culte pour qu'il puisse célébrer les noces.

¹⁸⁴ J. J. LEMOULAND, *Conditions de fond du mariage, Chapitre 111, Conditions psychologiques : consentement des futurs époux*. 111.11. Un élément essentiel, Section 1, in *Dalloz action Droit de la famille*, 2020-2021. En outre, des Auteurs affirment que les époux doivent, enfin, avoir la volonté de s'engager dans les liens du mariage, pour le mariage, c'est-à-dire en vue de mener une vie conjugale à part entière, et non dans le but d'en tirer un avantage particulier. Citation littéraire de J. HAUSER, S. S. CHAILLE DE NERE, *Droit de la famille: ouvrage citée*, sous la direction de M. CRESPE ET M. HO - DACH, Bruylant, 2018.

Autorité et liberté sont donc réciproquement connectées, de sorte que la valorisation de la liberté est subordonnée au contrôle de l'Etat.

De ce fait, on analysera les conditions de validité du mariage (Section 1) et le choix du célébrant de l'union maritale (Section 2).

Section 1. Les conditions de validité du mariage.

La formation du mariage suppose le respect d'un certain nombre de conditions de fond et de forme, dont l'inobservation fait obstacle à sa célébration. Si ces conditions ne sont pas respectées, des sanctions sont prévues.

En fait, les dispositions prévues seraient privées de toute efficacité dans le cas où elles ne seraient pas régies par le droit positif, étant donné que la formation du lien marital intéresse au plus haut niveau ledit "ordre public" et l'état des personnes, puisque le mariage crée une situation familiale.

De ce fait, on ne peut pas nier l'existence d'un intérêt prééminent qui dirige la famille, qui dépasse toute manifestation de volonté personnelle, laquelle est subordonnée aux limites qui façonne l'autonomie privée. Cet état de fait confirme la thèse selon laquelle le mariage ne perd pas son côté institutionnel, car il peut s'affaiblir mais jamais se dissoudre. La substance directionnelle reste pour empêcher que tous choix des parties puissent conduire à la fragilisation de la famille et à la perte définitive de son rôle de cellule de la société.

La formation du mariage impose, donc, pour cette raison, la nécessité d'accomplir un contrôle avant la célébration du mariage, car il faut vérifier le respect des conditions requises pour sa constitution. En particulier, un contrôle qui concerne les conditions de fond (Paragraphe 1) et les conditions de forme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les conditions de fond.

La formation du lien matrimonial suppose la réunion de conditions de fond de nature psychologique, car on doit vérifier que le consentement au

mariage subsiste et est librement donné, et physiologique (respect d'un âge minimal et différence de sexe entre les époux, mais seulement en Italie, ce qui montre la vocation naturelle du mariage à la procréation et qui justifie, du refus du mariage entre personnes de même sexe).

En particulier, le consentement constitue l'élément fondant le mariage, selon les articles 146 du code civil français¹⁸⁵ et 122 du Code civil italien¹⁸⁶ : le défaut de liberté, le rapt, l'erreur sur la personne, sont pareillement des empêchements naturels, parce qu'ils excluent l'idée d'un véritable consentement¹⁸⁷. Une manifestation de *volonté iocendi causa* impliquerait, en outre, la nullité du mariage par défaut d'intention matrimoniale ou un mariage considéré comme simulé. Le mariage n'est pas valide non plus lorsque les époux ne se connaissent pas, car dans ce cas il n'y a pas de consentement¹⁸⁸.

Les deux systèmes juridiques attribuent, donc, une attention spécifique au fait que le consentement fonde et dissout le mariage¹⁸⁹, de sorte qu'il est

¹⁸⁵ L'article 146 prévoit qu'« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

¹⁸⁶ Cet article se différencie de celui français en matière de consentement car cet élément est indiqué dans la circonstance de la pathologie de l'acte conjugal. En fait, le Code civil italien établit *que le mariage peut faire l'objet d'une contestation par le conjoint qui a donné son consentement sous l'effet de la violence ou en conséquence de crainte découlant de situations à lui étrangères*.

¹⁸⁷ J. E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, in https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Le Code civil italien indique les mêmes causes d'invalidité du mariage pour défaut de consentement ; il s'agit d'une nouveauté par rapport au Code civil de 1865 qui ne prévoyait pas l'erreur sur la personne parmi les causes d'invalidité du mariage.

¹⁸⁸ La connaissance réciproque des époux est un élément impératif fondant le consentement. G. BUFFONE, *Il «Matrimonio a prima vista» è valido?*, in *Il familiarista.it*, 23 agosto 2016.

¹⁸⁹ Dans le droit français, l'art. 180 du Code civil affirme que Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage.

S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut agir en nullité du mariage. L'art. 122 du Code civil italien établit que le mariage peut faire l'objet d'une annulation si le consentement n'était pas libre, mais l'effet d'une violence ou d'une crainte exceptionnelle. L'annulation est possible aussi dans le cas de faute sur l'identité de la personne ou sur ses qualités (maladie physique ou mentale ; décision de condamnation pour délit puni par une peine de durée supérieure à cinq ans ou pour délits concernant la prostitution ; état de grossesse causé par individu qui n'est pas le mari.

De ce fait, dans la conception psychologique des conditions de fond du mariage, la volonté des époux joue le rôle principal et doit être libre et exempte de vices. Sur ce point, O. LANGLES, Mariage - Vices du consentement et droit du mariage : une rencontre originale, in La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 13, 27 Mars 1998, p. 483.

nécessaire de préserver la spontanéité de l'intention matrimoniale, ce qui a pour signification la protection de l'autonomie de chacun¹⁹⁰.

Pour cette raison, la violence morale, consistant en une pression destinée à obliger une personne à accorder son consentement malgré sa volonté contraire, a été longtemps justifiée dans le cas où elle provenait des parents.

De nos jours, les deux systèmes juridiques établissent que la violence morale, si elle se présente sous la forme d'une menace, d'un mal injuste et futur¹⁹¹, peut constituer une cause qui a une incidence sur la validité de l'union (art. 180 du Code civil français et 122 du Code civil italien).

Il en est de même pour l'erreur. En particulier, l'erreur dans la personne est celle qui porte sur la personne physique, qui doit être déterminante du consentement, tandis que celle sur ses qualités essentielles porte sur des faits qui constituent objectivement un obstacle au mariage.

A la lumière de cet état de fait, il faut affirmer que l'erreur doit être subjectivement importante pour l'époux qui en est la victime, de telle sorte qu'elle empêche le développement du rapport conjugal, en s'agissant d'un obstacle qui ne permet pas d'exercer les fins du mariage : la Cour de Cassation italienne a établi que l'erreur doit avoir une incidence « objective » car elle doit empêcher le développement harmonieux et régulier du mariage¹⁹².

De ce fait, l'erreur ne peut pas être seulement subjective ; il faut qu'elle soit considérée comme portant sur une qualité essentielle, déterminante du consentement : la qualité doit en effet présenter, d'une part, un caractère « essentiel » aux yeux de l'époux dans l'erreur ; d'autre part, elle doit être

¹⁹⁰ E. VITALI, *L'invalidità del matrimonio civile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di G. Bonilini, Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, 2^a ed., Torino, 2007, p. 427.

¹⁹¹ Pour un exemple, V. CA Bordeaux, 6^e ch., 21 mai 2003, in *Juris-Data n° 2003-216430* : Le mariage doit être annulé pour vice du consentement de la femme qui apporte la preuve que son consentement a été obtenu par la violence. Elle établit que sa mère a fait pression sur elle et l'a menacée de sévices, V.L. TERNEYRE *Mariage fictif et sous pressions : où la violence émane de la mère et où elle est retenue*, in *Droit de la famille n° 1*, Janvier 2004, comm. 1.

¹⁹² Cour de Cassation italienne, Pr. Section Civile, n. 3407 del 12/02/2013, in *www.dejure.it*.

objectivement essentielle, car «les qualités essentielles sont celles qui sont sociologiquement déterminantes »¹⁹³.

Enfin, la crainte figure parmi les causes qui donnent lieu à une invalidité du mariage. L'art. 180 du Code civil français fait référence à la crainte révérrencielle, à la différence du droit italien qui l'exclut, car ce législateur affirme que la crainte à prendre en considération est celle qui provient *ab extrinseco*, c'est-à-dire par l'extérieur, par une force étrangère à la personne, et non *ab instrinseco*.

De ce fait, le droit italien ne reconnaît aucun rôle déterminant aux troubles psychiques de l'époux qui a consenti au mariage, ce qui peut en réalité être une limite grave car la personne a pu être amenée à gérer des situations qui lui paraissaient insurmontables.

En revanche, la similitude entre les deux systèmes juridiques peut être bien constatée au niveau de la crainte tout simplement considérée, car elle représente la conséquence de situations extérieures aux individus qui ont des effets déterminants sur le mariage.

La nécessité de donner un consentement libre est strictement liée au besoin de s'assurer que les époux ont atteint la maturité physiologique et donc, qu'ils sont/ils ont été (dans le cas de mariage posthume) à même de prendre sciemment des décisions impliquant une modification de leur état civil.

Pour cette raison, les deux systèmes juridiques établissent que les époux doivent avoir 18 ans révolus (art. 144 du Code civil français et 84 du Code civil italien)¹⁹⁴.

¹⁹³V. EGEA, *La non-virginité de l'épouse n'est pas une qualité essentielle* – Cour d'appel de Douai 17 novembre 2008 – D. 2008. 2938, in *Recueil Dalloz*.

¹⁹⁴ La Cour européenne des droits de l'homme considère que la question de l'âge requis en vue du **mariage** relève de la marge nationale d'appréciation des états : CEDH, 8 déc. 2015, aff. 60119/12, *Z H et R. H. c/ Suisse*, Dalloz actualité 24.12.2015, Droit au respect de la vie familiale et droit au mariage d'une mineure.

Cette évolution est marquée par le fait qu'entre les garçons et les filles, il n'y a plus de différence d'accès à l'éducation, à la formation et à l'exercice d'une activité professionnelle¹⁹⁵.

Ceci rappelé, on examinera le consentement dans l'hypothèse du mariage posthume (A) et le consentement lorsque les futurs mariés sont des mineurs (B).

A – Le consentement dans l'hypothèse du mariage posthume.

Les Codes civils français et italien subordonnent la validité du mariage à la manifestation du consentement des époux : la vérification de l'existence de la volonté suppose d'abord qu'elle puisse être constatée¹⁹⁶.

En particulier, le Code civil français est impératif sur ce point, parce que l'art. 146 de ce Texte établit que « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Le Code civil italien prévoit, simplement, à l'article 107 que l'Officier de l'état civil reçoit personnellement la déclaration des futurs époux qui expriment leur volonté de se marier¹⁹⁷.

Cet élément, qui représente l'aboutissement d'un accord préalable qui s'est formé progressivement, doit être libre et éclairé, de même qu'il faut vérifier la capacité des futurs époux de l'exprimer à l'occasion d'une cérémonie publique, et qu'il ait une intégrité suffisante, les Textes de loi en objet sanctionnant par la nullité certains vices.

En particulier, il faut remarquer que le droit refuse toutes manifestations implicites de volonté et toutes les situations douteuses, en prévoyant la présence physique des époux lors de la célébration, de sorte que l'officier de l'état civil puisse vérifier le consentement au mariage.

¹⁹⁵ *Rép. Min., n° 73535, Min. Justice, Mariage - Âge matrimonial – Veille, alerte 65, Droit de la famille n° 7/8, Juillet 2005.*

¹⁹⁶ Y. BUFFELAN LANORE, V. LARRIBAU TERNNYRE, *op. citée*, p. 655.

¹⁹⁷ En France, l'art. 75, al. 6, du Code civil établit que « Il (l'officier de l'état civil) recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ ».

Pour cette raison, on se demande quelle est la justification du mariage posthume¹⁹⁸, à savoir le mariage dénué de toute communauté de vie.

En effet, le terme posthume renvoie à quelque chose qui apparaît après la mort, situation dans laquelle la personne physique ne peut plus faire aucune manifestation de volonté ni accomplir aucun acte qui a valeur juridique.

Sur la base de ce principe, considérant la mort comme la fin des fonctions cérébrales de l'individu et, donc, comme un moment qui détermine la perte de sa capacité juridique et d'agir, le droit italien n'accepte pas la possibilité d'un mariage posthume, à la différence du droit français où la volonté de se marier est déduite des actes accomplis avant le décès et le mariage est fictivement daté de la veille de la mort du conjoint décédé.

Toutefois, cette exclusion impérative, qui ne laisse place à aucune marge de réflexion, n'est pas la vision du législateur français, qui admet, plus réalistement et seulement à certaines conditions, ce type de mariage.

En fait, comme tout juriste le sait, ce qui constitue le mariage c'est uniquement l'échange des consentements, c'est la condition technique qui matérialise la volonté de se marier au moment de la célébration¹⁹⁹.

L'article 146 du Code civil dispose: « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

Cela signifie que le droit français admet la dispense de la cérémonie finale²⁰⁰, mais uniquement lorsque le Président de la République a eu la certitude que les parties étaient fermement disposées à se marier, car il n'a pas le droit de supputer un consentement non préalablement exprimé.

De plus, sur la base de l'examen de l'art. 171 du Code civil, il est bien clair qu'il doit exister une situation exceptionnelle (la loi parle expressément de

¹⁹⁸ Le mariage posthume a été une création du droit positif français, qui l'a prévu et réglementé avec la loi no 59-1583 du 31 décembre 1959, à la suite d'un événement tragique, celui de la rupture du barrage de Malpasset. À l'époque, l'opinion publique s'était émue du sort d'une jeune fille enceinte, dont le mariage aurait dû être célébré deux semaines plus tard si son fiancé n'avait été emporté par les eaux.

¹⁹⁹ Le consentement des époux se matérialise par l'échange des « oui » solennels pendant la célébration publique. F. DEBOVE- R. SALOMON et T. JANVILLE, *Droit de la famille*, Vuibert, coll. Vuibert droit, 8^{ème} éd., 2012, p. 139.

²⁰⁰ Le défaut de comparution personnelle des époux lors de la célébration équivaut à l'absence du consentement. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2006, p. 288.

« motifs graves »²⁰¹), car le législateur a soumis la validité de ce lien au respect de précises précautions pour éviter que ce mariage ne tourne pas seulement à la recherche d'avantages matériels²⁰².

La conclusion de cette union matrimoniale n'exclut pas, en fait, un contrôle sur l'existence des volontés de se marier, car elle peut être autorisée si une réunion suffisante de faits permet d'établir sans équivoque le consentement de l'époux décédé (art. 171, al. 1er du Code civil).

En particulier, la complexité de la situation légitimant ce mariage, qui impose d'obtenir une autorisation du Président de la République, implique de réunir plusieurs éléments de preuve, de nature objective (accomplissement de certaines formalités) et subjective (attestations de témoins²⁰³).

Selon le Code civil, dans sa version antérieure à la réforme du 17 mai 2011, cette preuve objective résultait, en premier lieu, de « l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement » ([art. 171](#) du Code civil), l'accomplissement d'une seule étant d'ailleurs suffisante²⁰⁴.

²⁰¹ Le mariage posthume peut être autorisé s'ils subsistent des motifs graves, dont l'existence est laissée à une appréciation assez libérale du Juge, comme ils démontrent les décisions dans lesquelles on a souligné et retenu, afin de l'autorisation d'un mariage posthume, la profonde commotion provoquée chez la fiancée par la mort de son futur mari et de son désir de respecter la volonté profonde de celui-ci a pu être retenue (*TGI Albertville, 3 juill. 1987 : Gaz. Pal. 1989, 1, p. 27, J. Pascal*), comme un concubinage ancien, qui a pu être retenu (sur un exemple de mariage posthume précédé d'un concubinage d'une durée de huit années, *Cass. 1re civ., 6 déc. 1989, n° 88-11.994*).

²⁰² J.F.ESCHYLLE, *MARIAGE*. – *Conditions*, actualisé par Sylvain Thoure, *JurisClasseur Procédures Formulaire, Fasc. 10*, Date du fascicule : 27 Décembre 2016, Date de la dernière mise à jour : 27 Décembre 2016. En particulier, les effets qui découlent de ce mariage sont extrapatrimoniaux (Usage du nom du conjoint), mais il y a également des effets patrimoniaux (les effets du mariage remontent à la veille du jour du décès), mais aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé. D'un point de vue fiscal, le mariage posthume permet au conjoint survivant d'opposer à l'administration fiscale sa qualité d'époux et de pouvoir bénéficier des avantages fiscaux en matière de mutation à titre gratuit. D'un point de vue social, le mariage posthume permet au conjoint survivant de prétendre non seulement à une pension de réversion ou à l'allocation-veuvage.

²⁰³ C.A. Nancy, 3^e ch. civ., 15 janv. 2016, n° RG : 15/00048 in *Analyse Jurisdata*, qui affirme que des témoignages - selon lesquels le défunt aurait déclaré qu'à la suite de son divorce, il ne voulait plus se remarier, sans que l'on connaisse la date exacte de ces propos - ne permettent pas de contredire des témoignages précis établissant que le défunt avait manifesté – juste avant son décès – son intention d'épouser la mère de son enfant.

²⁰⁴ CA Grenoble, 5 sept. 2001, JCP G 2002, IV, n°1556.

Toutefois, «*la publication des bans, d'abord exigée, est remplacée par un faisceau de preuves convergentes moins officielles attestant de la volonté matrimoniale du défunt* »²⁰⁵.

Il est simplement nécessaire de prouver, en fait, que ce dernier n'est pas revenu sur son consentement, ou que ce consentement n'est pas devenu équivoque et que des motifs graves subsistent, comme, en principe, ceux liés à la situation de l'enfant né ou à naître, qui peut ainsi bénéficier d'une filiation légitime.

Par conséquent, le législateur italien pourrait, lui aussi, prévoir un régime identique en cas de prédécès de l'un des conjoints, car le choix du législateur français n'est pas illogique, mais, par contre, il est soumis au respect de plusieurs exigences, conduisant à vérifier l'existence du consentement du défunt, à la lumière d'un cadre d'indices graves, précis et concordants.

C'est la nature institutionnelle ou de « contrat institutionnel » du mariage qui demeure et qui n'est jamais mise en discussion: la loi pourra dispenser des formes solennelles de l'expression du consentement, non de celui-ci. Ce mariage présente une nature spécifique, car il n'a pas d'effets sur les conditions de fond, dont le respect est toujours impératif, ce qui implique que le mariage posthume pourrait être annulé lorsque la persistance du consentement de l'époux prédécédé n'est pas établie au moment du décès.

En particulier, il n'est pas douteux que le principe général du consentement au mariage ne saurait nullement être affecté ou remis en cause par la seule existence d'une disposition exceptionnelle ouvrant la possibilité d'autoriser un mariage posthume dès lors que des formalités officielles auraient été accomplies.

En d'autres termes, le pouvoir exceptionnel d'autorisation du mariage à titre posthume doit être subordonné impérativement à l'accomplissement préalable de formalités officielles, manifestant clairement le consentement du défunt.

²⁰⁵M. BIEGELMANN-MASSARI, *Quand le Code Civil Interdit le Mariage et Marie les Défunts, Etudes*, in *Droit et Société*, Vol. 26, p. 165.

Autrement dit encore, les règles relatives à l'intégrité du consentement et à sa manifestation libre et claire ne pourraient pas définitivement reculer au seul motif que le potentiel futur époux aurait trépassé.

Toutefois, il est nécessaire de préciser que le seul consentement ne constitue en aucune manière une condition suffisante à l'établissement de la volonté du défunt, car, à l'instar de la loi française, celle italienne devrait prendre en compte les faits postérieurs aux formalités et antérieurs au décès.

La libre manifestation de la volonté humaine vient, donc, au premier plan, car elle représente le fondement d'une requête de reconnaissance de mariage posthume, même s'il faut souligner qu'elle est bien encadrée dans la mesure où il faut prévoir un contrôle public destiné à vérifier si les conditions à la base du mariage posthume sont satisfaites, dans le cas contraire il y aura rejet de la demande du survivant.

En plus, la contradiction dans la loi italienne est évidente à l'heure actuelle, si on admet que les relations familiales ne se posent plus dans les mêmes termes qu'auparavant.

Dans ce sillage, on peut constater que les articles 8 et 9 de la loi 40/2004 établissent la centralité du consentement en matière de procréation médicale, lequel peut se fonder sur des simples faits univoques, ce qui permet d'affirmer que celui qui naît par cette technique d'aide à la procréation après la mort du père qui avait donné son accord, doit être considéré comme enfant du couple accédant à la procréation avant la dissolution du lien marital par mort²⁰⁶.

Le Texte de l'art. 8 donne reconnaissance à un choix conscient de la procréation, ce que le législateur pourrait faire en matière de mariage posthume.

²⁰⁶ Cass. civ. 15.05.2019 n. 13000 <http://www.rivistafamilia.it/wp-content/uploads/2019/06/Cass.-civ.-15.05.2019 n.-13000.pdf>

B - Le consentement lorsque les futurs mariés sont des mineurs.

Il n'existe pas, ni en droit français ni italien, d'âge maximum pour se marier. Le mariage des vieillards est admis, à condition qu'ils puissent exprimer un consentement valable.

Toutefois, les Codes civils français et italien fixent un âge minimum pour se marier, tandis que le droit canonique fixe cet âge à 16 ans pour les garçons et 14 ans pour les filles.

Les articles 144 du Code civil français et 84 du Code civil italien se présentent, donc, comme très exigeants à cet égard: ils requièrent l'accomplissement des dix - huit ans d'âge pour les filles comme pour les garçons²⁰⁷.

On affirme, en fait, qu'il est requis une certaine maturité émotionnelle et psychologique²⁰⁸, car le mariage n'est pas une simple association de deux personnes.

Pour cette raison, en matière de mariage, le mineur non émancipé est considéré, en général, comme un incapable, mais les droits français et italien s'accordent pour permettre la constitution de cette union et pour lui faire produire des effets : la liberté de se marier avec la personne choisie doit être protégée.

En fait, il revient aux Juges du Tribunal des mineurs en Italie et au Procureur de la République en France, de rechercher si le mineur est conscient des enjeux de l'acte qu'il va passer.

Le droit essaye, avec ces prévisions, d'éviter tous les risques qu'une liberté absolue de la personne humaine pourrait faire courir : le choix des mineurs de se marier est subordonné à l'existence d'une dispense, de sorte que leur liberté de contracter un mariage est strictement encadrée, car découlant d'un acte de l'autorité judiciaire.

²⁰⁷ Le Code civil français, depuis 2006, établit que <<l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix - huit ans révolus>> ; celui italien que les mineurs d'âge ne peuvent pas se marier.

²⁰⁸ L'alignement de l'âge pour se marier se fonde sur une double justification. Il s'agit non seulement de supprimer la discrimination qui existait à l'égard de l'homme, mais également de lutter contre la pratique des mariages forcés.

Les fondements traditionnels du mariage à ce sujet ne sont pas totalement remis en cause, car la création du mariage est possible après un contrôle effectué par l'Etat, ce qui garantit la formation d'une union qui ne sera pas considérée comme une fin en soi mais comme à même d'assurer l'autoréalisation des conjoints.

Pour cette raison, la rigueur du principe qui fixe l'âge du mariage à 18 ans révolus²⁰⁹ est atténuée par les dispenses qui peuvent être accordées pour des motifs graves²¹⁰ (Codes civils français et italien articles 144 et 84), après avoir vérifié l'aptitude physiologique au mariage des futurs conjoints²¹¹.

Il faut vérifier, en fait, la capacité du mineur à contracter le mariage. En un mot qu'il soit à même de comprendre les responsabilités qui en découlent. En particulier, en France, il s'agit de "motifs graves" dont la constatation persuade le décideur de la nécessité (ou pas) d'accorder l'autorisation au mariage.

Toutefois, il est nécessaire que la procédure entière se fonde sur le consentement du mineur au mariage, car la volonté constitue l'élément le plus important ordonné à ce but. Cela est carrément évident dans le droit italien, parce que l'article 84 du Code civil établit de façon expresse que le Tribunal doit être saisi par l'intéressé, c'est-à-dire le mineur, afin qu'il puisse être autorisé à se marier²¹².

²⁰⁹ Une telle hypothèse n'a pas été admise dans le cadre du Pacte civil de solidarité, car dans ce cas les mineurs ne peuvent bénéficier d'aucune autorisation à conclure un pacte civil de solidarité, la loi étant à cet égard plus exigeante que pour le mariage. Ce cadre est identique à celui italien, où l'union civile peut être constituée uniquement par deux individus majeurs. La loi Cirinnà, en fait, prévoit expressément cette condition, c'est à dire l'accomplissement des 18 ans, et aucune dérogation ne semble possible, car en la matière le renvoi à la prévision de l'article 84 du Code civil n'a pas été fait.

²¹⁰ Les motifs graves sont indiqués de manière générale, pour laisser au Juge la possibilité d'évaluer la situation concrète. Sur ce point, AA.Vv., *Diritto di famiglia, Formulario commentato, Profili sostanziali e processuali*, a cura di Cubeddu Wiedemann M.G., Corder P., Uda G. M., Wolters Kluwer, 2019, p. 85.

²¹¹ V. BONNET, *Droit de la famille*, Larcier, 2021.

²¹² En Italie, cette prévision de loi est la seule qui autorise le mineur à l'accomplissement d'un acte juridique pour lequel est requise la pleine capacité d'agir. En fait, la règle est qu'avant les 18 ans personne ne peut conclure contrats, accomplir actes de nature patrimoniale ou concertants l'état des personnes. Le mariage ne peut pas, donc, être contracté avant les 18 ans révolus. Le législateur du Code civil italien, toutefois, accorde ce pouvoir au mineur, considérée la situation particulière dans laquelle il se trouve, lorsque de graves motifs subsistent et, en ce cas, lui permet de saisir le Tribunal pour expliquer les raisons pour lesquelles il veut se marier. L'importance du rôle joué par le mineur est, en outre, souligné par le fait que la règle de droit en objet demande un simple avis de la part des parents de ce dernier et pas l'expression de leur consentement, comme par contre prévu par le législateur français.

Ce contrôle est conforme aux thèses qui soutiennent le caractère institutionnel du mariage, car les motivations qui constituent le fondement de la décision des mineurs de se marier sont soumises à la vérification de l'autorité publique qui doit s'assurer que dans l'exercice de ce choix il n'y a pas de risques affectant la communauté de vie que les époux vont constituer après la célébration de leur mariage.

Enfin, il faut préciser que le droit italien ne permet pas d'accorder cette dispense aux mineurs de 16 ans.

En fait, en France, en pratique, « le Procureur de la République n'accordera pas une telle dispense pour un mineur de moins de quinze ans, car ce seuil est considéré comme correspondant à la majorité sexuelle en droit pénal »²¹³.

En Italie, le mariage ne peut jamais être célébré si l'un des futurs époux est un individu âgé de moins de 15 ans. En plus, ce mariage ne peut jamais faire l'objet d'une transcription, dans le cas où il aurait été célébré à l'étranger, parce qu'il sera contraire aux principes généraux en matière d'ordre public²¹⁴.

De ce fait, les deux législateurs suppriment toute place possible pour les choix personnels des mineurs, confirmant que le caractère contractuel du mariage, reconnu de nos jours comme prééminent par certains, régresse là où l'Etat est obligé d'effectuer des contrôles visant à assurer la protection des individus les plus faibles.

La cohérence générale du droit n'est pas donc affectée, puisque la protection du groupe familial suppose d'être impérativement encadrée, ce qui ne rend pas possible une vraie « désinstitutionalisation » du mariage, si non dans la mesure où, pour poursuivre un souci de simplification, le droit français établit que la discordance des parents équivaut à consentement²¹⁵.

²¹³ V. EGEA, *Droit de la famille*, Lgdj, p. 61.

²¹⁴ Il n'est pas relevant que le mariage du mineur a été célébré en Italie ou à l'étranger. La loi italienne exclut en tout cas la validité de ce mariage, comme prévu à l'article 118 Ord. Etat civil, où on établit la nullité de ce mariage, qui ne pourra jamais faire l'objet d'une transcription, car le mineur devrait toujours avoir atteint l'âge de 16 ans.

²¹⁵ L'article 148 du Code civil français établit que « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement »

De plus, la permanence du côté institutionnel du lien marital est confirmée par le défaut d'une prévision législative qui autorise la constitution d'un Pacs ou d'une union civile entre mineurs.

En particulier, les Textes de la loi française et italienne établissent de façon expresse que le Pacs/union civile est contracté/é par des sujets majeurs.

Ce contrat est donc exclu pour le mineur, car dans la loi Cirinnà il y a aussi une référence à l'âge minimal pour la constitution de ce lien para conjugal, comme l'établit l'art. 84 du Code civil pour le mariage, qui permet, toutefois, d'abaisser le seuil en dessous de 18 ans, quand on constate l'existence de graves motifs.

Il est évident, de ce fait, que le législateur italien « raisonne » encore dans les termes de la théorie institutionnelle du mariage, posant à la base de cette interdiction l'absence de grossesse.

Puisque cette hypothèse ne se retrouve en aucun cas lorsqu'il s'agit d'une union homosexuelle, qui n'est pas vouée à la procréation, le législateur a cru bon d'exclure toute réglementation en la matière. Pour autant, la constitution d'une union civile est régie de façon impérative par les règles qui régissent le contrat en matière de capacité et si ces conditions ne sont pas remplies, le lien créé sera passible d'annulation.

Paragraphe 2. Les conditions de forme.

L'importance sociale du mariage conduit les droits français et italien à exiger le respect de certaines formalités pour sa formation. Le mariage en droit français et en droit italien est en effet un acte solennel.

On aurait pu considérer suffisante une simple bénédiction parentale dans le cadre familial, mais les législateurs ne l'ont pas voulu ainsi. En fait, ils ont souhaité faire du mariage un acte très solennel²¹⁶, préférant privilégier la sécurité plutôt que la liberté, l'aspect institutionnel plutôt que celui volontaire, car le mariage crée une famille, un groupe qui a des intérêts distincts de la somme des intérêts personnels des époux.

²¹⁶ Le mariage n'a pas toujours été entouré du véritable rite civil que les Codes civils français et italien ont prévu, dans le souci d'implanter le mariage civil par rapport à celui religieux.

Le mariage fait donc l'objet d'une célébration²¹⁷ et son rite exprime sa dimension sociale, comme prévu par la Convention universelle des Droits de l'homme, aux termes de laquelle le consentement, qui représente l'aboutissement d'un accord préalable qui s'est formé progressivement, doit être libre et éclairé²¹⁸, de même qu'il faut vérifier qu'il ait une intégrité suffisante.

Cette prévision donne soutien à la thèse qui affirme le côté institutionnel du mariage, qui doit être conforme à un ordre public préétabli, ce qui empêche tant l'effacement totale de la contrainte que la libre constitution et dissolution des liens.

Dans l'espoir d'augmenter le nombre des mariages, le législateur a toutefois essayé d'alléger progressivement les formalités nécessaires, car un nombre trop important de démarches et d'actes, voire de frais, poussait les futurs époux à se résigner à une cohabitation devant être plus tard régularisée²¹⁹.

Toutefois, afin de vérifier la permanence du caractère institutionnel du mariage ou son affaiblissement au profit de la thèse contractuelle, on peut analyser la procédure des publications (A) et la dispense des publications dans le cas de mariage en extremis (B).

A – La procédure des publications.

Les Codes civils français et italien établissent une publicité du projet de mariage²²⁰, pour renseigner la société de son existence et inciter ceux qui

²¹⁷ La célébration répond à un rituel soigneusement réglé. Et, pour éviter qu'elle n'intervienne malgré la violation d'une condition de formation du mariage, les codes civils prévoient la possibilité d'y faire obstacle en formant opposition.

²¹⁸ L'al. 2 de l'art. 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit que « *le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux* ».

²¹⁹ M. LAMARCHE, J. J. LEMOULAND, *Mariage: conditions de formation*, , Part. II, Conditions de forme, Tit. 1 - Formalités préparatoires, Chap. 1 - Publications 399 - 414, *Répertoire de droit civil*, janvier 2004, actualisé août 2017.

²²⁰ Il faut remarquer que l'origine des publications des bans de mariage peut être trouvée dans le droit canonique qui, exige l'annonce publique du projet de mariage. Les fidèles sont titulaires du pouvoir de signaler les empêchements dont ils ont eu connaissance. Le code civil s'est inspiré de ce système et

ont connaissance de quelque empêchement à sa célébration de se manifester auprès de l'officier de l'état civil.

En fait, la loi a voulu donner à l'officier de l'état civil les moyens de constater que les parties remplissent les conditions nécessaires pour se marier, en vertu du caractère éminemment personnel du droit en objet²²¹.

Il s'agit d'un cadre directionnel caractérisé par l'impérativité des dispositions en matière de publications, qui ne font pas l'objet d'une dérogation par décision des parties, obligées de se rapprocher de ce que la loi a établi, car l'aspect institutionnel l'emporte sur celui contractuel.

L'intérêt de la collectivité à connaître l'intention des futurs conjoints est toujours considéré comme prioritaire, de ce fait on constate l'existence d'une organisation juridique contraignante préétablie à laquelle les époux adhèrent.

Le mariage ne peut pas en fait être défini comme un acte subjectif ou « contractuel » dans le sens plein du terme, car si le contrat donne vie à l'union par la manifestation réciproque de la volonté, il est cependant vrai que cette volonté s'estompe dans la mesure où les futurs conjoints sont tenus de respecter en bloc les conditions de formation.

La procédure de publication confirme que le mariage sort de l'ordinaire contractuel car il crée l'état d'époux, qui ne fait pas l'objet d'une autonomie totale ne pouvant être soumis à la même « règle privée » qui donne vie au contrat.

Pour cette raison, on constate la résistance de la théorie institutionnelle du mariage, qui légitime la réalisation d'interventions répressives en cas de situations qui s'opposent au choix de vie de couple des futurs conjoints.

En fait, même si la modernité se caractérise par le triomphe de la liberté individuelle et par le dépassement de l'ordre public prohibitif, on ne peut pas nier que l'acte de mariage, en raison du fait qu'il crée le statut

établit une publicité du projet de mariage pour prévenir le milieu social et inciter ceux qui ont connaissance de quelque empêchement à se manifester auprès de l'officier de l'état civil et à former opposition.

²²¹A. NATALE, *Il matrimonio civile. Le formalità preliminari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, Torino, 2017, p. 204.

matrimonial, c'est-à-dire l'état d'époux, ne peut pas échapper au contrôle préalable de l'autorité publique. Dans ce domaine, l'autonomie individuelle n'a qu'une emprise minimale.

Il faut préciser qu'il ne s'agit pas d'identifier l'Etat comme un sujet qui manifeste ses décisions dans une dimension répressive, mais, par contre, comme le « *bonus pater familias* », qui est parfois obligé de réduire le consensualisme manifesté par les futurs conjoints pour garantir le respect des intérêts généraux de la collectivité.

En particulier, les publications prennent la forme d'une affiche portant les noms, prénoms, professions, domiciles et résidences des futurs époux ainsi que le lieu de célébration du mariage, la signature de l'officier de l'état civil et le lieu et la date auxquels elle a été apposée.

Comme prévu à l'alinéa 1 de l'art. 70 du Code civil français, les époux sont obligés, en outre, de présenter à l'officier de l'état civil une copie intégrale de leur acte de naissance datant de moins de trois mois, à défaut un acte de notoriété²²² délivré par un notaire (art. 71 du même Texte de loi).

De cette façon, il est possible de vérifier l'identité des futurs conjoints, pour éviter que des empêchements à la célébration du mariage puissent exister et ne soient pas découverts.

A cette fin, on ne peut pas penser que le formalisme du mariage va s'affaiblir avec le temps²²³, car la lutte contre les mariages de

²²² Cet acte doit au préalable démontrer que l'acte de naissance du futur époux a existé et qu'il était régulier (T. civ. Seine, 3 juill. 1936). Son importance découle du fait que la notoriété obéit à des conditions particulières qui ont été édictées, à propos de la preuve de la possession d'état, par la loi no 73-2 du 3 janvier 1972 en matière de filiation, mais qui sont applicables aux actes de notoriété délivrés afin de substituer, lors de la célébration du mariage, l'acte de naissance des futurs époux (Circ. min. Justice, 17 juill. 1972, JO 20 juill., JCP G 1972, III, n°39447, circulaire relative aux conséquences de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation en matière d'état civil).

²²³ Sur ce point, on constate que plusieurs autorisations, qui étaient autrefois exigées, ont progressivement disparu, que ce soit pour le mariage des militaires (sauf motif tiré de l'intérêt de la défense nationale) ou pour celui des agents diplomatiques pour lesquels il est prévu simplement qu'ils doivent informer le ministre de leur intention au plus tard un mois avant la date prévue pour les publications légales et lui communiquer les renseignements relatifs à l'état civil et à la nationalité du futur conjoint. Un régime d'autorisation subsiste pour le mariage du mineur et des majeurs placés sous curatelle ou sous tutelle, car le mineur qui souhaite se marier doit obtenir l'autorisation de ses parents., mais dans une logique de simplification, il est prévu que le dissentiment des parents emporte consentement.

complaisance²²⁴ et forcés a conduit le législateur à multiplier les pièces et les justifications nécessaires et donc à renforcer le fondement institutionnel du mariage, malgré la diffusion des thèses qui vont dans la direction opposée.

En fait, si la protection de l'égalité entre les époux et l'exaltation des droits et des libertés individuelles caractérisent le droit de la famille de nos jours, de façon que certains affirment que parler des nullités de mariage pourrait être anachronique, le « mélange » entre l'aspect institutionnel du mariage avec celui contractuel ne trouve pas de place dans la phase de l'établissement du lien familial, car il est impératif de respecter des formalités imposées par la loi en la matière.

Il s'agit, en particulier, d'effectuer un contrôle public visant à vérifier s'il y a la possibilité pour deux personnes d'obtenir réciproquement la qualité d'époux.

Toutefois, si les règles concernant les publications ne sont pas respectées, aucune nullité n'est prévue, car les deux systèmes juridiques établissent dans ce cas seulement une sanction pécuniaire.

Donc, le mariage célébré sans avoir fait les publications préalables reste valide, même s'on constate une violation des fondements procéduraux du mariage institution, qui n'ont pas été modifiés pendant les siècles, à la différence des critères substantiels, comme ceux concernant l'âge ou le sexe, qui ont fait l'objet d'importantes réformes juridiques qui ont permis de changer la nature juridique du mariage. Ce dernier, en fait, d'acte fondateur d'une famille, est devenu un moyen de reconnaissance et d'organisation légales de la vie de couple.

Toutefois, cette prévision semble être en contradiction avec le cadre social actuel, caractérisé par l'augmentation du nombre des mariages fictifs et des fraudes en matière d'état civil, commises dans le but d'accéder à la nationalité d'un Pays étranger ou d'obtenir un permis de séjour, ce qui a

²²⁴ Ces mariages se caractérisent car, comme dit dans un attendu de principe de la Cour de cassation, ils ne relèvent pas de la sphère protégée par les articles 8 et 12 de la Convention EDH, en l'absence de toute intention matrimoniale et de toute vie familiale effective. *Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2017, n° 16-13441 in Analyse Juris Data.*

conduit le législateur français à promulguer la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, pour introduire la procédure d'audition des futurs époux²²⁵.

Sur la base de cette disposition de loi, en fait, la publication du mariage est impérativement subordonnée à l'audition²²⁶ commune des futurs époux par l'officier de l'état civil ou son délégué, sauf impossibilité ou dans le cas où on estime que cette audition n'est pas nécessaire car il n'y a pas de risque de défaut ou de vice du consentement²²⁷.

Cette audition présente, donc, une importance pratique, *car c'est ce contact personnel²²⁸, plus que des éléments tirés des pièces d'un dossier, qui permet véritablement de se rendre compte si les intéressés ont l'intention de contracter un véritable mariage²²⁹.*

Encore une fois l'Etat exerce son rôle dirigiste, qui permet de vérifier l'authenticité du lien entre les époux, c'est-à-dire la réalité du consentement des parties et qu'il y a absence d'un but outre que celui typique du lien marital.

²²⁵ La loi du 26 novembre 2003 avait introduit dans le Code civil une disposition selon laquelle l'irrégularité du séjour constituait un indice suffisant d'absence d'intention matrimoniale. Cependant, cette disposition a été annulée par le Conseil constitutionnel, qui a affirmé que « le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé. Cons. const., déc. n° 2003.484, 20 novembre 2003.

²²⁶ C'est au cours de cette audition que l'officier d'état civil recueille les indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé pour défaut de consentement (C. civ., art. 175-2, al. 1^{er}) qui lui permettent de saisir le procureur de la République qui décide soit de faire opposition, soit de surseoir à la célébration du mariage pour le temps nécessaire à mener une enquête, soit de laisser procéder au mariage (C. civ., art. 175-2, al. 1^{er} et 2).

²²⁷ L'audition, prévue par l'article 63, al.2, du Code civil, est toutefois facultative, puisque l'officier d'état civil peut ne pas y procéder s'il apparaît qu'elle n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180 du Code civil ou en cas d'impossibilité. Tel est le cas où l'un des futurs époux ne peut être présent en raison de la non obtention d'un visa. La Cour de cassation a ainsi pu considérer qu'une cour d'appel pouvait valablement faire injonction à l'officier d'état civil de recevoir le dossier de mariage, de publier les bans et de fixer la date de la célébration de l'union matrimoniale, dès lors qu'on a constaté l'impossibilité de procéder à l'audition commune des futurs époux en raison de la non obtention d'un visa (sur le point, Cour de Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 2007, no 05-14.720).

²²⁸ Il est possible que l'officier de l'état civil décide de s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux.

²²⁹ J. MASSIP, *Audition des futurs époux avant la célébration d'un mariage et responsabilité des officiers d'état civil*, Defrénois, n° JP2007DEF0535N1, 15 avril 2007, p. 535.

Pour cette raison, aux termes de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006²³⁰, il a été permis au maire de déléguer à un ou plusieurs fonctionnaires titulaires du service de l'état civil de la commune le droit de procéder à l'audition des époux.

Cette disposition permet, donc, de dépasser la limite qui avait été constaté dans les grandes municipalités, où le service d'état civil était unique et l'obligation imposée par la loi était très difficile à observer. Dans ce cas, « *on se contentait souvent, [...], d'un signalement au procureur de la République à partir des seules pièces du dossier pour les cas paraissant douteux*²³¹.

Le but de cette prise de position du législateur français est d'éviter l'annulation de l'union, car les mariages de complaisance sont soumis à cette sanction, pour défaut de consentement (art. 146 du Code civil). En effet, il y a défaut de consentement lorsque les époux ont décidé de se marier en vue d'un résultat étranger à l'union.

La loi italienne se tait sur ce point. Aucun moyen similaire dans la lutte des mariages fictifs ou de complaisance n'est prévu par le législateur, qui n'a pas prévu de moyens légaux spécifiques contre la répression des mariages blancs, à mettre en œuvre dans la phase qui précède la célébration de l'union.

En fait, dans le droit italien, les instruments destinés à lutter contre les mariages fictifs sont susceptibles d'être adoptés et utilisés uniquement après la célébration du mariage, car le mécanisme est différent du droit français, qui opère dans une logique préventive.

En particulier, jusqu'à présent la protection accordée en Italie dans le cas de mariage forcé est celui de la simulation du mariage, réglementé à l'art. 122 du Code civil, qui permet au conjoint intéressé de démontrer que son mariage a été célébré dans la perspective d'obtenir un avantage qui est complètement autre que celui que la communauté matrimoniale.

Il y a un mariage simulé, en fait, si le but recherché par les époux n'est pas exclusif de la volonté de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder

²³⁰ Cette loi vise, en particulier, à renforcer la prévention des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

²³¹ J. MASSIP, *Audition des futurs époux, précité*.

les conséquences du mariage²³². Par exemple, ce dernier subsiste lorsque le mariage a été contracté dans le but exclusif de permettre à l'époux d'obtenir une carte de résident, pour pérenniser sa permanence en Italie. Le Code civil italien, donc, prévoit un mécanisme de protection contre les mariages fictifs, mais ce dernier n'a rien à voir avec la perspicacité qui caractérise le législateur français, qui se montre en ce cas encore plus attentif dans la lutte contre tout ce qui peut nuire à la sincérité du consentement.

De plus, renvoyer la protection à une phase postérieure au mariage est complètement illogique, si on admet que l'Officier de l'état civil français conduit une audition au cours de laquelle il peut constater l'existence d'indices prégnants qui révèlent l'absence d'intention de se marier. Dans ce cas, l'officier de l'état civil saisit le Procureur de la République, qui peut former opposition au mariage, empêchant ainsi une célébration qui ne vise pas à l'instauration d'une vie en commune, mais poursuit d'autres finalités²³³.

Comme déjà indiqué, des actions en nullité, postérieurement à la célébration, sont possibles.

²³² Il est clair qu'il n'y a pas de mariage simulé si le but recherché, droit au séjour, changement de nationalité, par exemple, n'est pas exclusif de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences légales du mariage. Sur ce point, la Cour de Cassation, sect. I, n. 16221 31.7.2015, a affirmé que la déclaration de simulation du mariage est subordonnée à la preuve que les époux se sont mariés seulement pour faire obtenir à l'un des deux le titre de séjour pour rester sur le territoire national, sans exercer les droits et les devoirs réciproques caractérisant le mariage. Cette action doit toutefois être exercée dans le délai d'un an après la célébration du mariage, in www.leggiditalia.it.

²³³ L'officier d'état civil, compétent pour célébrer le mariage, n'a pas le pouvoir de s'opposer à la célébration. En fait, c'est le Ministère public, c'est-à-dire le « parquet civil » qui gère toutes les questions en matière d'état civil et de protection des personnes vulnérables. Le parquet peut ainsi, compte-tenu de l'audition réalisée par l'officier d'état civil, autoriser la célébration, s'y opposer ou décider de surseoir à la célébration dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il va faire procéder. Cette enquête ne peut durer plus d'un mois, renouvelable une fois. À l'issue de celle-ci, le Ministère public est obligé d'informer l'officier d'état civil qu'il laisse procéder au mariage ou, au contraire, qu'il s'y oppose. Les époux peuvent, toutefois, à tous les stades de la procédure, contester la décision du parquet, car ils peuvent attaquer le sursis devant le président du Tribunal de grande instance qui doit statuer dans les dix jours ou, ensuite, demander la mainlevée de l'opposition qui leur aura été notifiée par le parquet. Il faut cependant tenir compte du fait que l'opposition du Ministère public vaut sans limite de temps, car elle ne cesse que sur décision judiciaire.

B - La dispense des publications dans le cas de mariage en extremis.

Les considérations en matière d'impérativité de respect de la procédure des publications pourraient être mises en discussion à la lumière des prévisions législatives qui en justifient une dispense.

En fait, comme l'indique un auteur, « *parce qu'elle (la publication) a précisément pour fonction de porter à la connaissance des tiers un certain nombre d'informations dont le caractère privé, voire intime, est évident, la publication des bans ne constitue pas une exigence absolue* »²³⁴.

Pour autant, si le terme institutionnel peut être lu comme synonyme d'impératif, il est normal de se demander si et quelle est la justification de la dérogation à ce contrôle, à la lumière de ce qu'on a exposé auparavant. En fait, si le caractère institutionnel du mariage renvoie à un ensemble de règles incontournables, et parmi celles-ci, la procédure des publications du projet de mariage apparaît comme un moyen de le porter à la connaissance des tiers qui peuvent faire valoir une cause d'opposition à cette célébration, la dérogation pourrait paraître inadmissible.

Toutefois, les Textes de loi qui réglementent cette discipline donnent une réponse à cette question, visant à équilibrer les exigences opposées entre l'impérativité du cadre normatif régissant le mariage, qui ne peut pas être une simple organisation légale de la vie de couple mais un modèle qui crée le statut conjugal, et la possibilité de permettre la réalisation d'un désir personnel de celui qui souhaite se marier lorsqu'une situation grave s'est présentée.

En fait, l'article 169 du Code civil français, modifié par la loi du 8 avril 1927, établit que *"le procureur de la République (...) peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai ou de l'affichage de la publication seulement"*.

Cet article prévoit, donc, une possibilité de dispense de la publication du projet de mariage, accordée par le procureur de la République de l'arrondissement dans lequel sera célébré la cérémonie « *pour des causes*

²³⁴ V. EGEA, *ouvrage précitée*, p. 83.

graves», comme dans les cas des mariages conclus à l'article de la mort ou mariages *in extremis*, ou pour le mariage de célébrités (ce fut le cas pour le remariage du Président Sarkozy).

Le mariage *in extremis* se caractérise par le fait qu'il s'agit de l'union contractée par un moribond à la veille de son décès.

Pour ce faire, il faut, donc, qu'un empêchement grave intervienne, par exemple un danger de mort pesant sur l'un des futurs conjoints ou une infirmité qui rende très difficile le déplacement²³⁵.

De ce fait, si l'objet du mariage est celui d'instaurer entre les époux une communauté de vie, c'est-à-dire une communauté de lit, de table et de toit qui créent une réalité conjugale, le mariage *in extremis* doit être admis dans la mesure où il régularise une communauté de vie antérieure.

La suprématie des pouvoirs publics n'est pas en fait mise en discussion, même s'ils peuvent autoriser la dérogation de la procédure des publications, car la loi régit les désirs qui fondent les inspirations personnelles à la base du mariage, en admettant de telles unions à condition que le mourant soit en état de donner un consentement lucide²³⁶, les formalités étant seulement assouplies et non complètement supprimées.

En fait, le mariage *in extremis* est dépourvu de certaines formalités, mais une célébration est impérativement requise, la dimension sociale du mariage reposant dans l'accomplissement du rite.

Pour autant, dans l'hypothèse de péril imminent de mort, attesté par un médecin ou dont l'officier de l'état civil a lui-même eu connaissance, il est

²³⁵ En revanche, une maladie curable ou un accident n'entraînant qu'un simple retard de la célébration ne justifieraient pas une dérogation au principe de l'article 75, alinéa 1er. Peut-être, tout de même, le mariage à domicile pourrait-il être autorisé si ce retard était susceptible d'occasionner un préjudice sérieux : on estimait autrefois qu'il pouvait en être ainsi en cas de grossesse avancée de la future épouse.

²³⁶ Toutefois, le problème subsiste car le moribond est souvent incapable d'articuler ce consentement et les signes émis par celui qui est en péril de vie doivent être interprétés.

Pourtant si lors de la célébration du mariage, l'un des époux, mourant, ne peut plus parler, les juges du fond peuvent admettre que la réalité de son consentement lucide et réfléchi au mariage résulte de son aptitude lors de la cérémonie (Cass. 1re civ., 22 janv. 1968). Ainsi, il est valable le mariage célébré *in extremis*, dès lors que le consentement du mourant, exprimé par un rite, consacre une vie commune antérieure très unie (Cass. 1re civ., 31 janv. 2006, n° 02-19.398).

possible de célébrer l'union sans autorisation préventive du Procureur de la République, auprès duquel il faudra toutefois en rendre compte.

Le Code civil français admet, donc, la validité d'une telle union et aménage certaines règles de formation dans cette hypothèse: en fait, la loi du 9 août 1919 a introduit un alinéa 2 à l'article 75, afin de permettre au Procureur de la République, en cas d'empêchements graves, tel un danger imminent de mort pesant sur l'un des futurs conjoints ou une infirmité qui rend très difficile le déplacement, de requérir l'officier de l'état civil et de se rendre au lieu où le moribond se trouve.

En cas de mort imminente, l'officier de l'état civil peut lui - même prendre l'initiative.

La volonté de se marier est donc sauvegardée et le contrôle de l'autorité publique est aussi assuré par la présence de l'officier de l'état civil, qui représente le garant du bon fonctionnement de la procédure, qui se développe dans un temps très rapide, ce qui ne demande pas la présence d'un procureur.

Le droit italien prévoit qu'une célébration hors mairie est possible dans le cas où l'un des futurs époux ne peut pas se déplacer, parce qu'il est très malade.

L'article 101 Code civil établit que l'officier de l'état civil²³⁷ peut célébrer ce mariage sans que les publications aient été préalablement faites et sans qu'aucun consentement au mariage ait été donné, si les futurs époux ont déclaré, sous serment, qu'il n'existe pas d'empêchements impératifs. Dans le cas contraire, en fait, on constate une irrégularité (art. 138 du Code civil). Cette procédure a posé des problèmes lorsque le mariage en objet concernait les mineurs.

En fait, il semblait que la règle de l'article 101 du Code civil concernait seulement les sujets majeurs.

²³⁷ L'officier de l'état civil est chargé de prouver comment il a vérifié la présence de la situation l'autorisant à célébrer ce mariage, par exemple il peut produire de la documentation médicale. Sur ce point, Aa.VV., *Diritto di famiglia, Formulario commentato*, cité, p. 124.

Toutefois, le droit au mariage étant également ouvert à l'individu qui a accompli ses 16 ans, dans le cas où l'âge minimum pour le mariage a été dépassé, le péril de mort implique une situation d'urgence telle que l'officier de l'état civil doit intervenir et célébrer le mariage des mineurs qui remplissent le critère d'âge²³⁸.

Il est nécessaire toutefois que l'officier de l'état civil déclare comment il a vérifié l'existence du péril de vie de l'un des époux et, pour éviter tout abus, l'alinéa 2 de l'art. 101 du Code civil prévoit qu'il peut être punissable d'une amende.

À la différence du droit français, qui prévoit que la condition d'une célébration publique doit néanmoins être respectée, tel que les portes de la maison devant rester ouvertes (art. 165, al. 3 du Code civil), le droit italien établit qu'en considération du lieu de la célébration de ce mariage, ce dernier ne doit pas être considéré comme célébré dans un lieu public.

Pour cette raison, en Italie, il faut la présence d'au moins quatre – et non deux, comme prévu de façon générale - témoins et du secrétaire de la mairie, sous peine d'irrégularité du mariage.

Le droit français, en revanche, impose que les portes de la maison où le mariage est célébré doivent rester ouvertes, afin que toute personne puisse y assister.

Il s'agit d'une prévision conforme à l'esprit général du mariage qui est un acte officiel, la solennité marquant la valeur que la société reconnaît à l'engagement conjugal, qui implique des changements dans la vie personnelle des conjoints.

La présence de quatre témoins, d'un secrétaire de la commune et de l'officier de l'état civil peut être considérée comme une garantie pour pré - constituer la preuve du mariage, mais en même temps elle n'est pas

²³⁸ Le texte de l'art. 101 du Code civil italien fait référence à la discipline applicable dans le cas où l'un des époux n'est pas à même de se rendre à la mairie pour la célébration du mariage pour raisons liées à son état de santé. L'article fait référence à l'époux en général, sans indiquer s'il faut qu'il/elle soit majeur ou mineur d'âge. si on considère que le mineur est admis au mariage en vertu d'une autorisation du tribunal du mineurs, on ne doit pas affirmer que l'application de cette prévision soit exclue dans le cas où le mineur a été autorisé à se marier.

suffisante pour assurer la poursuite du niveau de publicité que le législateur en Italie exige en matière de mariage.

Le mariage étant un acte solennel, qui demande l'accomplissement d'un rite, il faudrait prévoir le même système de publicité que pour le mariage en général, qui exige que la cérémonie soit publique.

Le respect des conditions de fond est préalable à la célébration du mariage. N'étant pas conçu à l'instar d'un fait privé, le mariage reste de nos jours soumis à l'accomplissement d'un contrôle qui débute avec les publications du projet de mariage. Le fondement de cette formalité préliminaire se trouve dans la nécessité de renseigner de leur intention la petite société où les futurs époux vivent. En fait, les personnes qui ont connaissance de l'existence d'empêchements au mariage sont chargées de faire opposition. De ce fait, on souligne le lien strict entre la liberté et l'impérativité. Le mariage n'est jamais un fait concernant seulement les époux, mais encore leurs parents, comme dans le cas où des mineurs veulent se marier.

L'exigence de protection de l'ordre public est toujours constante dans les deux systèmes juridiques, car il protège les époux face aux menaces engendrées par le rôle croissant reconnu à la volonté personnelle en droit de la famille.

Le mariage est un acte rigidement encadré : les conditions de fond et le formalisme sont établis par le législateur et aucune exception n'est admise si non sous prévision de loi.

Dans cette première Section, on a constaté que l'élément fondant le mariage est le consentement des futurs époux, qui est requis tant pour les époux majeurs que mineurs : en fait, même si dans ce dernier cas, il faut une dispense du Tribunal, il est prioritaire qu'un consentement subsiste. De même, pour le mariage posthume.

En ce qui concerne la forme, il faut une procédure de publication, qui ne peut faire l'objet d'une exception que dans le cas prévu par la loi.

Cet état de fait confirme, donc, que le mariage est le terrain privilégié de la règle juridique incontournable, sauf dispense établie par le législateur.

La rigidité de cette affirmation est remarquée par les prévisions juridiques qui seront examinées dans la section suivante, où on vérifiera si et à quelles conditions on pourra choisir le Ministre célébrant l'union.

Section 2. Le choix du célébrant de l'union maritale.

En droit français, la laïcisation du mariage n'a pas fait complètement disparaître le mariage religieux, mais il en a subordonné la validité à la célébration préalable de la cérémonie juridique. Pour être opposable, le mariage doit être civilement valide.²³⁹.

En France, cette primauté est assurée par l'article 433-21 du code pénal qui punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait, pour un ministre du culte, de procéder « de manière habituelle aux cérémonies religieuses du mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil ».

Dans le droit italien on constate l'existence d'une position contraire.

En fait, après un premier refus de la reconnaissance d'effets civils au mariage religieux, l'actuel système juridique a admis la validité de ce dernier sous forme de mariage canonique produisant des effets civils, en vertu des prévisions du « Concordato Lateranense ».

Cet Accord, conclu entre l'Italie et le Vatican l'11 février 1929, a en fait établi les conditions dans lesquelles le mariage canonique est reconnu dans le système juridique italien, c'est-à-dire sa transcription, qui doit être accomplie si les critères posés par l'article 8 sont respectés. Dans ce cadre, on analysera le rôle du mariage religieux en France (Par. 1) et les mariages admis dans le droit italien (Par. 2).

²³⁹ Autrement dit, le rôle de la célébration civile est marqué par le fait que le mariage religieux qui n'a pas fait l'objet d'un enregistrement civil ne permet pas la réunification familiale. Sur le point, par exemple, la décision de la CNDA, 6.11.2013, N° 13004367, établit qu'il s'agisse de mariages religieux ou de mariages conclus conformément aux coutumes locales, ne peuvent donner lieu, par eux-mêmes et à défaut d'enregistrement, à aucune reconnaissance civile ; qu'en l'espèce, si la requérante s'est mariée religieusement [...], elle n'a pas fait enregistrer ce mariage auprès du bureau d'état civil ; qu'elle ne peut donc utilement se prévaloir de ce mariage religieux et coutumier.

Paragraphe 1. Le rôle du mariage religieux en France.

La Déclaration des droits de l'homme de 1789 proclame dans son article 10 qui « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public* ».

Puisque plusieurs persécutions religieuses eurent lieu, le législateur est intervenu à plusieurs reprises afin de combattre toutes formes de discrimination, y comprises celles relatives aux atteintes au libre exercice du culte et pour prévoir des infractions incriminant les troubles à l'ordre public commises par les ministres du culte.

De nos jours, en particulier, l'art. 433-21 du Code pénal prévoit des sanctions pour les ministres de culte qui auraient donné une bénédiction nuptiale sans avoir exigé la preuve de la célébration civile antérieure au mariage²⁴⁰.

Pour cette raison, il faut analyser l'ordre impératif des célébrations civile et religieuse du mariage (A) et le rôle exclusivement privé du mariage religieux (B).

A - L'ordre impératif des célébrations civile et religieuse du mariage.

Dans la loi française, le droit de la famille se présente de nos jours comme complètement laïcisé, même si pendant longtemps, le droit canonique a régi les rapports familiaux.

Le mariage civil est donc le seul reconnu par la loi, de sorte que le mariage religieux n'est qu'une option possible pour les futurs époux, et sa célébration interdite et le ministre de culte sanctionné si la célébration du rite civil n'a pas eu lieu préalablement²⁴¹.

²⁴⁰ Seule une seconde récidive expose le ministre du culte à une peine criminelle.

²⁴¹ On constate, toutefois, que les étrangers peuvent se marier devant leurs agents diplomatiques ou consulaires, s'agissant d'un principe admis à titre de réciprocité, parce que les agents diplomatiques et consulaires français à l'étranger peuvent célébrer des mariages (C. civ., art. 48 et 170-1). C'est la seule autre forme de mariage autorisée en France.

L'objectif du législateur est d'inciter au respect de la primauté de la célébration civile, tel que les ministres du culte jouent le rôle de garants de la suprématie de la législation civile.

C'est le côté institutionnel du mariage qui est prééminent dans la République française, comme marqué par le Code civil où en matière de mariage il affirme qu'il s'agit d'une cérémonie laïque, c'est-à-dire, qui est distincte de la religion.

La loi civile est donc prévalente, tous citoyens et institutions sociales, sont soumis à elle.

Pour cette raison, contrairement à l'égalité de choix laissée aux autres ménages à l'égard des possibilités prévues par le Code civil (par exemple, en matière de régime matrimonial, car les époux peuvent opter pour la séparation des biens, régime dérogatoire à celui de la communauté légale), la loi française est péremptoire sur la nécessité de sacrifier la volonté des époux qui souhaitent se marier exclusivement dans la forme du mariage religieux²⁴².

En fait, le Code civil établit que le mariage désigne l'union de deux personnes de sexe différent ou de même sexe et qu'il est prononcé après des formalités précises et au cours d'une cérémonie républicaine devant un officier d'état civil qui recueille les consentements.

C'est donc la loi laïque française qui déclare quand un Français doit être considéré comme marié, soit en France, soit à l'étranger²⁴³. La volonté ne

²⁴² En fait, si le statut personnel des futurs conjoints prévoit une autre forme de mariage, par exemple en la forme religieuse, ce mariage célébré en France serait nul au regard du droit français. Le mariage religieux peut intervenir, mais après que le mariage civil a été célébré. Pour cette raison, un mariage en la forme religieuse alors que la loi du lieu de célébration prévoit la forme civile, ne pourrait pas être reconnu en France. Dans l'affaire Zagha, la question concernait la validité d'un mariage célébré en Italie en 1924 en la forme mosaïque entre époux syriens. La cour d'appel avait validé le mariage en arguant du caractère facultatif de la règle *locus regit actum* qui permettait à des étrangers de se marier en Italie selon leur statut personnel (CA Aix-en-Provence, 21 janv. 1981). La Cour de cassation reconnaît aussi la validité du mariage mais par renvoi autorisé par la loi italienne du lieu de célébration à la loi syrienne de leur statut personnel (technique du renvoi). Donc, la Haute Cour ne suivait pas le raisonnement de la Cour d'appel, qui, en matière de forme des mariages, avait admis le caractère facultatif du rattachement à la loi locale. (Cass. 1re civ., 15 juin 1982, n° 81-12.611) (Cass. 1re civ., 15 juin 1982, n° 81-12.611).

²⁴³ Citation littéraire de L. ARSENE, *De la Validité du Mariage Religieux, non précédé du Mariage Civil, contracté en France par Deux Etrangers*, *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparée*, Vol. 22, Issue 3-4 (1895), p. 270.

peut jamais prendre la place de l'Etat, supprime toute décision de l'individu.

Ces prévisions de loi sont donc impératives et ne laissent aucune place à la reconnaissance du mariage religieux, à la différence du législateur italien aux articles 82 et 83 du Code civil.

Ces derniers, en fait, réglementent le déroulement de la procédure de mariage pour les adhérents à la religion catholiques et aux autres cultes admis en Italie, en conformité aux prévisions du Concordat de Latran et des lois spéciales qui concernent les cultes a - catholiques.

La célébration civile est, donc, la seule légalement valable pour le citoyen français, quelle que soit sa confession et aussi pour les ministres de culte, le mariage religieux demeurant, en pratique, comme un fait qui revêt un caractère totalement privé, parce que son accomplissement dépend la volonté des époux de respecter des croyances dont l'adoption relève de leur intimité.

Toutefois, le principe de laïcité du mariage n'empêche pas, mais en revanche, autorise la coexistence entre les deux formes de célébration de l'union maritale, telle qu'une cérémonie religieuse n'est pas interdite si elle a été précédée par le rite civil²⁴⁴. Chaque couple peut choisir comment composer sa vie familiale, après avoir rempli les conditions indiquées par la loi en matière de célébration du mariage.

Donc, la loi civile française accorde une protection au respect des croyances religieuses des futurs conjoints, même s'il est nécessaire qu'avant de procéder à un mariage religieux, le ministre du culte exige que les futurs époux justifient la célébration d'un mariage civil antérieur, qui peut résulter de la présentation d'un certificat, du livret de famille ou de l'extrait de l'acte de mariage.

En fait, si le ministre du culte ne vérifie pas l'existence d'un mariage civil préalable, il sera punissable car il commet une négligence grave, parce

²⁴⁴ L'article 55 de la Loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) modifiée relative à l'organisation des cultes prévoit que *Les registres tenus par les ministres du culte, n'étant et ne pouvant être relatifs qu'à l'administration des sacrements, ne pourront, dans aucun cas, suppléer les registres ordonnés par la loi pour constater l'état civil des Français.*

qu'en toute connaissance de cause, il a procédé au mariage religieux sachant qu'aucun mariage civil n'était intervenu.

Cette infraction est qualifiée de délit en vertu de l'article 121-3 du Code pénal, qui établit qu' « *il n'y a point de délit sans intention de le commettre* », parce que le ministre de culte a réalisé une violation des normes impératives que le droit français a établies en matière de formation du lien marital à protection de l'ordre public.

En fait, ce que le législateur français veut c'est distinguer entre la sphère publique et celle intime de la personne, car la religion, comme tous faits de nature privé, doit rester au dehors de la vie publique et ne doit pas l'affecter.

Rien n'exclut, comme on le verra, qu'un français puisse décider d'opter pour un mariage religieux et personne ne l'en empêchera, après vérification de la satisfaction des conditions impératives fixées par la loi.

B – Le rôle exclusivement privé du mariage religieux.

En France, depuis la Révolution, le mariage est conçu comme un acte purement civil.

Comme dit précédemment, le mariage, tel qu'il figure dans le Code civil français, en tant qu'institution génératrice de droits, est également une institution laïque. Pour autant, seul un mariage célébré par l'officier d'état civil dans les conditions prévues par le Code civil permet d'accéder au statut juridique de conjoint ou d'époux.

Le mariage religieux ne produit en revanche aucun effet. Il reste un fait entièrement privé, car, en outre, en cohérence avec une décision de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme²⁴⁵, les Etats ne sont pas obligés de reconnaître le mariage religieux et de lui faire produire les effets attachés au mariage civil. Ce qui fragiliserait la famille

²⁴⁵ CEDH, *AFFAIRE ŞERİFE YİĞİT c. TURQUIE*, 20 janv. 2009, n° 397605, in www.dalloz.fr.

comme institution de droit général, car les liens familiaux ne peuvent pas se constituer à la lumière des sentiments religieux.

Selon le droit français, ces derniers ne peuvent avoir aucun rôle en la matière, restant des simples convictions personnelles, qui ne sont pas à même d'avoir une incidence dans le contexte du pluralisme des mariages. Une chose est d'admettre le mariage homosexuel, qui suppose l'adhésion à un modèle légal d'organisation de la vie de couple, une autre chose est de donner une reconnaissance publique à une conviction religieuse.

Pourtant, en dehors du mariage civil, la loi civile ne fait produire aucun effet à la possession de l'état d'époux qui résulterait d'une communauté de vie ou d'une union maritale. Ce qui a pour effet que, dans ces conditions, le mariage religieux équivaut à une situation de fait de concubinage.

A la lumière de ce cadre, on constate que le législateur français, probablement en conformité avec sa conception de la laïcité, a préféré adopter une solution unique, qui exclut pour les époux toute possibilité de manifester leur choix de liberté quant aux modalités - laïques ou religieuses- de célébration de l'union conjugale.

Les époux sont obligés de se rendre à la mairie pour manifester leur consentement au mariage. Ce qui révèle que l'aspect institutionnel, dans ses déclinaisons d'impérativité et indérogeabilité, est encore plus évident dans cette phase.

Paragraphe 2. Les mariages admis dans le droit italien.

Le mariage en Italie est loin de connaître le régime « unilatéral » français, qui se fonde exclusivement sur un mariage civil laïc seul reconnu par l'État et suivi, si les époux le souhaitent, d'une célébration religieuse.

En fait, l'écart entre politique et société civile qu'on constate au niveau de la reconnaissance du mariage des couples homosexuels, encore exclu de nos jours, est dépassé en matière de mariage religieux, en vertu de la protection que la loi italienne accorde à ce phénomène.

Le droit italien prévoit, en particulier, la possibilité pour chacun d'adhérer à un système matrimonial différent et parallèle à celui civil: *l'introduction de*

multiples formes de mariage permet de garantir l'intérêt de chacun au développement de sa propre personnalité, qui peut se réaliser aussi à travers l'exercice d'un choix matrimonial qui reflète un choix religieux²⁴⁶.

Dans ce cas, s'agit-il d'une victoire de la liberté individuelle (permettre de célébrer un mariage religieux, à la lumière de ce que la thèse contractuelle du mariage propose) ou d'une liberté « encadrée », car elle se fonde sur un choix partagé des parties qui sont croyantes et souhaitent donner suite à leur conviction religieuse sur la base de ce qu'il a été établi par la loi, qui reconnaît que ce mariage peut produire des effets civils, si les conditions ont été remplies ?

En réalité, le Code civil de l'Italie du 8 juin 1865 introduisait le mariage civil laïc, célébré devant l'officier de l'état civil, lequel devait impérativement précéder celui religieux, indépendant et ignoré de la loi civile, mais qui pour plusieurs était le seul vrai mariage.

En phase de résolution de la « Question romaine »²⁴⁷, lorsque le Saint Siège et l'État italien signent le Concordat du Latran, le 11 février 1929, ils vont s'efforcer de mettre fin à cette situation dans l'article 34 du Concordat duquel il ressort : *« moyennant l'observation de certaines conditions concernant sa publicité et sa célébration, le mariage catholique, soumis au droit canonique, sera normalement transcrit sur les registres de l'état civil et produira ainsi les effets civils prévus par la loi civile italienne ».*

Par souci d'équité, le gouvernement italien d'alors fit voter la loi n° 1159 du 24 juin 1929 qui, pour les fidèles d'un culte autre que le catholique, permet sa célébration, par une sorte de délégation devant le ministre du culte non

²⁴⁶ A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI, *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano 2015, p. 641.

²⁴⁷ Posée par la révolution de 1848, la « Question romaine » est au centre du problème de l'unité italienne. Le Pape Pie IX, rétablit dans ses États par le corps expéditionnaire français (juillet 1849), est soutenu par les catholiques dites ultramontains. Sa souveraineté est garantie par la présence à Rome d'une garnison française. Engagé aux côtés des Piémontais dans une guerre en faveur de l'unité italienne, Napoléon III ne peut affranchir toute l'Italie ni faire cesser le pouvoir temporel du pape sans mécontenter les catholiques français. Il hésite, évacue finalement Rome (décembre 1866), mais quand Garibaldi, avec l'accord secret du gouvernement italien, se prépare à envahir les États pontificaux, les Français revenus en hâte l'arrêtent à Mentana (3 novembre 1867). La guerre avec l'Allemagne oblige la France à retirer ses troupes ; l'Italie occupe alors Rome et en fait sa capitale (20 septembre 1870). Le pape Pie IX et ses successeurs rejettent les garanties qu'une loi leur accorde en mai 1871. La question ne sera finalement réglée que par les accords du Latran, en 1929, entre Mussolini et Pie XI.

catholique, dans des conditions semblables à celles que le prêtre catholique doit observer.

Cette prévision se rattache à la conception mixte de la nature juridique du mariage, qui est une institution pour sa phase de formation, car s'agissant d'une union de droit, à la différence des concubinages, mais qui en même temps relève du contrat, parce qu'il est bon de respecter la liberté humaine, à la base de ce lien.

Le droit italien connaît le mariage religieux canonique avec effets civils (A) et le mariage religieux a – catholique (B).

A - Le mariage religieux canonique avec effets civils.

A la différence du droit français²⁴⁸, le système juridique italien permet aux futurs mariés de choisir ce « mariage concordataire », qui est un mariage religieux catholique qui produit des effets civils.

Rien de similaire n'est prévu par le droit français, qui exclut impérativement la validité d'un mariage réglementé par le droit canon en ce qui concerne non seulement les conditions pour le contracter et le célébrer, mais aussi la déclaration de sa nullité. En fait, dans ce cas, il faut faire application des règles de la juridiction ecclésiastique.

Toutefois, dans le droit italien, le contrôle de l'Etat est assuré par la prévision d'un système spécifique des dispositions de loi dont le respect est impératif, comme démontré par le fait que la transcription ne sera pas accomplie si certaines irrégularités ont été commises.

Le mariage religieux ayant des effets civils est appelé comme cela en vertu du rôle reconnu à l'autorité publique qui surveille le respect de certaines conditions; ce qui permet d'affirmer que le mariage est un mode de conjugalité d'une nature mixte et de caractère toujours civil.

²⁴⁸ Comme on l'a dit avant, cette prise de position du législateur français découle du caractère impératif conféré à la règle *locus regit actum* en matière de mariage. En particulier, lorsque la loi personnelle d'un ou des époux prévoit que le mariage doit être célébré en la forme religieuse, la Cour de cassation a remarqué que, s'agissant d'une question de forme et non de fond, c'était la loi française du lieu de célébration qui s'appliquait, et que le mariage en la forme civile était valable. Ensuite, le mariage célébré en France, en la seule forme religieuse, ou coutumière serait considéré comme nul devant le juge français. (cass. Civ. 22 juin 1995).

La laïcité de l'Etat, et donc sa prééminence dans la gestion des rapports sociaux, ne peut être contestée aussi dans le droit italien.

En particulier, afin que le mariage religieux soit concordataire et puisse produire des effets civils, il est nécessaire d'avoir fait les publications à la mairie, pour que l'officier de l'état civil puisse délivrer un certificat qui l'obligera, après la célébration à l'église, à procéder à la transcription.

Ce qu'on constate, donc, c'est que le mariage religieux est réglementé pour qu'il puisse produire des effets civils en vertu de la transcription dans les registres de l'état civil, lorsqu'on ne constate pas d'irrégularités.

En particulier, il faut que le ministre du culte du lieu de la célébration produise, à cette fin, une requête formelle écrite, et transmise à l'officier de l'état civil dans les cinq jours à partir de la célébration, conclue après avoir donné lecture des articles du Code civil en matière de droits et devoirs réciproques entre époux²⁴⁹.

A la différence du droit français, donc, dans la phase qui précède la célébration du mariage concordataire, une coopération entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique est nécessaire, car le mariage canon ne produit des effets civils qu'à partir de la transcription sur les registres de l'état civil ; cependant, les effets du mariage rétroagissent à la date de la célébration²⁵⁰.

L'aspect institutionnel du mariage n'est pas effacé, car il est évident dans le formalisme rigide que le législateur italien a prévu à cet égard.

Ce qui pourrait pousser le législateur français à modifier sa législation en la matière. Le mariage religieux qui produit des effets civils n'est pas un fait totalement géré par l'autonomie privée, « purement contractuelle », car la liberté des parties se pose à côté du strict formalisme que les autorités législatives et religieuses ont fixé à la protection de l'ordre public.

Autre chose est en fait dire que, toutefois, la demande de transcription n'est pas une obligation, mais seulement une faculté offerte aux mariés: ils

²⁴⁹ L'omission de cette lecture n'est pas une cause de nullité du mariage concordataire ou de sa transcription sur les registres de l'état civil (ainsi résultant de la jurisprudence : *C. cass.*, 27 juill. 1962, n° 2168 : *en Il foro italiano*, 1963, I, 70) .

²⁵⁰ Sur ce point, il faut voir la L. n° 121/1985, art. 8, al. 5.

peuvent donc choisir de ne pas transcrire leur mariage, qui dans ce cas sera dépourvu d'effets civils et restera un fait privé pour eux. Dans ce cas, ils seront considérés comme des simples concubins, qui ne peuvent cependant pas bénéficier de la protection accordée par la loi Cirinnà, en matière d'unions civiles et concubinage, car cette dernière concerne les partenariats enregistrés.

Si cette formalité n'a pas donc été accomplie, le mariage reste valide sans produire d'effets pour l'état civil, comme cela ressort d'une décision de la Cour de Cassation en 2008²⁵¹.

Dans cette affaire, les Juges ont refusé de faire droit à la demande de dommages – intérêts d'une femme, dont le mari était mort à cause d'un accident de voiture, car leur mariage ne pouvait pas être reconnu comme existant dans le système juridique italien, du fait du défaut de transcription qui faisait que le mariage était considéré comme n'ayant jamais été célébré. L'existence de la communauté spirituelle entre les eux conjoints n'a pas été prise en considération.

La différence avec le droit français est évidente dans ce cas : le ministre de culte italien n'est pas punissable dans le cas où il n'a pas demandé la transcription²⁵² du mariage religieux qu'il a célébré, qui reste valide en tout cas, (même s'il n'a pas été précédé par la célébration civile), car l'union a été fondée sur la pleine expression du consentement des époux, donné personnellement, en toute conscience et en pleine liberté (*Codex iuris canonici, can. 1057*), pour créer une communauté intime de vie.

Le droit italien ne conçoit pas le seul mariage religieux comme une « atteinte à l'administration publique commises par les particuliers », comme prévu dans le Code civil français, qui dans la section XI consacrée aux « Atteintes à l'état civil des personnes » établit de façon péremptoire que l'antériorité d'une union civile par rapport au mariage religieux ne souffre aucune exception.

²⁵¹ Cour de Cassation, section Troisième, n. 23725 16.09.2008 in www.dejure.it.

²⁵² En vertu de l'art. 8 de la loi n. 121/1995, les effets qui suivent la conclusion du mariage catholique sont les mêmes que ceux du mariage civil. AA.Vv., *Diritto di famiglia, Formulario commentato, cit.*, P. 59.

Cette règle est valable aussi quand le mariage ne peut être transcrit.

En fait, le mariage religieux ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil s'il a été contracté sans suivre les prévisions de l'[art. 84 du Code civil](#) sur l'âge minimum requis, même si cet empêchement a fait l'objet d'une dispense de l'autorité ecclésiastique; lorsqu'il subsiste un empêchement entre les époux ne pouvant faire l'objet d'une dispense pour le droit civil, même si pour le droit canon il ne constitue pas un empêchement ou s'il constitue un empêchement qui a fait l'objet d'une dispense accordée par l'autorité ecclésiastique.

Toutefois, cette prévision de loi portée par le droit italien ne peut pas être considérée comme logique. En raison du fait qu'il est constitutif d'un statut, le mariage devrait être impérativement subordonné, quant à la phase de sa formation, à un contrôle des pouvoirs publics sur le respect des formalités nécessaires à ce but.

En fait, à la lumière des considérations précédentes, la célébration d'un mariage ne peut pas être considérée comme un fait totalement soumis à la gestion personnelle des parties, car il implique naturellement un changement dans l'état civil et, donc, l'acquisition d'un nouveau statut, la titularité de devoirs et de droits qui sont reconnus uniquement aux conjoints, etc.

De plus, si le mariage est un fait totalement autonome, il est évident que l'Etat ne peut pas assurer la protection de la collectivité. Par exemple, il n'est pas exclu qu'une personne mariée selon le rite religieux décide de se remarier civilement, rien n'empêche qu'elle le fasse avec un tiers. A cet égard, l'Etat ne peut pas en fait assurer la protection qu'il accorde contre la polygamie.

B - Le mariage religieux a – catholique.

A côté du mariage concordataire, il est prévu que le mariage peut être célébré également selon un rite religieux différent : c'est le cas du mariage des cultes a -catholiques.

Il s'agit tout d'abord d'un mariage civil, réglementé entièrement par le droit civil et soumis à la juridiction des tribunaux civils, sauf pour le rituel, c'est-à-dire sa forme de célébration.

Celui qui désire contracter un mariage religieux dont le rite est différent de celui du mariage catholique doit demander le *nihil obstat* à l'officier de l'état civil qui a effectué les publications, et qui doit le donner, si le mariage doit être célébré selon les rites hébraïque (L. n° 101/1989, chrétien évangélique vaudois (L. n° 449/1984, chrétien adventiste (L. n° 516/1988, chrétien des assemblées de Dieu (L. n° 517/1988, chrétien évangélique baptiste (L. n° 116/1995, chrétien évangélique luthérien (L. n° 520/1995).

Il s'agit des communautés religieuses qui ont conclu avec l'État italien des accords, dénommés "Intese", visant l'article 8, alinéa 3, de la Constitution, qui sont approuvés et reconnus par la loi de l'État.

Puisqu'il n'est pas rare que le mariage doive être célébré selon les rites d'autres religions, qui n'ont pas stipulé d'accord avec l'État, il faut que le ministre du culte ait tout d'abord reçu l'approbation de la part du gouvernement italien.

En fait, cette autorisation est nécessaire, selon la prévision de l'article 3 de la loi n° 1159/1929, qui contient la réglementation générale pour les cultes religieux qui n'ont pas stipulé un accord avec l'État.

En outre, en donnant le *nihil obstat*, l'officier de l'état civil délègue ses pouvoirs au ministre du culte.

En fait, à différence du mariage canonique, qui est intégralement réglementé par la loi canonique, ce qui implique de reconnaître la compétence de la juridiction ecclésiastique pour les problématiques connexes, le mariage a- catholique est soumis à la discipline civile italienne, de telle sorte que tout ce qui concerne sa validité fait l'objet de la juridiction laïque italienne.

La particularité de ce rituel est que ce mariage est totalement régi par la loi civile, ce qui confirme que le statut marital découle d'un acte solennel, soustrait à la réglementation autonome des parties. De plus, en faisant

référence aux mariages selon les cultes qui n'ont pas stipulé d'Intese²⁵³ avec l'Etat, on constate que l'autorisation du Gouvernement italien est un élément qui confirme que la liberté individuelle ne prime pas toujours sur l'ordre public.

Ce mariage se déroule, en fait après qu'un acte administratif d'autorisation a été délivré, ce qui permet de douter du recul radical du caractère institutionnel du mariage

La toute-puissance de la volonté individuelle est en fait strictement encadrée de façon à ce que les fondements traditionnels du mariage n'apparaissent pas totalement remis en cause, le mariage étant toujours conçu comme l'union de deux personnes qui déclarent leur volonté de vivre dans une communauté inséparable et de s'assister mutuellement.

²⁵³ Les Intese sont des accords en la matière religieuse entre l'Etat italien et les Représentants d'un culte différent que celui catholique.

Dans ce Chapitre, on a constaté que le déroulement du mariage est, en France comme en Italie, impérativement soumis au respect de certaines conditions de fond et forme qui sont fixées par les législateurs et dont la subsistance est requise sous peine de validité du mariage. De ce fait, les exceptions qui peuvent autoriser le mariage en dehors de ce cas spécifiques sont typiques et rigidement encadrées.

Toutefois, on a constaté que le choix du Ministre célébrant l'union faisait l'objet d'une option seulement en Italie, car le droit français impose une célébration républicaine et exclut la validité d'une seule cérémonie religieuse, qui reste un fait totalement privé.

Toutefois, la liberté reconnue par le droit italien aux époux de choisir une célébration religieuse n'est pas dépourvue de tout formalisme : la loi contrôle que les conditions fixées par la loi sont respectées de sorte que le mariage produit ses « effets civils » dans le système juridique civil.

Ainsi, rien n'est vraiment laissé à la libre décision des époux en dehors du cadre caractérisé par la prévision juridique de conditions impératives.

- CONCLUSION TITRE I PREMIERE PARTIE -

Dans ce premier Titre l'objet de l'analyse a été vérifier si le caractère institutionnel du mariage persiste.

Longtemps ce sujet a été caractérisé par l'impérativité, terme que renvoyait à l'absence de toute marge d'autonomie des futurs mariés, qui adhéraient (et adhérent) à un modèle préconstitué par l'Etat.

Créer un lien de couple impliquait en fait l'adhésion à un statut précis et unique, dont découlait droits et devoirs, établis dans dispositions de loi visant à protéger la solidarité du groupe qu'on allait constituer par le mariage.

Par ce dernier, en fait, on ne constituait pas simplement un couple, mais une famille, car l'expression « mari – femme » était déclinée au pluriel, c'est-à-dire mari – femme- enfants.

La diffusion des droits humains a en revanche établi un nouvel ordre de la famille, qui ne pas voué par statut à la procréation, mais peut rester caractérisé par des relations bilatérales mari femme.

De ce fait, on constate la libéralisation du statut de couple, de sorte que chacun peut vivre la vie familiale de son choix : sur ce terrain se fonde la réflexion sur l'admissibilité du mariage homosexuel, encore interdit en Italie, car la famille « serait » la société naturelle fondée sur le mariage.

Raisons d'ordre public, donc, interdiraient cette possibilité mais, en même temps, raisons d'égalité permettent de penser que si effectivement tous les hommes (et les femmes) sont égaux en droits et devoirs, pourquoi leur interdire ce mariage ?

En France, on a vu que le vieil ordre public subit un partiel recul, où le Code civil supprime une condition de fond qui n'est pas strictement nécessaire pour la définition de la validité du mariage. On peut en fait raisonner de cette façon pour les autres conditions de fond du lien, comme la

monogamie, l'âge, la santé mentale, mais là où deux personnes ont un projet de vie en commun horizontal et non vertical, on ne voit pas de raisons justifiant cette limitation.

En revanche, on a discuté sur la possibilité qu'un problème d'ordre public subsiste là où le mariage demeure un fait privé.

Considéré que le législateur français a en tout cas exclu cette possibilité, avec la prévision d'une sanction pour le Ministre de culte que ne vérifie pas si une cérémonie civile a été, on constate que le législateur italien ne prévoit pas des conséquences au niveau pénal si le mariage a été célébré seulement selon le rite religieux.

Dans ce contexte, on ne peut que discuter sur la tenue de l'ordre public. Il est clair, en fait, que le mariage produit d'effets sur l'état civil personnel, alors que des conditions de fond ont été remplies et des formalités accomplies. Dans ce cas, on reste, en revanche, dans la sphère de la gestion personnelle d'un fait, le mariage, qui est pour plusieurs raisons encadré par l'autorité public. Comme on le verra dans le Titre suivant, une chose est gérer le rapport qui en découle, mais autre chose est s'approprier d'espace d'autonomie là où un contrôle de l'Etat est nécessaire à protection de la santé publique.

TIITRE II LES EFFETS DÉCOULANT DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

En ce qui concerne leur condition personnelle, les époux sont soumis à un certain nombre d'obligations personnelles et patrimoniales qui découlent de plein droit du fait qu'ils sont mariés²⁵⁴.

Le Chapitre VI du Code civil français, intitulé «Des devoirs et droits respectifs des époux » et le Livre I, Titre VI, du Code civil italien, qui est intitulé « Des droits et devoirs réciproques des conjoints », soulignent le caractère réciproque²⁵⁵ de ces obligations²⁵⁶, de sorte que chacune est à la fois un droit et un devoir que chaque époux doit respecter et dont il peut exiger le respect par l'autre²⁵⁷.

Les membres du couple sont donc égaux en droits et devoirs²⁵⁸, (et en droit et en responsabilité²⁵⁹) et ainsi le devoir de fidélité entre les conjoints est établi à la charge des deux membres de l'union maritale; il en est de même, s'agissant du devoir de contribution aux charges du mariage, qui concerne les époux dans la mesure de leur respective capacité patrimoniale.

²⁵⁴ I. BARRIERE BROUSSE, *MARIAGE*. – Effets. App. Art. 144 à 227, *Juris Classeur Civil Code, Fasc. 40 : n - Date du fascicule : 20 Mai 2016, Date de la dernière mise à jour : 20 Mai 2016*. A cet égard, Il faut tenir compte du Texte de l'article 3, alinéa 3, du Code civil français, aux termes duquel "les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers" et de l'art. 29 de la loi 31 mai 1995 n. 218, qui établit que les relations mutuelles entre époux sont réglementées par la loi nationale des époux. Ces solutions, confirmées par la jurisprudence et les conventions internationales, sont concurrencées en droit comparé par la loi du domicile ou de la résidence habituelle des époux.

²⁵⁵ Le législateur français n'a pas remplacé le terme « respectif », qui reflétait la différence entre mari et femme par le terme « réciproque », qui reflète l'égalité des conjoints, dont le système juridique français s'est inspiré en matière des rapports conjugaux.

²⁵⁶ On peut remarquer que ces dispositions de loi ne définissent pas le contenu de droits – devoirs prévus, contenu laissé à la détermination de la conscience sociale. Sur ce point, on peut, toutefois, lire les considérations de G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cité, p. 88.

²⁵⁷ De nos jours, la mariage "constitue" une "société d'égaux" F. Finocchiaro, *Matrimonio*, in *Commentario del codice civile, Scialoja, Branca*, II Volume, sub artt. 84-158, Bologna-Roma, 1993, 255.

²⁵⁸ Il s'agit de droits et devoirs de nature personnelle ou patrimoniale, mais une doctrine a remarqué que les deux cotés sont strictement liés : il n'est pas possible, en fait, d'imaginer, par exemple, le devoir de cohabitation seulement comme un devoir de nature personnelle, car de ce dernier prévoit l'accomplissement de certaines formalités qui ont un caractère patrimonial. Sur ce point, M. TRIMARCHI, *Doveri familiari e contribuzione*, in *Il Sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Atti del Convegno 27 – 29 settembre 2018, Catania, a cura di U. Salanitro. p. 477.

²⁵⁹ F. D. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 1973, p. 130.

Le principe d'égalité est donc introduit dans la vie familiale comme un principe apportant une parité effective entre chaque partie composant le couple, car les époux peuvent régler²⁶⁰ certaines obligations découlant du mariage compte tenu de leurs désirs et de leurs exigences de travail²⁶¹. L'aspect impératif laisse, pour autant, sa place à une idée de famille pluraliste et égalitaire.

En revanche, l'aspect institutionnel du mariage persiste, ce qui exclut tous choix autonomes des parties en matière d'obligations concernant les devoirs liés à la sphère morale du couple. En fait, la fidélité et l'assistance morale sont des impératifs caractérisant le couple marié pour en garantir la durée²⁶². Pour autant, leur violation est sanctionnée.

Sur le plan patrimonial, on constate que l'égalité entre époux permet l'organisation d'un commun accord et partagée, non imposée par un choix unilatéral, de la dimension pécuniaire de la famille. On notera qu'en France, depuis 2019, il n'est plus nécessaire d'attendre un délai de deux ans pour changer de régime patrimonial²⁶³.

L'abandon de l'emprise institutionnelle du mariage est, ainsi, très évident en matière de réglementation des rapports patrimoniaux, parce que les individus deviennent titulaires du droit d'opter pour le type de couple de leur choix.

²⁶⁰ Ils peuvent régler, mais non déroger aux droits et aux devoirs réciproques prévus pour le mariage.

²⁶¹ Cela confirme que le mariage est aussi un « fait juridique » qui impose de respecter la solidarité entre les conjoints. C. M. BIANCA, *La Famiglia*, Milano, 2017, p. 19.

²⁶² Le devoir de fidélité s'impose à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, car il s'agit d'un devoir d'ordre public. M. JAOU, *D'un devoir de fidélité à un devoir de loyauté : le devoir de fidélité dans le mariage fait-il encore sens ?*, *Revue juridique personnes et famille: toute l'actualité juridique, fiscale et sociale*, 12/2019, Numéro 12. En Italie, on a établi que la violation de ce devoir peut donner lieu à une réparation du tort subi si on a vérifié qu'une agression aux droits fondamentaux de la personne humaine a été. M. COCCIOTTO, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, avril 2020, pag. 1320.

²⁶³ Un auteur affirme que : « Depuis le 25 mars 2019 (...) désormais, les époux sont libres, dans l'intérêt de la < famille >, de changer de < régime > < matrimonial > à tout moment, sans avoir à respecter l'ancien délai de deux ans entre chaque modification. La suppression de ce délai est certainement un progrès. Le recours systématique au notaire dans l'opération devrait sans aucun doute limiter le risque d'instabilité qu'une telle suppression pourrait faire craindre ». Il s'agit de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Sur ce point, É. ROUSSEAU, *La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars 2019 – Recueil Dalloz*, D. 2019. 2259.

En fait, la volonté d'assurer une protection de base aux époux en vertu de règles impératives, qu'aucune clause du contrat de mariage ne peut supprimer, n'exclut pas la gestion des relations patrimoniales selon les objectifs et les nécessités spécifiques de toutes les familles.

Les exemples les plus évidents sont représentés par les conventions de communauté légale, de communauté conventionnelle, de séparation des biens, lesquelles constituent l'expression de la volonté des époux, qui peut toutefois changer dans le temps, en vertu d'une manifestation de la volonté des époux exprimée dans une convention qui modifie le régime patrimonial préexistant.

Comme on le verra, le consentement n'est pas quelque chose de statique et d'immuable, de sorte que sa manifestation conjointe est à même de déterminer une modification de l'état juridique consacré dans la convention préexistante avec effets *ex nunc*, qui se produisant à partir de la conclusion du pacte modificatif.

Dans ce titre seront examinés les effets du mariage sur le plan personnel, entre impérativité et aménagement conventionnel (Chapitre I) et le règlement des effets du mariage sur le plan patrimonial, entre impérativité et liberté (Chapitre II).

Chapitre I. Les effets du mariage sur le plan personnel entre impérativité et aménagement conventionnel.

Le droit du couple se caractérise par une double physionomie : d'un côté on constate, en fait, l'existence de normes impératives qui constituent une limite aux choix des conjoints²⁶⁴, de l'autre un ensemble de règles qui permettent aux conjoints de gérer le rapport qui découle de la célébration du mariage à la lumière de leurs décisions personnelles²⁶⁵.

²⁶⁴ T. AULETTA, *Dal Code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, fasc.3, 2005, pag. 405.

²⁶⁵ La femme n'est plus le conjoint faible, car elle contribue avec son mari à gérer le foyer familial. L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti*, cit., p. 85.

En fait, l'impérativité rigoureuse qui régissait la réglementation des effets personnels découlant du rapport matrimonial a été dépassée par l'adhésion à un type d'union maritale caractérisée par une plus large autonomie dans la gestion du rapport conjugal²⁶⁶.

Cette liberté n'est pas toutefois absolue, car il faut trouver un équilibre entre l'impérativité des règles posées pour assurer la protection de l'ordre public de la famille, comme le démontre le respect de l'obligation de fidélité, et les principes établis permettant la réalisation personnelle de chacun des époux.

De ce fait, il faut tenir compte de ce que la liberté reconnue de nos jours aux conjoints ne peut pas être considérée comme le triomphe de la liberté personnelle, ce qui entraînerait la négation de l'existence du groupe familial, ontologiquement caractérisé par un lien de solidarité entre ses composantes et par le respect de certains droits inviolables de la personne. Il faut, en fait, que les parties expriment leur choix dans le respect de certaines conditions; pour cette raison, à la lumière de ce que le mariage implique, c'est à dire une union visant à la réalisation d'un projet de vie en commun, il est encore plus nécessaire que l'autonomie des conjoints soit réglementée²⁶⁷.

En fait, les conjoints ne peuvent pas modeler à leur gré le contenu des obligations qui découlent du mariage, car il faut tenir compte de l'égalité incontournable²⁶⁸, entre les époux comme fondement de certaines relations bilatérales et envers les enfants (Section 1) et de l'aménagement conventionnel des effets personnels du mariage (Section 2).

²⁶⁶ C. M. Bianca affirme que la relation conjugale est enfin régie par l'égalité homme femme. C. M. BIANCA, *La famiglia*, 2017, p. 1.

²⁶⁷ Cet état de fait permet de vérifier la « justice » du contrat, ce qui est utile dans la double perspective de la théorie générale du droit et du droit de la famille, pour vérifier le rôle de l'autonomie privée. F. Cerri, *L'autonomia negoziale dei coniugi*, in AA, Vv., *Le conseguenze economiche della fine del matrimonio*, a cura di R. Clarizia, G. Cassano, M. Calciano, Giuffrè, 2019, p. 78.

²⁶⁸ L'égalité gouverne le mariage, comme l'a affirmé un Auteur: ces sont l'égalité, la liberté et la parité qui ont un rôle central dans le mariage. Sur ce point, L. BARBIERA, *Il matrimonio*, Wolters Kluwer, 2006, p. 240.

Section 1. L'égalité entre les époux comme fondement de certaines relations bilatérales et envers les enfants.

Les relations personnelles des époux sont fondées sur le principe d'égalité, aujourd'hui évident, mais qui ne l'a pas toujours été.

En fait, cette égalité résulte d'une longue évolution, qui commence en France en 1964, avec la loi [n° 64-1230 du 14 décembre 1964](#), qui a supprimé les incapacités ou restrictions frappant la femme mariée tout en maintenant l'administration légale des biens des enfants au père dans la famille légitime.

Cette évolution a fait l'objet de réformes ultérieures, comme démontré par la [loi n° 65-570 du 13 juillet 1965](#), qui a fait disparaître le contrôle du mari, tout en maintenant à son profit la gestion de la communauté, et par la [loi n° 75-617 du 11 juillet 1975](#).

En particulier, cette dernière a supprimé plusieurs dispositions marquant encore l'inégalité des époux, notamment sur le choix du domicile et la contribution aux charges du mariage.

Enfin, [loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985](#), qui a marqué la totale égalité entre les époux en supprimant toute référence au mari ou à la femme, tant dans le régime matrimonial légal que dans le régime primaire impératif et les [lois n° 2002-304 et n° 2002-305 du 4 mars 2002](#), concernant le nom de famille et l'autorité parentale, qui ont supprimé la suprématie du père dans la transmission du nom de l'enfant dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents, en établissant la faculté du double nom, à titre supplétif, en cas de désaccord entre les parents.

En revanche, en Italie, la Constitution de 1948 avait déjà, à cette époque, prévu l'égalité morale et juridique des conjoints, dans un cadre qui trouve encore de nos jours ses limites dans la nécessité d'assurer l'unité de la famille (art. 29).

Par rapport au contexte français, on peut, donc, remarquer que le législateur italien remettait déjà en question, en 1948, le modèle familial consacré par le Code civil de 1942, en quelque sorte déjà « vieux », si on considère qu'il se fondait sur l'autorité maritale et sur la subordination de la femme au pouvoir du mari et, par conséquence, sur l'organisation des rôles diversifiés en raison du sexe. De ce fait, le mari pouvait interdire à sa femme de travailler et contrôler toute forme de communication entre elle et les autres personnes.

Toutefois, ces limites à la libre autodétermination de la femme ont longtemps été acceptées, parce que le droit vivant ne se conformait pas à la prévision de la Constitution.

Peut-être était-ce la peur de générer des situations qui pouvaient avoir des effets sur les équilibres existants dans le Pays, encore fortement influencé par la tradition catholique qui ne reconnaissait aucun rôle actif de la femme dans la société civile, car considérée comme la garante de l'unité familiale devant obéissance au mari et en charge de la protection des enfants communs.

Pour cette raison, malgré la prévoyance du législateur italien et la différence avec le Texte de la Constitution française, qui ne fait jamais de références à l'égalité entre les conjoints, on a dû attendre la réforme du droit de la famille de 1975, pour que le législateur puisse donner une effectivité au cadre juridique posé par la Constitution.

A la suite de la mise en œuvre de cette réforme, les conjoints sont devenus titulaires de droits et devoirs identiques dans la gestion de la famille, car on a finalement renoncé à la conception hiérarchique traditionnelle, qui subordonnait la femme à l'autorité maritale.

En particulier, comme l'a dit le Conseil de l'Europe, qui a modifié les rapports conjugaux en insistant sur la reconnaissance des droits de l'épouse, « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article

n'empêche pas les États membres de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants »²⁶⁹.

Ce cadre a, en outre, été complété par des réformes postérieures.

Parmi celles-ci, on peut indiquer les modifications en matière de droit international privé, en ce qui concerne la suppression de la règle qui établissait que, dans le cas où les époux étaient titulaires de deux nationalités différentes, la loi applicable était celle du mari.

Il en est de même pour la prévision posée par la loi 125/1991, en ce qui concerne l'intégration et l'accès au travail des femmes, de sorte qu'on peut constater que le principe d'égalité reçoit une effectivité pleine, car la loi signe un progrès dans l'élimination des différences qui rendaient plus compliqué l'accès de la femme au travail.

En fait, même si les femmes italiennes pouvaient exercer, par exemple, leur droit de vote depuis 1948, il était très difficile de dépasser les règles coutumières selon lesquelles l'apport économique de la femme dans le foyer familial était très rare.

Cette égalité se décline par la prévision de devoirs qu'il ne semble pas envisageable d'éluder lorsqu'on se marie, des devoirs incontournables entre les conjoints (Paragraphe 1) et par des devoirs impératifs à l'égard des enfants (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Devoirs incontournables entre les conjoints.

Les relations conjugales sont caractérisées par la parité entre les époux²⁷⁰.

Les deux législateurs ont prévu un cadre juridique qui fonde le couple marié

²⁶⁹ Il s'agit de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 du Conseil d'Europe, visant à protéger le principe d'égalité des époux.

²⁷⁰ A la lumière de l'évolution de la coutume sociale, la femme n'est plus soumise à l'autorité maritale. Mais les deux Codes civils maintenaient que la femme devait obéissance au mari. Malgré le fait que ces dispositions n'étaient plus conformes à l'évolution sociale, elles ont été conservées jusqu'aux réformes du droit de la famille. Sur le point, en droit italien, on peut remarquer ce qui a été observé par M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in Rivista Trimestrale Diritto e procedura civile, 1956, p. 749 – 796, in S. PATTI, *Il diritto di famiglia nell'ateneo catanese: una scuola al plurale*, p. 47. L'article se trouve dans "*Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*". Atti del convegno 27 – 29 settembre 2018, Catania.

et le différencie par rapport aux autres modèles familiaux. Dans ce contexte sont affirmées la réciprocité du devoir de fidélité (A) et l'assistance morale entre les époux (B)²⁷¹.

A – La réciprocité du devoir de fidélité.

Le devoir de fidélité²⁷², en déterminant les bases de l'union conjugale, s'adresse de nos jours aux deux époux et concerne le champ clos de leur relation bilatérale et paritaire²⁷³.

Avant la réforme du droit de la famille qui date de 1975²⁷⁴, en Italie, le devoir en objet était très strictement lié à la nécessité d'éviter la « *turbatio sanguinis* », découlant de l'adultère de la femme, considéré comme une menace grave de l'unité familiale et pour cette raison punie plus sévèrement que celui du mari. C'était la même chose en France jusqu'en 1975 également (année de la dépénalisation): l'adultère qui était un délit pénal était plus sévèrement sanctionné s'il était commis par l'épouse.

La conception de ce devoir dans ces termes était fondée sur un état de fait caractérisé par l'exercice dans le couple de l'autorité du mari, considéré comme le seul chargé de la protection de l'unité du groupe familial

²⁷¹ Un Auteur propose cette réflexion intéressante : *plusieurs appellations nouvelles de droits-devoirs conjugaux se sont répandues dans le but d'embrasser une morale « plus large », surtout en ce qui concerne la dimension spirituelle du couple. « Assister moralement le conjoint », par exemple, n'est que l'une des nouvelles formules dont l'article 143 du Code civil italien s'est enrichi (...) »*. L. OLIVERO, *L'infidélité sans adultère à l'époque d'internet – Une comparaison entre la France et l'Italie*, *Revue internationale de droit comparé*, 2/2015, p. 552.

²⁷² Le devoir de fidélité apparaît comme une notion, perméable à l'évolution de la conception du mariage et des mœurs (mais la bigamie, non conforme à l'ordre public international, entraîne toujours la nullité du second mariage, même si ce dernier a été conclu il y a plus de trente ans : *Cass. 1re civ.*, 19 oct. 2016, n° 15-50.098 : *JurisData* n° 2016-02129 ; *Dr. famille* 2016, comm. 248, A.-M. Caro)

²⁷³ La Cour de Cassation italienne a défini le devoir de fidélité comme fondant une règle impérative : *Cass. Civ.*, Sez. I, 9 juin 2000, n. 7859, in R. Rossi, *I doveri coniugali*, in *Famiglia, Trattario di diritto civile*, a cura di P. Cendon, Giuffré, 2015, p. 6.

²⁷⁴ Par la réforme du droit de la famille de 1975, l'adultère de l'homme a été considéré de la même gravité que celui de la femme. Ce dernier était toujours conçu à l'instar d'un crime pénal, tandis que celui de l'homme se qualifiait comme crime s'il y avait une cohabitation « *more uxorio* ».

constitué par le mariage, qui se définissait par l'inégalité juridique et morale des époux et par le lien incontournable avec la filiation.

De nos jours, en revanche, l'épanouissement des droits individuels a produit le démantèlement de cette conception hiérarchique de la famille, au profit d'un modèle où le rôle des conjoints est considéré comme paritaire, car il vise à sauvegarder la communauté de vie²⁷⁵ et non le prestige de l'institution familiale par rapport aux tiers.

La fidélité est donc dépourvue de son côté institutionnel traditionnel, car l'harmonie du couple prévaut, de telle façon que les aspects concernant la procréation, sont devenus secondaires.

Cet état de fait révèle une vision de la fidélité profondément bouleversée, car elle devient une synthèse des devoirs de loyauté, respect et compréhension réciproques entre les conjoints²⁷⁶, et de ce fait, la violation du devoir de fidélité ne découle plus seulement de l'adultère mais aussi de la violation de tout ce qui se pose en contradiction avec le respect de l'autre conjoint, indépendamment de son sexe.

Donc, la fidélité vise à préserver la dignité de chaque conjoint, qui a donné son consentement à la constitution du lien marital et doit être respecté.

En particulier, le Code civil français²⁷⁷ établit à l'article 212 que les époux sont tenus à respecter ce devoir, même s'il s'abstient de définir cette notion, renvoyant à l'état des mœurs ou à la conception que l'on se fait du mariage.

De la même façon, le Code civil italien à l'art. 143 établit que du mariage découle le devoir réciproque de fidélité, mais sans en définir le contenu

²⁷⁵ Une doctrine a affirmé que le devoir de fidélité comprend tout ce qui est lié au respect de l'autre conjoint. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148, in Codice civile. Commentario*. Diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 1990, p. 62.

²⁷⁶ E. BIVONA, *L'obbligo di fedeltà dopo la stagione delle riforme*, in U. Salanitro, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, p. 273 ss.

²⁷⁷ Les devoirs réciproques de fidélité, secours et assistance des époux sont posés par l'article 212, auxquels s'est ajouté le devoir de respect mutuel (loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 sur la prévention et la répression des violences au sein du couple). Ces devoirs sont les clefs de voûte apparentes du mariage, mais il n'en a plus la totale exclusivité, de ce fait les partenaires d'un Pacs, s'ils n'ont pas d'obligation de fidélité, ont un devoir réciproque de secours et, depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, qui a réformé le droit des successions et des libéralités, ils se doivent une aide matérielle et une assistance réciproque.

*pour ne pas limiter le champ d'application de la disposition en objet à l'interdiction de commettre un adultère ou de commercialiser son propre corps*²⁷⁸, de sorte que l'infidélité puisse être morale aussi, car l'aptitude trop intime avec un tiers est ressentie comme une injure par le conjoint²⁷⁹.

Le devoir en objet est, donc, consubstantiel à la communauté de toit et de lit qui s'instaure à la suite de la célébration du mariage et qui imprègne l'union conjugale pendant toute sa durée, car la fidélité constitue l'essence même du mariage.

En fait, on pourrait affirmer qu'il s'agit d'un principe indéfectiblement lié à la communauté de vie que les époux ont créée par leur décision, de laquelle découlent des devoirs spécifiques.

A la différence de ce qui paraît prévu en matière d'union civile et de pacs²⁸⁰, la liberté matrimoniale ne permet pas, en fait, de reconnaître au sein du couple un pouvoir illimité en ce qui concerne le champ d'application des droits et des devoirs maritaux.

L'évolution du concept de famille ne peut pas impliquer la désacralisation de l'engagement réciproque des conjoints de respecter certains devoirs²⁸¹ dans l'intérêt de leur famille, car il s'agit de devoirs incontournables, ce qui empêche toute dérogation par des pactes qui seraient, dans tous les cas, nuls.

En particulier, l'impérativité de ce devoir peut être expliquée par le principe exprimé par la Cour de Cassation civile française, lorsque les Juges ont affirmé que « les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui

²⁷⁸ Cette thèse se fondait sur les critiques formulées à l'encontre de la décision de la Cour constitutionnelle 18 avril 1974, n. 99, où les Juges déclaraient l'illégitimité constitutionnelle de l'art. 156. 1 al., Code civil, qui affirmait que le conjoint séparé ne pouvait plus exiger la fidélité de son époux, car il n'a plus la disponibilité de son corps.

²⁷⁹ La fidélité figurant dans les Codes civils français et italien est fortement influencée par le droit romain et le christianisme qui ne conçoivent le mariage que sous une forme monogamique.

²⁸⁰ Il est possible que le législateur n'ait volontairement rien prévu en la matière afin de différencier les deux types d'unions, celle maritale et celle fondée sur le Pacs ou union civile, en reconnaissant la nature instable de cette dernière, vouée à l'infidélité.

²⁸¹ La doctrine italienne les définit comme « devoirs implicites », car ils caractérisent le mariage dans son noyau fondamental. F. RUSCELLO, *I diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia, Famiglia e matrimonio*, Volume I, Milano, 2002, p. 727.

résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle »²⁸².

A la lecture de cette décision, on comprend que les époux sont chargés de l'obligation de fidélité, qui consiste à donner sa foi à l'autre époux, même quand la vie de couple est devenue banale et sans communication.

En fait, même si l'on ne nie pas que la violation du devoir de fidélité ne peut plus constituer un délit pénal ou une cause péremptoire de divorce liant le juge civil, car elle est considérée comme une faute civile, il faut tenir compte du fait que le mariage vise à la protection des intérêts prééminents du foyer familial, comme à celui de la stabilité, de sorte qu'est exclue toute gestion facultative des principes constituant son noyau fondamental par les époux. Le devoir de fidélité constitue donc un prolongement du caractère institutionnel du mariage, ce qui implique l'impérativité et l'absence d'exception, car il n'est dans aucun cas une option à laquelle les deux époux, peuvent souscrire.

En particulier, la fidélité étant l'élément caractérisant l'existence du couple conjugal, on doit, pour cette raison, considérer illicite tout pacte d'exonération.

En fait, si sur le plan patrimonial, il sera possible, dans certaines limites, de déroger aux principes généraux, cela ne sera pas admis en matière de droits concernant la vie en commun, ce qui confirme le fait qu'un noyau dur du mariage est considéré comme subsistant malgré l'érosion des sentiments, jusqu'à la dissolution du lien conjugal.

B - L'assistance morale entre les époux.

L'union maritale est structurée autour de certains principes directeurs du couple, parmi lesquelles on constate la solidarité, qui se résume par le devoir d'assistance.

²⁸² Arrêt deuxième chambre civile du 15 avril 1970 (n° 69-12.576, Bull. civ. II, n° 120)

En cohérence avec la théorie institutionnelle du mariage, le devoir en objet se pose en harmonie avec les exigences de cohésion et d'unité du groupe familial, où l'intégrité et la stabilité doivent être préservées.

Pour cette raison, il s'agit d'un devoir soustrait à toute dérogation des parties, de la même manière que ce qui a été affirmé en matière de fidélité, à laquelle ce devoir est strictement lié.

En fait, si l'assistance morale consiste en « *s'aider à porter le poids de la vie* » dans les limites du raisonnable²⁸³, ce devoir n'est pas concevable sans le respect préalable de la fidélité : une « assistance morale infidèle » serait en principe²⁸⁴ une contradiction, compte tenu du fait qu'il s'agit d'un devoir qui concerne l'aspect affectif du mariage.

En particulier, l'aide réciproque entre les conjoints peut être de type moral ou psychologique et le soutien apparaît plus nécessaire en cas de maladie, lorsqu'il prend alarme de soins et se traduit par un degré particulier d'attention et de prévenance (« *devoir de patience, de douceur et de soins* »).

Le devoir d'assistance constitue, en outre, la base de l'article 449 (anc. art. 496) du Code civil français, qui prévoit qu'en cas de placement de l'un des époux sous tutelle ou sous curatelle, l'autre est tuteur ou curateur à titre gratuit²⁸⁵ de son conjoint.

En Italie, le devoir d'assistance entre les conjoints s'exprime essentiellement par une exigence de soutien conjugal, d'ordre physique ou moral.

En particulier, il s'agit d'une prétention (à caractère impératif, non susceptible d'exception mais modulable) au mutuel réconfort spirituel, ayant pour but la satisfaction des exigences personnelles de l'autre époux sur le plan des droits de la personnalité, qui ne sont pas atténués en raison

²⁸³ A. KARM, *Droits et devoirs extrapatrimoniaux des époux*, in *Essentiel*, 04.07.2019, date de fraîcheur : 15 Mai 2021.

²⁸⁴ Cela se discute. On peut imaginer un conjoint qui a une relation adultérine mais qui conserve de l'affection pour son époux ou épouse et se préoccupe de lui.

²⁸⁵ L'existence d'un devoir d'assistance entre époux fonde le refus d'admettre un salaire pour l'aide et les soins fournis par un époux à son conjoint.

de l'existence du lien conjugal²⁸⁶. En fait, il est exclu que chaque conjoint prive l'autre de la possibilité de se réaliser sur le plan de ses propres exigences individuelles.

De ce fait, l'impérativité ne signifie pas donc l'impossibilité de décider comment supporter l'autre conjoint, car il s'agit de réglementer ce devoir, qui constitue le noyau dur des droits et des devoirs fondamentaux du mariage dans le cadre de la communauté de vie qui se déroule dans le foyer familial, par rapport aux besoins spécifiques des membres du couple.

Dérogação et réglementation sont en fait deux termes différents, qu'il ne faut pas confondre, car la dérogation permet de dépasser ce qui est prévu dans la loi, la réglementation impliquant en revanche de gérer le contenu de cette dernière dans le cadre de l'autonomie qu'elle reconnaît.

Pour autant, il n'est pas permis de trahir l'esprit de la loi, qui reflète une idée de respect conjugal visant à la réalisation et à la stabilité de la communauté familiale dans sa complexité.

De cette façon, comme le prévoit le droit français, le devoir de soigner le conjoint malade est également reconnu par le droit italien dans le cadre de l'assistance mutuelle au niveau moral, en prévoyant une obligation à la charge du conjoint en bonne santé, qui devra sacrifier ses propres aspirations pour offrir assistance et aide à celui qui subit les conséquences d'une maladie physique ou psychologique.

Le désintérêt constitue, donc, un comportement sanctionné, car il a une incidence sur la communauté de vie que les époux ont recherchée par leur décision réciproque de se marier, et qui différencie leur union des autres modes de conjugalité caractérisés par la précarité et par l'absence d'un noyau dur de droits et de devoirs, auxquels les époux sont en revanche tenus, sous peine de sanctions.

La libéralisation des mœurs n'a donc pas eu pour effet de libéraliser le mariage en le dépouillant de l'impérativité qui permet de marquer la différence avec les autres modes de conjugalité, ce qui fait que la violation du devoir d'assistance peut être invoquée encore de nos jours à titre

²⁸⁶ T. BONAMINI, *Il dovere di assistenza morale e materiale*, in Aa.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, cit., p. 866.

autonome dans les divorces pour faute et aussi dans les reproches qui peuvent être opposés à l'un des époux.

C'est donc le comportement général des époux vis-à-vis de leur conjoint qui peut être dénoncé, en particulier pour des faits qui montrent un refus de soutien du conjoint ou un abandon moral, comme, par exemple, en France, dans une affaire qui s'est terminée par la condamnation du mari qui s'était désintéressé de son épouse manquant ainsi à son devoir de soutien moral lors du décès de l'enfant commun²⁸⁷.

Le désintérêt d'un époux envers l'autre a aussi des conséquences en droit italien.

La notion d'assistance est en fait un concept qui impose d'évaluer les exigences des deux parties sur un plan concret, compte tenu du respect de la personne de chacun, dans le cadre des situations où la vie conjugale se développe.

Pour autant, n'est pas contraire au devoir d'assistance le comportement du conjoint qui accepte un emploi qui lui impose de rester longtemps dans la journée loin de sa famille, sans que ce choix soit motivé par la volonté de se soustraire à la vie en commun²⁸⁸, réduisant au minimum la présence à la maison conjugale.

En fait, dans cette circonstance on ne constate pas un rejet d'assistance, sciemment voulu et direct, consistant à mettre en avant ses exigences personnelles. Dans ce cas, même si l'un des deux conjoints est loin de l'habitation en commun, on ne peut pas considérer cela comme une violation du devoir d'assistance morale, si on ne constate pas une incidence sur la solidité du couple et sur l'affection qui le sous-tend.

En revanche, l'atteinte à la dignité de l'autre époux configure une violation du devoir en objet, comme dans le cas où un conjoint instaure une

²⁸⁷ Cour d'appel, Orléans, Chambre de la famille, 22 Mars 2011 - n° 10/00680, Numéro JurisData : 2011-005357. La Cour d'Appel condamne le mari reparti le lendemain de l'enterrement de l'un des jumeaux communs, laissant l'épouse seule avec l'autre jumeau, alors qu'elle était dans le plus grand désarroi. Trois ans après le décès, le mari quitte le domicile conjugal sans verser de subsides à l'épouse alors qu'elle ne percevait qu'une pension d'invalidité. Pour ces faits le mari a été condamné pour abandon de famille.

²⁸⁸ Cass. Civ., 11 juill. 2013 n. 17199 in *www.dejure.it*.

communauté d'esprit avec un tiers, tout en continuant dans le même temps à exploiter économiquement l'autre époux.

Ainsi, certains comportements témoignent d'un réel désintérêt et mépris pour le conjoint, de sorte qu'ils peuvent fonder la demande de séparation ou en divorce par faute imputable au conjoint qui a violé le devoir d'assistance, et, en outre, la demande de réparation des dommages à cause du préjudice moral subi²⁸⁹.

En effet, conformément à la reconnaissance de la liberté des conjoints, il n'est pas possible d'obliger les époux à exécuter cette obligation contrairement à leur volonté, la seule protection que l'époux peut réclamer est celle de nature pécuniaire.

Paragraphe 2. Devoirs impératifs à l'égard des enfants.

La filiation constitue le cadre où, encore de nos jours, la famille se présente comme une institution à la structure rigide, visant à organiser les rapports de ses composants de façon stricte, en dehors de leur volonté.

L'égalité reconnue aux conjoints produit des effets sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale (A) et l'impérativité de l'obligation d'entretien de l'enfant par les conjoints (B).

A_ - L'exercice conjoint de l'autorité parentale.

L'autorité parentale constitue un rapport de droit entre l'enfant mineur non émancipé et chacun de ses parents.

Les législateurs français et italien ont créé un droit commun en la matière en établissant que la règle générale est son exercice conjoint, sur le fondement du principe de non - discrimination indiqué à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 du 22 novembre 1984.

²⁸⁹ Cass. Civ 10 mai 2005 n. 9801 et. 15.09.2011 n. 18853, in *www.dejure.it*.

Il s'agit d'un principe qui repose sur la reconnaissance du rôle paritaire des membres du couple, car il est relié aussi à la protection de l'équilibre des enfants qui constituent le groupe familial.

Concrètement, ce principe vise à garantir à l'enfant des contacts directs et personnels avec ses deux parents, car il s'agit de les engager de la même manière²⁹⁰ *pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement*²⁹¹.

Pour autant, de nos jours, les deux législateurs prévoient la coparentalité comme le principe général de l'exercice de l'autorité parentale²⁹², tandis que l'exercice unilatéral en constitue l'exception.

En fait, en France, la notion de puissance paternelle, a été substituée par celle d'autorité parentale par la [loi n° 70-459 du 4 juin 1970](#).

En outre, la nouvelle formulation de l'autorité parentale de l'article 371-1 du Code civil ne fait plus référence aux notions de « garde » ou de « surveillance » de l'enfant, mais affirme que les deux parents doivent contribuer à l'entretien et à l'éducation de leur enfant « à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant »²⁹³, quel que soit le degré de contractualisation du couple.

Dans le même sillage, l'ancien article 260 du Code civil italien, affirmait que le père exerçait la « *patria potestà* » et que cette dernière était exercée seulement exceptionnellement par la mère.

²⁹⁰ Le fondement de cette prévision doit être trouvé dans la constatation que le principe de la coparentalité assure une meilleure réponse aux conflits des droits individuels.

²⁹¹ L'article 18 de la Convention des droits de l'enfant énonce que les États doivent « *assurer la reconnaissance du principe selon lequel les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement* ».

²⁹² Il s'agit d'une fonction d'ordre public dans l'intérêt de la progéniture. P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2014, p. 344. Dans ce texte, il est affirmé que la responsabilité est considérée comme un ensemble de droits et devoirs « *corrélatifs* », « *chaque droit reconnu au père et mère étant en même temps un devoir qui leur est imposé* ».

²⁹³ La [loi n° 70-459 du 4 juin 1970](#) a substitué à la puissance paternelle, l'autorité des parents ou autorité parentale. Aux termes de l'importante [loi n° 2002-305 du 4 mars 2002](#), elle est « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* » (*C. civ., art. 371-1*).

Il faut attendre 1975, pour que la réforme du droit de la famille italien établisse l'égalité juridique entre les conjoints en matière de « *esercizio congiunto della potestà genitoriale* », avant de devenir la « *responsabilità genitoriale* »²⁹⁴.

De ce fait, on dépasse le modèle hiérarchique rigide, fondé sur l'autorité exclusive du père, comme la théorie institutionnelle du mariage le prévoyait, en faisant de celui-ci le seul tenu à assurer l'unité du foyer familial constitué avec sa femme et leurs enfants, au profit d'un modèle familial qui garde son essence institutionnelle mais non dans le sens classique du terme.

En fait, les nouveautés législatives consacrent un modèle juridique différent de l'ancien, selon lequel, en faisant une actuation de la prévision de l'art. 30 de la Constitution²⁹⁵, les époux, (mais de nos jours, il faut préciser, en réalité tous les parents²⁹⁶, car leur rôle implique la naissance du devoir impératif de s'occuper des enfants même si ces derniers sont nés en dehors de la relation conjugale), sont titulaires du pouvoir de prendre toutes les décisions concernant leur enfants, ce qui implique une « co – gestion » dans l'appréciation concrète de ses intérêts.

De plus, l'art. 337 – ter du Code civil italien établit que l'enfant a le droit d'avoir un rapport constant et continue avec les deux parents, lesquels s'engagent à satisfaire ses besoins moraux et matériels.

Par ces réformes, on constate, donc, que toute forme de concentration de l'autorité sur les enfants est exclue, de sorte que les deux parents sont

²⁹⁴ Le D. Lgs 154/2013 a introduit le principe de « *responsabilità genitoriale* », qui substitue celui de « *potestà parentale* », dont l'introduction caractérisait la réforme de droit de la famille.

²⁹⁵ Cet article établit que les parents ont le devoir et le droit d'entretenir, d'instruire et d'élever leurs enfants.

²⁹⁶ La nouveauté, donc, se trouve dans le fait que le principe de coparentalité entraîne un rôle paritaire des parents, quel que soit la nature du lien conjugal entre eux (depuis la loi française n. 2013-404 du 17 mai 2013, ces règles concernent aussi les liens homoparentaux en cas d'adoption plénière d'un enfant), pour en réaliser la pleine participation à la vie de l'enfant commun. En fait, la famille fondée sur le mariage ne peut plus être considérée comme le lieu exclusif pour l'attribution du « *status filiationis* ». Le but que les deux législateurs ont réalisé avec ces réformes a été celui d'éviter que la règle de la parité parentale ne soit pas respectée dans le cas de désunion de la famille.

impérativement appelés à exercer leurs pouvoirs sur la personne et sur les biens de l'enfant²⁹⁷.

De ce fait, ils sont responsables au même titre envers l'enfant, comme indiqué également par l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui établit que l'enfant doit avoir des relations régulières avec ses deux parents.

Pour cette raison, les règles concernant l'autorité parentale sont d'ordre public, de façon à ce qu'aucune renonciation ne puisse produire effet.

Cela est d'autant plus net que des sanctions sont prévues à la charge du parent qui ne s'intéresse pas à ses enfants (il s'agit de la perte de la garde de ces derniers), cet état de fait impliquant la violation de devoirs impératifs et l'intervention du Juge.

En fait, si la gestion partagée de l'enfant peut faire l'objet d'une « contractualisation », dans la mesure où les deux parents s'accordent pour lui assurer le nécessaire selon leurs possibilités, il n'est en aucun cas admis de déroger à ce devoir impératif. La protection de la progéniture ne peut être considérée comme un fait privé, car les parents ne peuvent pas se soustraire à ce devoir.

Il est clair, donc, que ces règles sont faites pour la protection du foyer familial, de façon à en préserver l'intégrité et la cohésion, ce qui est possible grâce à la prévision de mesures impératives, qui sont strictement liées à la procréation.

Cette dernière est considérée comme un fait déterminant la naissance automatique de deux obligations à l'éducation et à l'entretien des enfants, qui ne font en aucun cas l'objet d'une dérogation.

En réalité, une dérogation est toutefois possible si des motifs graves attestent que les relations avec l'un des parents sont préjudiciables à l'enfant, comme indiqué à l'art. 9 de la Convention des droits de l'enfant²⁹⁸.

²⁹⁷ L. CARBONNIER, *Autorité parentale. Exercice de l'autorité parentale*, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, Date du fascicule : 26 Décembre 2013, Date de la dernière mise à jour : 3 Mai 2019.

²⁹⁸ Cet article établit que les États doivent respecter « le droit de l'enfant séparé de ses deux parents, ou de l'un d'entre eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Le retrait de l'autorité parentale est prononcé par

B - L'impérativité de l'obligation d'entretien de l'enfant par les conjoints.

Le Code civil français établit que « chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant » et « cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur » (art. 371 – 2).

De la même façon, le Code civil italien qu'à l'art. 315 bis, al. 1, affirme que l'enfant a le droit à l'entretien.

On peut constater que, dans l'esprit des deux législateurs, ce droit occupe la première place, car il s'agit d'assurer à l'enfant une vie satisfaisante sous le profil économique.

En particulier, on a affirmé qu'il s'agissait d'un devoir impératif à la charge des parents seulement, qui en droit italien, trouve son fondement dans l'art. 30 de la Constitution.

Cet élément permet, en fait, d'opérer la distinction avec l'obligation alimentaire, soit quant au profil subjectif, car le droit à l'entretien des enfants implique de mettre une prestation unilatérale à la charge des parents et non des ascendants et descendants, soit quant au profil objectif, car seuls les parents sont obligés de s'occuper de l'entretien de l'enfant et de son éducation.

Pour cette raison, la famille relève d'un ordre public préexistant, préconstitué ; il s'agit d'une institution qui ne laisse aucune place à

conséquence à fautes graves commises par les parents, dans les cas indiqués par les articles 378, alinéa premier, et 378-1 du Code civil français et 330 du Code civil italien, ce qui implique que l'impérativité de la prévision générale n'est pas un principe insurmontable, car elle recule là où on constate des situations qui sont source de préjudice pour l'enfant.

l'autodétermination de l'individu, mais qui impose des choix sur la base de ce qui a été imposé de l'extérieur par les pouvoirs publics.

De plus, l'absence de toute référence à l'âge de l'enfant semble confirmer la thèse selon laquelle cette obligation ne cesse pas lorsque l'enfant est devenu majeur, s'il n'est pas économiquement indépendant²⁹⁹.

Cette thèse trouve son appui dans la définition de mariage donnée par Portalis, qui affirmait qu'il s'agissait de la société conjugale visant à la perpétuation de l'espèce et caractérisée par l'aide réciproque entre les parties, ce qui implique de porter ensemble le poids de la vie et de partager une destinée commune.

Le mariage est ainsi présenté comme concentré autour d'un noyau dur de conditions fondamentales et impératives, ce qui découle du « règlement » que les parties souscrivent en acceptant de se marier, ce qui limite leur liberté personnelle à la lumière de ce que la constitution de la communauté de vie implique.

Il s'agit donc d'un ordre public directif, ce qui exclut toute possibilité de décider de l'étendue des obligations conjugales et de celles relatives aux enfants.

Dans ces hypothèses, les exigences de protection de groupe familial sont prééminentes par rapport à celle visant à permettre à l'individu de disposer de son droit à la vie familiale selon ses attentes.

²⁹⁹ B. TOTI, *Oltre una certa età un figlio è ormai un adulto (recenti orientamenti sul mantenimento del figlio maggiorenne)*, in *www. Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2/19, p. 374.

Dans cette Section 1 on a pu constater l'identité du cadre juridique au niveau des droits et devoirs réciproques lorsqu'une communauté matrimoniale est établie, ce qui implique l'absence de dérogation s'agissant des obligations en matière personnelle entre les époux et envers les enfants.

Les conjoints sont réciproquement obligés de se respecter, comme l'imposent les devoirs de fidélité et d'assistance morale, ce qui distingue les mariages des autres modes de communautés de vie.

De même, les conjoints sont tous les deux obligés à l'égard des enfants communs. L'exercice conjoint de l'autorité parentale est en fait la règle générale et seules des situations spécifiques peuvent justifier de sa limitation et de son exercice exclusif de la part de l'un des deux parents.

Ce cadre contribue, donc, à fonder la physionomie impérative du mariage, l'autonomie personnelle des époux étant en tous cas exclue.

La reconnaissance d'une marge de liberté est en revanche admise là où on peut aménager les intérêts qui sont dépourvus de tout lien avec l'ordre public de la famille, c'est-à-dire ceux dont la gestion ne met pas en péril la structure du mariage, en l'assimilant à d'autres formes de communauté de vie, qui se posent en dehors du terrain de la relation conjugale et parentale. En particulier, l'avancée des droits de l'homme connaît son effectivité dans la matière matrimoniale quand on doit tenir compte, par exemple, des exigences de travail de chacun, de sorte que la communauté de toit peut être matériellement sacrifiée.

Cette gestion du consortium de vie n'implique pas un affaiblissement du fondement de mariage. Le fait que les époux puissent vivre géographiquement éloignés n'implique aucune renonciation aux droits et devoirs fondant le noyau principal du mariage.

Le mariage est donc géré par les époux, mais sans se soustraire aux devoirs d'assistance morale et matérielle entre eux ou envers la progéniture commune.

Dans la section suivante, on verra qu'il s'agit simplement de régler la communauté de vie selon les nécessités spécifiques de chaque *consortium vitae*.

Section 2. Aménagement conventionnel des effets personnels du mariage.

Les réformes du droit de la famille des années 70 ont conduit à instaurer un cadre caractérisé par un niveau supérieur de liberté, grâce surtout à la reconnaissance du rôle des droits fondamentaux, ce qui a ouvert la voie à des nouvelles questions relatives à l'affaiblissement de la notion institutionnelle de la famille au profit de l'individualisme.

Les nouveaux objectifs du droit placent l'individu au centre du rapport juridique, en privilégiant ses droits individuels.

En adhérant à la théorie contractuelle du mariage, on a cru en revanche que la nécessité d'assurer l'unité familiale ne s'étendait pas aux rapports personnels entre les conjoints qui sont dépourvus de tous liens d'ordre public, car l'autonomie demeure et les conjoints peuvent l'exercer de la manière qu'ils croient être la plus apte selon leurs nécessités, de façon à ce que la dimension collective du mariage recule.

Puisque la liberté de relation interindividuelle prévaut sur le groupe familial, en déterminant la diffusion d'un modèle fondé sur la liberté, l'égalité et le pluralisme, rien n'interdit aux époux d'organiser contractuellement leur vie commune.

Les époux peuvent de nos jours organiser leurs relations personnelles à la lumière d'un cadre où impérativité et auto-détermination se combinent.

Il leur est en fait permis de gérer et développer des marges de liberté dans le respect des dispositions juridiques en ce qui concerne les droits et les devoirs maritaux communs selon leurs exigences ; ce qui permet, donc, de souligner le rôle paritaire des membres du couple.

La femme n'est plus tenue de suivre le mari et d'accepter ses décisions, mais elle a un rôle actif dans la gestion du foyer familial, afin que ses besoins et ses choix soient pris en compte.

On constate le rôle accru de l'exercice de l'autonomie en ce qui concerne certains rapports de nature personnelle entre les conjoints (Paragraphe 1) et la reconnaissance du droit des époux de gérer de façon autonome leur revenus professionnels (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le rôle accru de l'exercice de l'autonomie en ce qui concerne certains rapports de nature personnelle entre les conjoints.

Les époux peuvent adopter d'un commun accord des choix dans des domaines qui leur étaient auparavant exclus. En fait, les lois de réforme du droit de la famille ont posé de façon différente le devoir de communauté de vie (A) ainsi que le choix d'un nom familial commun (B).

A - Le devoir de communauté de vie.

Le devoir de cohabitation fonde l'obligation mutuelle des époux de s'engager dans une communauté de vie et de choisir une résidence commune par eux en accord³⁰⁰ ([C. civ., art. 215, al. 1^e, Code civil français](#)). C'est au nom de la liberté individuelle que la famille est construite et de cette façon, il n'est pas exclu que les époux puissent avoir un domicile distinct sans qu'il soit portée atteinte aux règles relatives à la communauté de vie ([C. civ., art. 108, al. 1^{er}](#)), car, dans le silence de la loi, il est affirmé que les raisons d'ordre professionnel peuvent justifier ce choix³⁰¹, qui n'est pas contraire aux devoirs maritaux, et en premier lieu à celui de la fidélité. Cet état de fait implique, donc, que la communauté de vie est devenue un concept souple, capable de s'adapter aux exigences des époux, qui peuvent se soustraire au devoir de cohabitation, compte tenu de leur liberté d'organisation et de leur autonomie. Le couple subsiste mais sans habiter ensemble de manière ininterrompue.

³⁰⁰ P. MURAT, *Droit de la famille*, Dalloz, 2016, p. 179.

³⁰¹ Selon un Auteur, «la cohabitation des époux ne consiste dans le devoir de résider ensemble, mais dans celui de se rencontrer dans le lieu indiqué comme résidence commune. » G. FREZZA, *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, 2004, p. 80.

Un tel cadre normatif résulte de l'évolution qui a commencé doucement dans les années 1970, parce qu'à l'époque où s'exerçait l'autorité de l'homme sur la femme mariée, on reconnaissait que le mari était le seul titulaire du droit de choisir où établir la résidence familiale. Ce choix s'imposait en fait, à la femme, qui devait obéissance au mari : *l'égalité dans le mariage devait donc s'accommoder de "l'infériorité naturelle" ou supposée telle de la femme, mais l'évolution l'a fait disparaître*³⁰².

En France, la loi du 4 juin 1970, en particulier, établissait qu'en cas de désaccord, c'était au mari de choisir la résidence commune (art. 215).

Puis, le droit a été modifié par la loi du 15 juillet 1975 qui a prévu que la résidence familiale serait choisie d'un commun accord par les conjoints. Une difficulté toutefois provient du fait que la loi ne définit pas comment régler les conflits en cas de désaccord des parties à cet égard.

Face à cet état de choses, une interprétation doctrinale³⁰³ considérait qu'à la lumière de l'évolution des mœurs, il n'était plus obligatoire pour les époux d'avoir une résidence commune en permanence.

Comme l'a dit récemment la Cour de Cassation française³⁰⁴, les époux peuvent avoir des résidences distinctes sans que cet état de fait implique un manquement au devoir de cohabitation, mais une telle prise de position peut donner lieu à des interrogations sur la tenue des obligations caractérisant de manière impérative le mariage.

En fait, s'il n'y a pas de communauté de vie, comment peut-on assurer l'effectivité du devoir d'aide morale réciproque ?

Si le mariage se fonde sur le partage des joies et du poids de la vie conjugale, le domicile séparé des époux ne peut pas permettre cela, chacun conduisant en fait sa vie, et de cette façon, l'ordre public de la famille, qui nait pour réaliser un projet de communauté d'esprit, sera atteint.

³⁰² V. LARRIBAU-TERNEYRE, *MARIAGE*. – *Organisation de la communauté conjugale et familiale*. – *Principes directeurs du couple conjugal : réciprocité des devoirs entre époux* (C. civ., art. 212). – *Principes structurant la communauté familiale : direction conjointe de la famille et contribution conjointe aux charges du mariage* (C. civ., art. 213 et 214), *Juris Classier Code civil*, Fasc. 10. Date du fascicule : 1er Février 2016, Date de la dernière mise à jour : 1er Mai 2017.

³⁰³ A. BENABENT, *ouvrage précitée*, p. 104

³⁰⁴ Cass civ., 12. Févr. 2014, n. 13- 13873 in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028604108>.

Toutefois, pour venir à l'encontre des exigences de travail des époux et à la lumière du texte de l'art. 108 du Code civil, qui prévoit que « le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie », on peut affirmer que c'est l'intention matrimoniale qui importe, de façon qu'avoir un domicile distinct n'équivaut pas à nier l'existence de la communauté de vie spirituelle.

Dans le même sillage, le droit italien établit que les conjoints doivent cohabiter au lieu qu'ils ont choisi d'un commun accord³⁰⁵.

Cette prévision est contenue dans l'art. 144 du Code civil³⁰⁶, qui est l'une des obligations que les époux sont impérativement tenus de respecter et de mettre en pratique pour le développement de leur vie familiale.

De ce fait il en découle qu'en cas de désaccord entre les conjoints, il est nécessaire de saisir le Juge, qui prendra sa décision compte tenu des motifs de recours des parties.

Comme en France, en outre, il est possible pour les époux d'avoir des domiciles séparés³⁰⁷ (art. 45 du Code civil italien), car le législateur lors de la réforme du droit de la famille a supprimé tous archaïsmes législatifs qui prévoyaient que le domicile choisi par le mari était automatiquement celui de sa femme.

Un automatisme, qui se fondait sur la présomption que la femme devait suivre son mari, de sorte qu'il devait fixer le lieu d'habitation commune et sa femme était obligée de cohabiter avec lui.

Il s'agissait d'un effet de l'adhésion à la théorie institutionnelle du mariage, laquelle impose de sacrifier les exigences personnelles des époux au nom de l'unité du groupe familial.

³⁰⁵ F. MACIOCE, *Coabitazione e casa familiare*, in AA.VV., *Seminari di diritto di famiglia*, cité, p. 108.

³⁰⁶ L. SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, in AA.VV., *Seminari di diritto di famiglia*, cité, p. 128.

³⁰⁷ La cohabitation n'est pas simplement le devoir de vivre sous le même toit, car il vise à réaliser la communauté de vie des époux aussi au niveau sexuel. Sur ce point, F. SANTORO PASSERELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio* in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, II Volume, Cedam, 1992, p. 506.

De nos jours, le devoir de cohabitation peut faire, par contre, l'objet d'un choix, qui découle d'une décision commune des époux, titulaires des mêmes droits et devoirs, laquelle peut être imputable à plusieurs raisons.

En fait, les époux peuvent tout simplement décider de ne pas cohabiter, car si le mariage impose le respect impératif de l'assistance morale et matérielle entre les conjoints, la cohabitation est simplement un élément secondaire.

De ce fait, donc, le domicile des époux peut être différent, si des raisons exceptionnelles existent, comme, par exemple, celles connexes au lieu d'exécution du contrat de travail de l'un des conjoints. Ces situations sont légitimes dans la mesure où le travail est un moyen qui permet de mieux coopérer aux exigences économiques de la famille³⁰⁸.

B- Le choix d'un nom familial commun.

Le mariage n'impose pas de changement effectif de nom de famille, car chacun des conjoints peut garder son nom de naissance, ce dernier étant écrit sur son acte de mariage.

En France, l'article 225-1, introduit par la [loi n° 2013-404 du 17 mai 2013](#) dans le Code civil énonce que "*Chacun des époux³⁰⁹ peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit*".

Il s'agit, donc, d'un principe de liberté et de solidarité³¹⁰, car les époux sont traités de la même manière. Il leur est ainsi reconnu le droit d'organiser leurs relations personnelles selon un principe qui protège l'expression de la volonté dans la sphère familiale, traduisant le passage de la famille de l'institution au contrat. Cette analyse semble en outre confirmée par les prévisions de la loi du 17 mai 2013 qui favorise l'égalité entre les sexes

³⁰⁸ R. FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *www.rivista di Diritto Civile* n. 5/2018, p. 1188.

³⁰⁹ La rédaction du texte laisse à penser que, plutôt que l'unité du couple, c'est l'individualisme qui prime (« chacun des époux... »).

³¹⁰ P. F. MONLAU, *Le mariage dans ses devoirs, ses rapports et ses effets conjugaux, au point de vue légal, hygiénique, physiologique et moral*, Garnier, 1880, p. 136.

relativement au nom, parce que les marié(e)s peuvent chacun prendre comme nom d'usage le nom de leur conjoint(e) ou bien créer un double nom.

En fait, l'article 225-1 du code civil dispose que « chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit », ce qui renforce l'égalité entre les conjoints en vertu du dépassement de l'exigence d'altérité sexuelle dans les textes de loi concernant le nom de famille.

Toutefois, antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, une règle coutumière conduisait la femme, en se mariant, à ne plus utiliser que le nom de son mari, ou son propre nom accolé à celui de son mari, en vue de la protection du foyer familial et du rôle accordé au père, garant de l'unité familiale.

De nos jours, en revanche, conformément à la libéralisation des rôles et à la reconnaissance de l'égalité entre les conjoints dans le couple, on constate une certaine liberté d'utiliser ou non le nom de l'autre époux. De cette façon, le fait de ne pas user de cette faculté ne peut constituer une faute, cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil.

L'objet de l'article 225-1 du Code civil est, en fait, celui de permettre à chacun des époux de porter le nom de son conjoint, soit par substitution, soit par adjonction de ce nom.

Il s'agit, donc, de régler la communauté de vie qui découle du mariage selon les nécessités spécifiques du foyer, sans que les règles préexistantes rigideusement posées au nom de l'unité familiale, soient mises en péril.

En particulier, on arrive à dépasser l'ancien argument selon lequel parce que l'unité familiale constituait un thème d'ordre public, la vie privée cessait là où l'individu entrait en contact avec la vie publique.

Pour autant, il est de nos jours permis à l'un des époux (hétéro ou homosexuel) de substituer à son propre nom celui de l'autre, comme un moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille.

Pareillement, il est aussi admis que l'époux puisse adjoindre à son propre nom celui de l'autre, en décidant l'ordre dans lequel porter les

deux noms. La doctrine affirme, en fait, qu'on peut suivre l'ordre alphabétique ou que l'on peut décider de placer son propre nom en premier ou de le porter en second³¹¹.

La question se pose de savoir dans quelles situations pratiques une personne mariée peut se faire appeler par son nom d'usage conjugal plutôt que par son nom de naissance.

Le nom peut être utilisé, en fait, dans la vie sociale courante, par exemple dans les moyens de communication (courrier, téléphone, internet), dans l'exercice d'une profession ou dans une activité littéraire ou artistique, etc. Mais une circulaire précise que, puisque le mariage ne modifie pas le nom des époux, le "nom d'usage ne peut être indiqué dans les actes de l'état civil"³¹².

Il ne peut donc figurer dans les actes de naissance, de mariage ou encore de décès, ni dans le livret de famille qui constitue un document d'état civil récapitulatif de tous les actes d'état civil qui intéressent la famille.

Toutefois, le nom d'usage peut être mentionné sur les "documents administratifs et notamment la carte nationale d'identité". Autrement dit, le nom d'usage peut figurer également sur les autres documents administratifs : passeport, carte d'électeur, imprimés administratifs³¹³.

Une situation identique est constatée dans la loi italienne. L'exigence d'assurer la parité entre les conjoints a été comme prééminente lors de la réforme du droit de la famille en 1975.

Si auparavant, la femme, considérée comme une personne soumise à l'autorité maritale (art. 144 du Code civil pré - réforme) pouvait remplacer son nom de famille par celui du conjoint marié, de nos jours, le droit italien se montre plus cohérent avec l'application pratique du principe d'égalité juridique entre les mariés.

³¹¹ S. MAZEAUD-LEVENEUR, *NOM DES ÉPOUX*. – *Droit d'usage du nom du conjoint*, *Juris Classeur Civil Code*, Fasc., 50, Date du fascicule : 21 Novembre 2018, Date de la dernière mise à jour : 21 Novembre 2018.

³¹² Circulaire du 29 mai 2013 (BOMJ n° 2013-05, 31 mai 2013, art. 4.1).

³¹³ *Circ. 23 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)*, art. 4.1 : BOMJ, 31 mai 2013, n° 2013-05.

En fait, l'art. 144 du Code civil a été supprimé et remplacé par le nouveau art. 143 bis du Code civil, lequel établit que la femme ajoute à son nom, sans le substituer, celui du mari.

La loi italienne est impérative à ce point et elle fait valoir que le choix du nom ne relève pas entièrement du choix individuel des personnes, l'Etat bénéficiant d'une large marge d'appréciation en la matière, parce que le Code civil, à l'art. 143 bis, affirme que la femme ajoute, non que la femme peut ajouter, à son nom celui du mari.

Toutefois, le Cour de Cassation³¹⁴ a affirmé que la femme mariée est titulaire du droit, non de l'obligation, d'ajouter à son nom, celui du mari.

Cette affirmation se pose, donc, dans le sillage de la valorisation de la liberté de chaque membre de la famille d'être l'acteur principal de sa vie familiale, car « le mariage devient peu à peu la chose des époux »³¹⁵.

De plus, on remarque qu'effectivement, dans les rapports de nature publique, la femme est toujours identifiée par son nom original. Autre est la solution quand elle agit pour satisfaire les exigences liées à la famille, qui sont différentes de ses intérêts personnels³¹⁶.

Compte tenu de ce débat, on peut, cependant, affirmer qu'une violation de l'égalité juridique subsiste, car, à la différence du droit français, il n'est pas possible pour le mari de substituer ou d'ajouter à son nom celui de sa femme, mais seulement à cette dernière d'apporter cette modification.

Mais cette situation pourrait évoluer prochainement, comme le démontre une décision de la Cour de Cassation de 2004³¹⁷, dans laquelle les Juges ont déclaré qu'il est illégitime de donner automatiquement le nom paternel aux enfants du couple.

En outre, on peut renvoyer aussi à ce que le législateur a prévu en matière d'unions civiles, à l'al. 10 de l'art. 1 de la loi.

³¹⁴ Cour de Cassation civ., décision 13.7. 1961, n. 1692 in www.ilforoitaliano.it.

³¹⁵ H. FULCHIRON, *De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIe siècle*, in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 407.

³¹⁶ C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 62

³¹⁶ T. AULETTA, I rapporti personali tra uniti civilmente, in www.juscivile.it/contributi/2017/20.

³¹⁷ Cour de Cassation, décision n. 13298/2004, in www.altalex.it.

En particulier, le législateur de 2016 énonce que les parties à cette union peuvent choisir un nom commun et décider de mettre en avant ou de porter le nom de l'un des conjoints comme nom commun.

Donc, la différence avec le mariage est claire : dans le mariage, la femme peut utiliser le nom du mari, lequel n'est pas concerné par cette disposition de loi, comme la loi le confirme; par contre, dans l'union civile, les parties sont également considérées et protégées dans l'exercice de leur autonomie.

On se demande, face à cet état de fait, pourquoi le législateur a fait ce choix, démocratique et égalitaire, pour une institution juridique, « bâtie » sur le modèle du renvoi au mariage et pourquoi rien n'est prévu pour la modification du régime marital à cet égard.

La vraie parité, en matière de mariage, est, donc celle reconnue par la loi française qui permet une réglementation paritaire des rapports entre les conjoints, compte tenu du fait que l'usage d'un nom a des effets dans la vie privée et familiale, conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables.

L'art. 225 -1 du Code civil affirme de plus que les époux, et non pas uniquement la femme, peuvent choisir le nom commun de la famille.

De ce fait, le recul du côté institutionnel du mariage est, donc, très évident. Il est vrai, peut-être, que la société italienne doit encore progresser sur ce côté, car il faut constater que le Conseil de l'Europe en 1995 et 1998, par deux recommandations³¹⁸, avait invité les Etats à prendre toutes mesures aptes à supprimer les dispositions discriminatoires de l'égalité homme – femme mariés, y compris celles concernant le nom du couple.

³¹⁸ Recommandations n° 1271/1995 et 1362/1988 du Conseil d'Europe.

Paragraphe 2. La reconnaissance du droit des époux de gérer de façon autonome leur revenus professionnels.

Les époux sont titulaires du droit de gérer leurs revenus à la différence des mécanismes antérieurs qui réservaient ce pouvoir au chef de famille. De nos jours, on a dépassé cette limitation, que le Code civil français prévoyait, à la différence du code civil italien. Ce principe était le résultat d'une réflexion obtenue par l'examen du libellé des autres dispositions juridiques concernant la famille. Cet état de fait est confirmé par l'accès libre de la femme mariée au monde du travail (A) et par la liberté de perception et de disposition des gains et des salaires (B).

A – L'accès libre de la femme mariée au monde du travail.

La réussite professionnelle de l'individu ne doit pas être freinée par ses obligations familiales, de sorte que la femme mariée peut avoir accès au monde professionnel au même titre que son mari.

D'abord il faut préciser que la liberté professionnelle de chacun des époux comprend le droit d'exercer ou non³¹⁹ une profession et le droit de choisir librement cette profession; de plus, depuis 1942³²⁰ il n'est plus demandé à la femme qui souhaite travailler l'autorisation de son mari même si ce dernier conservera un droit de veto, jusqu'à la réforme du 13 juillet 1965 en France³²¹.

³¹⁹ Toutefois, la liberté de non exercer une profession rémunérée n'exclut pas le devoir à la contribution dans le foyer familial. J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 2018, p. 23.

³²⁰ Loi n° 573 du 22 septembre 1942 Sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux.

³²¹ La loi no 65-570 du 13 juillet 1965 prévoit des règles générales applicables à tous les ménages indépendamment du régime matrimonial choisi. Il s'agit du principe de la contribution des deux époux aux charges du mariage, de la solidarité et de l'autonomie ménagère.

De plus, à la suite de la réforme opérée par la [loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985](#), l'[article 223](#) prévoit que « chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ».

En Italie, le vieux Code du commerce du 1865 établissait que la femme mariée ne pouvait pas exercer une activité de commerce sans l'autorisation de son mari. Cette autorisation pouvait être tacite ou expresse, si le mari avait fait une déclaration expresse au Tribunal de commerce³²².

Rien de spécifique n'était prévu à cet égard dans le Code civil du 1942, mais cette disposition pouvait être déduite des dispositions du Code civil qui établissaient la subordination de la femme au mari³²³.

En particulier, ces prises de position des législateurs étaient conformes aux principes visant à assurer l'unité de la famille, liées à la nécessité d'empêcher tous bouleversements pouvant la menacer.

La logique était, donc, contraire à celle qui valorise de nos jours la puissance de la volonté individuelle, de sorte qu'aucun pouvoir n'est plus reconnu sous forme de veto au mari.

De ce fait on constate qu'avec le progrès de l'égalité entre époux, le couple n'étant plus fondé sur la subordination de la femme au mari, chacun des conjoints va pouvoir revendiquer une certaine autonomie qu'il faut rendre compatible avec leurs responsabilités familiales et domestiques³²⁴.

Ce que l'on relève est en fait le dépassement de toute discrimination prévue au détriment de la femme au nom de l'unité de la famille qui était fondée sur une séparation rigide des rôles entre les conjoints.

Le mari était chargé de garantir l'unité familiale, en prenant les décisions les plus importantes pour la stabilité du système, tandis que la femme était chargée de l'éducation de la progéniture.

De nos jours on a renoncé à cette division rigide des rôles, le thème de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes étant évoqué par

³²² Article 7 et 8 du Code du commerce du 1865, en vigueur jusqu'au 1942, année de l'entrée en vigueur du Code civil, qui l'a supprimé.

³²³ En fait, la femme était considérée comme un individu qui devait accepter ce que le mari lui imposait.

³²⁴ S. NYCOLET., *Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes : la fin du laxisme?*, in *Les Cahiers du DRH..*

l'article 141 du Traité CE en 2006 afin de lutter contre la répartition des rôles dans la famille selon les sexes.

La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale implique l'égalité de traitement professionnel entre les sexes, l'aménagement du temps de travail et de la relation au travail.

B - Liberté de perception et de disposition des gains et des salaires.

La notion de gains et salaires recouvre les revenus professionnels de chacun des époux et ce quelles que soient leur origine et leur nature : salaires, honoraires, droits d'auteur, indemnités, primes, commissions, gratifications, pourboires, bénéfices d'exploitation.

En particulier, une doctrine a affirmé que « sont des *gains et salaires* toutes les formes de produits pécuniaires de l'industrie personnelle des époux »³²⁵.

Le droit français établit de façon expresse à l'art. 223 du Code civil qu'« après s'être acquitté des charges du mariage » le conjoint peut disposer librement de ses ressources.

Le droit italien ne prévoit aucune disposition similaire, mais le principe est implicite dans la prévision qui soumet les conjoints à l'obligation des charges du ménage, car le mariage est « avant tout union, solidarité, lien »³²⁶.

Il est clair, de ce fait, qu'avec le mariage tout comportement social de l'individu ne disparaît pas, car cette autonomie s'exerce à l'extérieur d'un champ caractérisé par l'impérativité.

³²⁵P. SIMLER, *La mesure de l'indépendance des époux dans la gestion de leurs gains et salaires*, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 26, 2, 9 Juin 1990, 100869.

³²⁶D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, cit.

En conséquence de la reconnaissance de l'égalité entre conjoints, il faut, donc, reconnaître à la femme qui exerce une profession le pouvoir d'acquérir des biens avec les revenus de son travail.

Il n'est plus d'actualité, en fait, affirmer que le mariage réalise une fusion des personnalités, de sorte que l'autonomie des époux peut être limitée seulement dans la stricte mesure où elle serait incompatible avec l'accomplissement des obligations du mariage³²⁷. Dans les autres cas, il s'agit d'une discrimination qui manque de toute justification objective et raisonnable par rapport aux principes qui prévalent dans les sociétés démocratiques.

Cette liberté s'étend aussi à la possibilité d'ouvrir un compte en banque. En considération du fait que la femme n'est plus soumise à l'autorité maritale, elle peut aussi avoir la libre disposition des fonds bancaires. De ce fait, il est admis, que les conjoints puissent ouvrir personnellement à leur nom un compte de dépôt, y effectuer des versements et y encaisser des chèques à leur nom, ainsi que retirer les fonds, ce qui implique le dépassement de la rigidité de la théorie qui subordonnait la femme à l'autorité du mari et l'obligeait à s'occuper des affaires domestiques.

La liberté personnelle des époux est, donc, renforcée par le fait que le banquier n'a aucun droit de renseigner l'autre conjoint sur l'état du compte du client, car il violerait le secret professionnel.

Donc, à cet égard, il est admis que les parties au mariage agissent en vertu de leur libre choix.

Après avoir assuré l'effectivité de tous les devoirs connectés à la satisfaction des exigences familiales, chacun des conjoints est libre d'accomplir les opérations économiques qu'il préfère, ce qui implique que le côté institutionnel du mariage, visant la règle impérative de la solidarité, et celui contractuel, visant la liberté des époux ne sont pas opposés, mais qu'ils se combinent.

Ici la liberté, qui exclut toute conformité à un ordre public préétabli, n'est pas absolue car elle représente l'étape successive de l'accomplissement des

³²⁷ A. BENABENT, *Droit de la famille*, p. 98.

devoirs familiaux, l'autonomie ménagère n'étant pas mise en œuvre sans précautions particulières.

A la lumière de ce cadre, on constate donc que le foyer familial a pour devise l'égalité, ce qui confère à chacun des époux x une sphère de liberté et leur permet de contracter seuls. De ce fait, les époux peuvent apparaître en ce cas comme des célibataires, car l'autonomie ménagère se pose comme la contrepartie du principe de solidarité.

Dans ce chapitre, consacré aux relations réciproque entre les conjoints et envers les enfants, on a pu vérifier qu'un noyau d'impérativité persiste, car les époux sont égaux en droits et devoirs, ce qui ne fait l'objet d'aucune exception, comme on peut le constater en matière d'assistance morale. Cette obligation réciproque subsiste aussi en matière d'assistance envers les enfants communs : les parents sont titulaires du devoir d'élever et d'entretenir leur progéniture et, dans le cas où ce devoir n'est pas satisfait, la loi prévoit des moyens aptes à garantir l'exécution de cette obligation. Cet aspect examiné, on a vérifié qu'un aménagement conventionnel des effets personnels du mariage est envisageable grâce aux réformes du droit de la famille des années 70.

Une liberté plus importante qu'auparavant est apparue, grâce surtout à la reconnaissance du rôle des droits fondamentaux, ce qui a permis à chacun des conjoints de bénéficier d'une marge d'autodétermination – par exemple - dans la gestion des ressources économiques personnelles. Cet état de fait est aussi le résultat de l'abandon de la division rigide des rôles entre les époux, selon laquelle le mari travaillait pour assurer la nourriture à la famille et la satisfaction de tous ses besoins matériels, tandis que la femme restait à la maison pour s'occuper de l'éducation de la progéniture. De nos jours le cadre a évolué, les conjoints sont libres d'organiser la gestion du foyer familial comme ils le veulent, sans qu'une répartition des rôles subsiste.

En fait, l'existence d'un statut impératif de base impose aux époux de contribuer aux charges du ménage familial à proportion de leurs respectives facultés, comme prévu aux articles 214 du Code civil français et 143, alinéa 3, du Code civil italien.

Toutefois, une fois qu'on a assuré la satisfaction des besoins primaires, une forme d'autonomie est garantie, car les époux peuvent choisir comment organiser leurs ressources patrimoniales selon les formes qu'ils préfèrent. A côté de la communauté légale, il existe la communauté conventionnelle ou bien le mécanisme de la séparation des biens et le dualisme entre

impérativité et liberté est également évident en matière de règlement des effets patrimoniaux du mariage.

Chapitre 2. Le règlement des effets du mariage sur le plan patrimonial entre impérativité et liberté.

La famille est aussi caractérisée par la réglementation de l'aspect économique.

La communauté de vie implique en fait une communauté d'intérêts patrimoniaux et pécuniaires, qui peuvent être identifiés dans l'obligation de contribuer aux nécessités de la famille³²⁸.

En vertu de l'existence d'un statut impératif de base, c'est à dire le statut fondamental des mariés, imperméable à la volonté du couple³²⁹, chaque époux est obligé d'apporter sa contribution aux charges du mariage³³⁰, lesquelles comprennent les dépenses courantes et ordinaires et celles exceptionnelles.

Il s'agit d'une règle incontournable, car la communauté de vie implique une solidarité tant au niveau moral que pécuniaire ce qui confirme la nature institutionnelle du mariage, qui ne laisse pas de place à l'autonomie des parties.

En fait, en faisant application des articles 214 du Code civil français et 143, comme 3, du Code civil italien, les époux doivent contribuer aux charges du ménage familial à proportion de leurs respectives facultés, même si l'autre conjoint n'est pas en état de besoin.

Dans ce cas, l'emploi du verbe « doivent » réduit significativement le champ de l'autonomie personnelle des conjoints, qui sont réciproquement obligés à la contribution, tant en argent qu'en nature, par exemple, en réalisant des tâches ménagères.

³²⁸ B. FILIPPI, *Convenzioni matrimoniali*, cit. letterarie, p. 31.

Un autre A. a affirmé que toute réflexion en matière de rapports patrimoniaux entre les conjoints doit être faite à la lumière des prévisions d'égalité qui gouvernent le mariage. Sur ce point., E. QUADRI, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Atti del convegno 27 – 29 settembre 2018 Catania, p. 466.

³²⁹ N. AREJ-SAADE, *L'autonomie de la volonté et ses limites en droit patrimonial de la famille: analyse de droit comparé franco-libanais*, Thèse de doctorat sous la direction de Mme S. Ferre Andre, Faculté de Lyon, p. 21. Pour le droit italien, F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, 1979, p. 46.

³³⁰ Una Autrice affirme que la coopération familiale est strictement liée au devoir de contribuer aux besoins de la famille. G. FERRANDO, *Il Nuovo diritto di famiglia*, Vol. II, Bologna, 2008, p. 275.

Ces règles contribuent à définir les contours précis du groupe familial, et plus particulièrement, à le différencier des autres groupes où la cohésion n'est pas requise, car elles définissent la place respective de chacun des membres de la famille et celle laissée à leur volonté.

La liberté des époux est donc encadrée par un ordre public, ce qui est perceptible aussi en matière successorale, où la loi fixe impérativement l'ordre des successeurs et la répartition entre eux de l'hérédité, comme les articles 912 du Code civil français et 565 du Code civil italien le prévoient.

La notion de famille évolue mais la solidarité entre ses composants ne souffre d'aucune exception, car il est exclu de déterminer certains aspects de la relation en fonction des préférences de chacun. Dans ce cas, il faut en fait agir à la lumière d'un cadre préétabli qui se conforme à l'ordre public de la famille.

Toutefois, à côté de ce statut, qui se caractérise par l'existence d'un certain nombre de règles applicables à tous les ménages, il y a d'autres règles, qui sont spécifiques au régime matrimonial choisi par les époux, auquel ils se sont volontairement soumis.

Ce cadre juridique semble clairement viser vers la contractualisation de la vie familiale, car on reconnaît la possibilité de choisir la loi applicable à sa situation personnelle et patrimoniale, même si cette adaptation aux intérêts conjugaux doit être effectuée en tenant compte de l'existence d'un noyau impératif de devoirs compatibles avec l'essence du mariage.

Pour cette raison, on envisagera la matière patrimoniale entre statut impératif et autonomie des membres du couple (Section 1) et des régimes matrimoniaux (section 2).

Section 1. La matière patrimoniale entre statut impératif et autonomie des membres du couple.

Le régime primaire³³¹ est constitué par un corps de règles d'ordre public³³², qui réunit les « principes de base » de la situation patrimoniale conjugale. Il s'agit de règles générales, applicables à toutes les unions, quel que soit le régime matrimonial choisi, et d'ordre public, car elles sont impératives et aucune clause du contrat de mariage ne peut les écarter.

Les règles du régime primaire prévalent, donc, sur les règles des régimes matrimoniaux.

Pour autant, il est exclu que les règles des régimes communautaires limitent l'autonomie minimale qui protègent les dispositions du régime primaire et, inversement, que les règles des régimes séparatistes exemptent les époux de l'interdépendance et de la solidarité qu'impose le régime primaire dans tous les mariages.

En Italie, ces règles fixent directement un régime impératif qui trouve son fondement dans le critère de proportionnalité de la contribution des époux aux charges du ménage.

Cette obligation est prévue par l'article 160 du Code civil, qui constitue une application directe du cadre normatif des articles 143, (sur le devoir des conjoints de contribuer aux besoins de la famille), 147 et 148 du même texte de loi, les deux derniers articles de loi constituant expression de la prévision de l'art. 30 de la Constitution, qui dispose que les deux conjoints sont chargés de l'obligation d'éduquer, maintenir et instruire les enfants communs.

Ce régime concerne, donc, la « phase contributive » du *consortium familiare*, et constitue la substructure de tous les régimes matrimoniaux.

³³¹ Cette expression est utilisée par le droit français. Comme un auteur italien le fait remarquer, on doit assurer la satisfaction d'un niveau minimum de prestations économiques, pour réaliser la solidarité familiale et, pour cette raison, l'expression de la loi d'outre Alpe est précise à cet égard. E. Quadri, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in AA. VV., *Seminari di diritto di famiglia*, a cura di M. De Tilla e U. Operamolla, Giuffrè 2005, p. 86.

³³² N. PETERKA, *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, *HyperCours*, 2015, p. 43.

Toutefois, à côté de ce statut, l'exercice d'une certaine autonomie par les époux est envisageable, comme démontré par les prévisions de loi concernant l'exploitation du fonds de commerce ou de l'« impresa familiare », car elles constituent l'expression d'une solidarité facultative et ultérieure à celle obligatoire, qui constitue la base « économique » de l'union maritale.

Les couples peuvent, à la lumière d'un cadre juridique qui trouve son fondement dans les deux Codes civils, décider de « régler » leur solidarité au-delà des obligations qui régissent de façon impérative le rapport matrimonial, car l'autonomie de la volonté n'a pas de limites en dehors du régime primaire.

Pour autant, la relation patrimoniale du couple se caractérise par son contenu variable et qui peut être aménagé, dès lors que, dans les limites de l'ordre public, le statut conjugal peut être arrangé en vertu des exigences de vie des titulaires des patrimoines.

En fait, au devoir impératif de contribution des époux (Paragraphe 1) s'oppose l'autonomie des conjoints dans la gestion de leurs ressources patrimoniales en dehors du statut impératif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Devoir impératif de contribution des époux.

Les relations conjugales entre les époux sont fondées aussi sur un noyau d'exigences patrimoniales communes aux deux membres du couple, dont la satisfaction est subordonnée à la gestion correcte de communes ressources patrimoniales et économiques.

Pour cette raison, il n'est pas possible d'admettre un régime patrimonial personnel du conjoint, qui ne tiendrait pas compte des besoins du groupe familial, car la contribution aux charges du ménage constitue un impératif catégorique des relations interpersonnelles des mariés. En fait, le mariage crée l'état d'époux et, pour cette raison, il faut satisfaire les obligations qui le concernent.

Cette interdépendance incontournable concerne deux aspects, à savoir les charges du mariage (A) et le mécanisme de la solidarité (B).

A – Charges du mariage.

Le devoir de contribution aux charges du mariage incombe à chacun des époux.

De ce fait, on constate que l'impérativité demeure, car il s'agit d'un devoir conçu dans l'intérêt de la famille et pour cette raison imposé aux deux époux. En particulier, il répond à une solide réalité de la vie quotidienne, caractérisée par l'exigence d'assurer l'unité et l'égalité des rôles des époux dans la famille.

A cet égard il faut toutefois remarquer qu'en réalité le régime antérieur à la réforme du droit de la famille français se fondait sur un critère contraire, qui obligeait le mari à faire tout le nécessaire pour garantir la satisfaction des besoins de la femme.

Le texte précédent de l'art. 214 du Code civil français affirmait en fait que « (...) le mari est obligé de la recevoir (la femme), et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état »³³³.

La loi italienne, était de la même teneur qui établissait que le mari était obligé d'entretenir sa femme, sauf si cette dernière était plus riche que lui et devait le maintenir s'il n'avait pas les moyens pour vivre³³⁴.

Ce cadre juridique change en 1966³³⁵ en France et en 1975³³⁶ en Italie.

³³³ L'art. 214 du Code civil du 1803 établissait que « *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* ».

³³⁴ Le Code civil italien établissait qu: "*Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione alle sue sostanze*". *La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questo non ha mezzi sufficienti*", c'est à dire que le mari a(vait) le devoir de protéger sa femme, de vivre avec et de lui donner tout ce qu'il faut pour sa survivance compte tenu de ses ressources.

³³⁵ Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 - art. 1 JORF 14 juillet 1965 en vigueur le 1er février 1966.

³³⁶ L. 151 19.05.1975 de réforme de droit de la famille. Cependant, déjà en 1970, avec la décision n. 138 du 13.1.1970, la Cour constitutionnelle avait affirmé la réciprocité des obligations des conjoints en la matière de versement de l'argent.

Les deux législations établissent, en fait, que les époux doivent contribuer aux charges du mariage selon leurs respectives facultés, ce qui exclut toute place pour une décision qui déroge à cette prévision.

Avec dix ans de retard, le système juridique italien se conforme, donc, à celui français, pour affirmer la pleine égalité juridique entre les conjoints, également au niveau patrimonial, de façon à ce que l'obligation de contribuer aux charges du mariage pèse sur chaque époux au même titre, à la lumière d'un cadre qui permet toutefois de régler seulement le contenu de cette obligation, mais non d'y déroger.

De ce fait, les deux législateurs ont démontré que l'aspect institutionnel du mariage prévalait dans ce cas, car il est le reflet du devoir de solidarité et de protection du groupe familial, qui exclut toute différence d'organisation au sein du mariage.

La seule réglementation possible à cet égard est en fait celle qui concerne les modalités d'exécution de cette obligation³³⁷, de sorte que l'autonomie absolue des parties ne puisse avoir aucun rôle.

La loi pose, donc, une limite à l'autodétermination des époux, car la liberté de décider comment gérer sa propre sphère patrimoniale est subordonnée à la nécessaire satisfaction des exigences de la famille : l'obligation de contribuer aux charges du mariage concerne, en fait, les dépenses d'entretien du ménage et d'éducation des enfants, ces dernières étant nécessaires aux besoins de la vie familiale (frais de logement, de nourriture ; habillement, soins médicaux, frais de déplacement, frais de scolarité des enfants).

S'agissant d'un principe d'ordre public, un époux ne peut donc pas être dispensé de la contribution, même s'il a l'accord de son conjoint.

Cependant, il est possible que les époux s'accordent parce que l'un contribuera aux charges du mariage par son activité domestique ou sa collaboration à la profession de son conjoint.

³³⁷ De plus, il faut remarquer que le principe d'égalité entre les conjoints implique une évaluation préalable des facultés respectives des chacun d'eux, ce qui conduit à prendre en compte les ressources personnelles de chacun.

Enfin, dans le cas où l'un des époux ne remplirait pas son obligation de contribuer aux charges du mariage, l'autre époux pourra demander au juge aux affaires familiales de fixer la contribution de son conjoint. En particulier, dans le droit italien, la violation du devoir en objet ne constituera pas seulement une cause de séparation mais aussi une « faute civile »³³⁸.

De ce fait, on constate que tant le législateur français que celui italien ont adopté un système visant à garantir la pleine effectivité du principe d'égalité juridique, qui était compromis lorsqu'où le vieux critère du maintien était encore en vigueur.

Egalité ne signifie pas en fait que les époux sont autorisés à faire ce qu'ils veulent de façon autonome, car leur pouvoir est strictement encadré, ce qui implique que l'aspect contractuel, c'est-à-dire la liberté de réglementation, est très faible.

B- Le mécanisme de la solidarité.

L'ancien article 1202 du Code civil français disposait que « *la solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi* ».

De ce que la solidarité ne se présumait pas, la charge de la preuve du caractère solidaire de l'engagement incombait à celui qui s'en prévalait.

De nos jours, en revanche, les intérêts matériels du foyer matrimonial doivent être organisés selon le mécanisme de la solidarité, qui caractérise les relations horizontales entre les conjoints.

À cet égard, en fait, le texte de l'article 220 du Code civil prévoit que chacun des époux est tenu sur tous les biens et les revenus des dettes contractées

³³⁸ Cass civ. 18853 du 15.9.2011 in *www.dejure.it*. La Cour de Cassation affirme ce principe, c'est-à-dire que la violation des devoirs qui découlent du mariage n'est pas sanctionnée seulement au niveau des mesures typiques du droit de la famille, celles qui prévoient l'imputabilité de la séparation, car elle peut constituer un « illecito civile », qui implique la réparation du dommage causé. Pour cette raison, le responsable est condamné au paiement des dommages moraux en vertu du fait qu'on a vérifié la violation de droits de nature constitutionnelle et on a prouvé l'existence d'un lien entre la violation et ses conséquences.

seul par l'un d'entre eux, si elles concernent le ménage et l'éducation des enfants.

Chacun des époux est, donc, titulaire du pouvoir de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, mais il est clair que toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.

Cet état de fait démontre que ni le mari, ni la femme n'ont besoin de l'autorisation de l'autre pour contracter.

De plus, cette prévision a un grand intérêt pour les tiers créanciers du mari ou de la femme, car ils peuvent exiger le montant total de la créance de l'un quelconque des époux.

Le mécanisme de la solidarité est, toutefois, exclu si le caractère des dépenses est apprécié par le Juge comme excessif, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou inutilité de l'opération, à la bonne ou à la mauvaise foi du tiers contractant (art. 220, al. 2, Code civil).

En fait, ce mécanisme n'est pas illimité, concernant les dépenses et les opérations matérielles qui sont nécessaires à la stabilité du groupe familial, considéré comme un lieu privilégié pour le développement de la personne humaine.

En particulier, la famille naît pour réaliser un projet de vie en commun où le plus faible est destiné à avoir une protection, mais ceci ne permet pas de dépasser le seuil du tolérable, car le devoir impératif d'assistance trouve de précises limites et ne peut être considéré comme autorisant toutes les opérations qui sont détachées des besoins de la famille.

Le devoir de respect impose à chacun des époux la reconnaissance de l'autre et la protection de sa personne, physique et morale, à davantage de liberté et d'épanouissement personnel.

L'individualité propre de chacun marque en fait la limite de l'unité du couple, en se posant en contradiction avec l'ordre public de la famille, par nature liberticide et à même d'interdire aux conjoints de modeler à leur gré le statut matrimonial, tel qu'il résulte des articles 212 et suivants.

La loi italienne, en ce qui concerne la solidarité entre les époux, impose que les conjoints doivent contribuer aux besoins de la famille qu'ils ont créée.

Un tel mécanisme est établi tant pour les époux en régime de communauté légale que pour ceux mariés de séparation des biens, car les époux sont ensemble tenus et personnellement responsables des obligations contractées par l'un des deux dans l'intérêt du foyer familial.

On constate, encore une fois, l'objectif des règles impératives posées au profit de l'intégrité et de la stabilité du groupe familial, de façon que, dans le cas où il faut satisfaire les besoins primaires de la famille, il est implicite que le pouvoir de l'un des conjoints est finalisé à l'accomplissement des actes nécessaires dans l'intérêt de la famille.

Sur ce point, la Cour de Cassation Italienne a établi, en fait, que ce principe est valable "si les obligations contractées concernent un besoin essentiel de la famille, par exemple les dépenses en matière de santé, et si les conjoints ont tenu un comportement capable d'engendrer la conviction que l'obligation a été contracté aussi par le conjoint qui n'a pas stipulé le contrat"³³⁹.

Toutefois, il faut aussi tenir compte de ce qui a été affirmé par une décision judiciaire qui a établi que le régime de « *relatività del contratto* », auquel il n'est pas dérogé par les dispositions de loi en matière de régime patrimonial des époux, détermine que l'époux qui n'a pas contracté l'obligation, ne doit pas se considérer obligé à payer les dettes du conjoint la stipulant.

Cette théorie, toutefois, semble trahir le fondement de la réforme du droit de la famille, qui vise à assurer l'unité de la famille.

A cet égard, plutôt qu'assurer l'égalité des époux, il est prioritaire de protéger la cohésion et l'unité du groupe familial, laquelle a aussi un côté économique.

La famille n'est pas, en fait, seulement un lieu de réciproque soutien moral, mais aussi de soutien matériel, ce qui peut impliquer la stipulation de certaines obligations dans l'intérêt du foyer familial seulement par l'un des conjoints.

En particulier, la Cour de Cassation a, à cet égard, énoncé que dans ces cas on doit affirmer que l'époux agit sur la base d'un mandat tacite, pour mieux

³³⁹ Cass. Civ. 10 oct. 2008 n. 25025 in www.dejure.it.

garantir les besoins primaires de la famille, de ce fait on ne peut approuver ceux qui sont favorables à l'application de la théorie de la « *relatività del contratto* » dans ce cadre.

De ce fait, la solidarité familiale n'est pas le terrain privilégié pour l'affirmation des théories contractuelles – individualistes.

Paragraphe 2. L'autonomie des conjoints dans la gestion de leurs ressources patrimoniales en dehors du statut impératif.

A côté des articles de loi qui établissent que le mariage se fonde sur un mécanisme incontournable de solidarité réciproque entre les conjoints, les droits

français et italien prévoient des formes de gestion des ressources patrimoniales où la solidarité opère en conséquence du choix accompli par les époux et consistant dans l'apport donné par l'un des deux à l'activité professionnelle de l'autre³⁴⁰.

Sur le plan de la technique juridique, la loi a en fait régi des statuts spécifiques afin de protéger le conjoint qui n'était titulaire d'aucun droit de nature patrimoniale. C'est la contractualisation du droit matrimonial qui autorise en fait les membres du couple à adapter les régimes patrimoniaux à leurs besoins et objectifs familiaux.

Pour cette raison, de nos jours, il est prévu que le conjoint peut jouer un rôle au sein d'une exploitation artisanale, commerciale, agricole ou libérale³⁴¹.

On examinera l'exploitation du fonds de commerce (A) et l'*impresa familiare* (B) comme modalité d'organisation de la solidarité familiale en

³⁴⁰ M. BIANCA, *Diritto civile*, Giuffrè, 2001, p. 75.

³⁴¹ La loi a entendu mettre fin au statut du conjoint travaillant dans une entreprise familiale à titre entièrement bénévole, pour éviter que, dépourvu de statut conjugal, il se retrouve dans une situation très précaire et difficile à gérer. En fait, les conjoint français et italiens, qui collaboraient au sein de l'activité professionnelle du mari, ne disposaient d'aucun pouvoir de décision, ne cotisaient pas pour leur retraite et ne bénéficiaient d'aucune protection contre le chômage en cas de défaillance de l'entreprise, de décès de l'entrepreneur ou de divorce.

dehors du statut impératif qui se fonde un corps de règles obligatoires et générales applicable à tous les époux.

A – L'exploitation du fonds de commerce.

Une fois accomplis les devoirs basiques de solidarité, il n'est pas exclu que les conjoints optent pour une forme ultérieure d'assistance économique réciproque, en un mot de solidarité facultative, qui est représentée par la possibilité d'être ensemble associés dans une société.

En fait, même si aucun texte de loi n'a jamais interdit la constitution d'une société entre les époux, il était soutenu que de telles organisations constituaient des moyens frauduleux visant à contourner l'interdiction des ventes entre époux et la révocabilité des donations entre époux.

Progressivement cette position fut abandonnée et les sociétés entre époux furent déclarées valables en principe, de sorte que le droit français permet que, dans la gestion de l'activité commerciale, un rôle puisse être joué par un époux seul, c'est-à-dire par le titulaire, ou par son conjoint ; pour la réglementation de cette dernière situation la [loi n° 82-596 du 10 juillet 1982](#)³⁴², relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, représente une nouveauté importante.

En fait, dans le cadre de l'affirmation de la solidarité entre les conjoints, dont le respect devient obligatoire aussi au-delà des hypothèses concernant la contribution aux charges de la famille, cette loi accorde une reconnaissance juridique à l'activité de collaboration conjugale, en

³⁴² Le droit antérieur à la [loi no 82-596 du 10 juillet 1982](#) prévoyait que la femme devait exercer son activité séparément de celle de son mari, parce qu'à défaut, la qualité de commerçant ou d'artisan ne lui était pas reconnue. Avec cette règle, le législateur voulait protéger la femme mariée des sanctions commerciales liées aux mauvaises affaires de son mari. De plus, l'exploitation d'un fonds de commerce donne lieu à avantages de nature sociale. La Cour de Cassation a affirmé que l'épouse d'un gérant de coopérative minière ne pouvait pas être privée des droits découlant des dispositions de l'article 5, alinéa 3, du décret du 27 novembre 1946 accordant expressément pour une durée maximum de cinq années le bénéfice du régime de sécurité sociale dans les mines aux travailleurs ayant occupé un emploi salarié dans une coopérative régulièrement constituée dans le cadre de la profession minière. Sur ce point, V. Civ.1° 5 mai 1965, n° 59-13120, texte sur [lextenso.fr](#).

établissant pour le conjoint de l'exploitant la possibilité de choisir entre les statuts de collaborateur, de salarié ou enfin d'associé.

Il s'agit, donc, de la reconnaissance juridique de la collaboration que le conjoint apporte dans l'activité commerciale de l'autre, ce qui est longtemps resté dans le champ du « non droit », au profit d'une vision qui subordonnait la femme à l'autorité maritale et lui interdisait toute protection qui découlait de l'exercice d'une activité avec son conjoint.

De nos jours, en revanche, en vertu d'un choix effectué d'un commun accord, dans le cadre de leur autonomie, les conjoints peuvent décider comment régler leurs rapports de travail à l'occasion des activités commerciales constituées avant ou après le mariage, par l'un des deux ou par les deux les conjoints. Pour cela, il faut mentionner au registre du commerce et des sociétés que *“le conjoint [qui] déclare avec l'assujetti collaborer effectivement à l'activité commerciale de celui-ci ”*³⁴³.

En particulier, la parité reconnue entre les positions des conjoints implique le dépassement de l'ancienne conception institutionnelle du mariage qui se fondait sur la suprématie du mari et condamnait la femme à un statut d'infériorité, ce qui lui interdisait d'assurer personnellement l'exploitation d'un fonds de commerce créé durant le mariage.

Cette subordination, strictement liée à la nécessité de confier la gestion unitaire de la famille au mari, empêchait aussi l'acquisition du fonds de commerce au profit des deux conjoints, à la différence de ce qui est prévu de nos jours.

En fait, l'affaiblissement de la conception institutionnelle du mariage a rendu possible la gestion concurrente du fonds de commerce, en reconnaissant la dignité égale des conjoints, ce qui est établi à l'article 1421, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui affirme que «chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ».

³⁴³ D. n° 84-406, 30 mai 1984, art. 8-A-6.

Dans l'hypothèse opposée, en faisant application des dispositions de l'article 1428 du Code civil, la gestion d'un fonds de commerce propre appartient en revanche à l'époux qui en est propriétaire, et qui peut se faire représenter par son conjoint aux termes d'un mandat exprès ou tacite.

De ce fait, les bénéfices incorporés au fonds de commerce seront propres mais l'autre conjoint pourra être autorisé à accomplir certains actes juridiques, avec les conséquences qui en découlent dans le cas où l'époux a détourné frauduleusement les gains provenant de l'activité.

De plus, à la lumière de l'article L. 121-6 du Code de commerce, le conjoint collaborateur, lorsqu'il est mentionné au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers, est réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise.

De ce fait, on constate l'existence d'un pouvoir légal de représentation du conjoint exploitant, parallèle à celui de gestion dans l'exploitation du fonds de commerce, ce qui auparavant était strictement interdit mais qui aujourd'hui montre que l'*affectio societatis* est plus intense dans les sociétés entre conjoints dans la mesure où le lien matrimonial renforce le lien sociétaire³⁴⁴.

Cette présomption de mandat est applicable tant qu'on n'a pas mis fin à la collaboration, situation qui impose le respect des conditions de l'article 9, alinéas 2 et 3, de la loi de 1982, par déclaration faite, à peine de nullité, devant le notaire, car chaque époux a la faculté de mettre fin volontairement à la présomption de mandat, son conjoint présent ou dûment appelé, ou de plein droit, en cas d'absence présumée de l'un des époux, de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaire ([L. n° 82-596, 10 juill. 1982, art. 9, al. 2 et 3](#)).

³⁴⁴CA Paris, 1re ch. A, 3 juill. 1991 : *JurisData* n° 1991-022647 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 825, obs. Y. Guyon. B. Espesson-Vergeat, Capacité des contractants. – Introduction, *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 8-10. Date du fascicule 2 Mai 2015.

B- *L'impresa familiare*.

Cette institution juridique (art. 230 bis du Code civil italien) vise à réglementer la participation de l'un des conjoints à l'activité économique gérée par l'autre, qui en est le chef titulaire.

A cet égard, on constate qu'il faut faire valoir ce qui a été souligné en matière d'exploitation du fonds de commerce français.

En fait, dans ce cas on a remarqué que la notion de solidarité connaît une évolution, car le noyau fondamental et impératif de l'assistance entre les conjoints, qui auparavant était limité à la satisfaction des besoins primaires, a été étendu de sorte qu'on y inclut des formes ultérieures de solidarité facultatives, qui dépendent d'un choix des parties et qui pour cette raison ne sont pas communes à tous les foyers.

En particulier, à la lumière de l'art. 230 bis du Code civil italien, celui qui exerce les fonctions de titulaire de l'entreprise est obligé d'assurer le « *mantenimento* » au conjoint qui participe à la cogestion de l'entreprise et de partager avec lui les utilités qui découlent de cette activité.

De ce fait, le législateur italien remédie à une situation d'inégalité préexistante, car le conjoint qui travaillait dans l'entreprise familiale n'avait droit à aucune protection juridique.

En fait, l'existence d'une *affectio coniugalis* excluait toute possibilité de reconnaissance économique pour le conjoint qui donnait son apport dans l'entreprise gérée par l'autre et souvent celui qui subissait les conséquences préjudiciables de cet état de fait était la femme.

En fait, la théorie institutionnelle montrait la nécessité d'indiquer le mari comme individu titulaire de la capacité d'agir et de contracter, comme sujet garant de la bonne gestion du côté économique patrimonial de la famille ; tandis que la femme était chargée de s'occuper du foyer au niveau moral, ce qui lui interdisait d'occuper une place dans l'entreprise familiale, situation ce qui lui aurait donné droit à un traitement de protection sociale ou à un salaire.

De nos jours, en revanche, l'existence d'une relation familiale n'exclut pas la reconnaissance d'une protection du travail accompli au profit de

l'entreprise familiale, dans le cadre d'une communauté familiale tacite, qui se caractérise comme étant une « société de travail ».

Le devoir d'entretien découle, dans ce cas, d'un simple fait matériel, qui ne reçoit aucune reconnaissance par un pacte juridique solennel, car il suffit d'une coopération permanente et continue, qui impose au conjoint non titulaire de donner son apport effectif dans l'entreprise familiale.

En fait, il n'est pas requis de façon impérative un échange de déclarations écrites entre les parties, pour s'engager de façon solennelle, comme cela est en revanche prévu par le droit français, qui impose de faire une déclaration au registre du commerce et des sociétés. En droit italien toutefois, un texte écrit peut, en réalité, aider les conjoints italiens à mieux fixer les devoirs réciproques entre eux.

Le fondement de cet institution juridique se trouve, donc, dans la nécessité de protéger le conjoint le plus faible de tous abus de l'époux titulaire de l'activité économique, ce qui peut en réalité donner lieu à la constitution d'une thèse néo-institutionnelle du mariage, car il s'agit d'assurer une protection au profit d'un sujet qui a constitué le noyau familial.

L'unité du couple, que la thèse institutionnelle du mariage présentait comme l'élément le caractérisant et le différenciant par rapport aux unions para conjugales, se trouve peut-être renforcée par la prévision d'un statut préférentiel pour les individus auxquels l'art. 230 bis du Code civil fait référence, comme le conjoint.

A la différence de l'époque antérieure à la réforme du droit de la famille, quand prévalait l'opinion selon laquelle le contrat de travail était en contradiction avec l'existence d'un lien familial, tel qu'on en imposait la gratuité, on est arrivé à affirmer que si l'un des conjoints donne son aide dans l'activité économique familiale, la présomption de gratuité est dépassée par la constatation de l'existence du droit au « mantenimento » et à la participation au partage des utilités obtenues.

Toutefois, comme en droit français, une rémunération n'est pas prévue non plus par la loi italienne et cette constatation peut donner lieu à des observations.

Pourquoi le législateur a-t-il prévu le droit à l'entretien et a-t-il exclu le droit à la rémunération? La Constitution italienne établit que celui qui travaille a droit à une rémunération proportionnelle à la quantité et à la qualité du travail accompli. Si la femme donne son apport dans l'entreprise familiale, il serait souhaitable de lui reconnaître un salaire, compte tenu de sa qualité d'individu titulaire d'une dignité égale à celle de son mari.

Toutefois, il est clair que le législateur a voulu créer un statut spécifique dans le cadre d'une institution juridique qui configure une solidarité différente de celle qui caractérise la base de la relation conjugale.

Il s'agit, en fait, d'une solidarité qui s'exerce dans une nouvelle dimension, ne concernant pas les obligations contractées dans l'intérêt du groupe familial, mais les relations réciproques entre les conjoints, quand ils ont décidé de donner vie à ce rapport juridique, de sorte qu'est impératif le droit au maintien pour l'époux qui met à disposition son œuvre au profit de l'autre.

Les différences constatées entre les systèmes juridiques français et italien sont liées principalement au fait que le législateur italien établit de façon expresse pour le conjoint collaborateur le droit au *mantenimento* et à la participation aux utilités découlant de la gestion partagée.

Il s'agit d'une protection plus large que celle prévue par la loi française, où le conjoint collaborateur n'a droit qu'à la protection sociale, étant couvert au titre de l'assurance maladie en qualité d'ayant-droit du chef d'entreprise³⁴⁵ et à titre d'assurance vieillesse (article L. 622-8 du code de la sécurité sociale)³⁴⁶, car il peut adhérer volontairement à la caisse d'assurance vieillesse du chef d'entreprise (retraite personnelle au titre des

³⁴⁵ Le conjoint collaborateur bénéficie gratuitement en cas de maladie, des prestations en nature d'assurance-maladie du régime des professions indépendantes en qualité d'ayant droit du chef d'entreprise, mais s'il est marié avec un artisan ou un commerçant, il n'a pas droit aux indemnités journalières. Depuis le 1^{er} janvier 2019, à la lumière de ce qu'il a été prévu par la loi **n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019**, les créateurs d'entreprises sont rattachés aux caisses primaires d'**assurance** maladie du régime général.

³⁴⁶ L'article en objet établit que « sous réserve de l'application des dispositions des articles L. 311-2 et L. 311-6 du présent code, le conjoint collaborateur et le conjoint associé mentionnés à l'article L. 121-4 du code de commerce sont affiliés personnellement au régime d'assurance vieillesse auquel le chef d'entreprise est affilié ».

régimes applicables aux non-salariés³⁴⁷, possibilité de rachat de périodes antérieures à l'adhésion dans la limite de six ans).

En fait, à la lumière de ces circonstances, le droit italien se montre plus attentif et progressiste que le droit français sur le plan de la promotion de la dignité de la personne, indépendamment du sexe, la protection n'étant pas limitée à la reconnaissance des droits sociaux, mais étendue au « *mantenimento* », comme moyen de reconnaissance de l'apport donné à la gestion de l'activité économique du conjoint.

Pour autant, de l'analyse conjointe de ces deux institutions, on peut souligner la querelle entre le principe d'impérativité, selon lequel le mariage est une institution rigide, qui ne pourrait jamais s'éloigner des règles établies par le législateur parce qu'elles sont d'ordre public, et celui qui tend vers la reconnaissance d'un rôle plus évident de la détermination autonome des conjoints.

Le mariage est le résultat d'un accord entre les parties, mais cette liberté doit être contenue entre les limites générales imposées par l'ordre public de la famille. En fait, la limite à la liberté maritale apparaît quand son exercice nuit aux obligations du mariage.

³⁴⁷ La loi du 2 août 2005 a prévu l'affiliation obligatoire du conjoint collaborateur au régime de retraite de base et complémentaire du chef d'entreprise (CSS, art. L. 622-8 ; CSS, art. L. 635-1 ; CSS, art. L. 644-1 ; CSS, art. L. 644-2 ; CSS, art. L. 723-5 ; CSS, art. L. 723-14).

Dans cette première section, on a constaté qu'il y a un statut impératif de base entre les conjoints, qui sont obligés de se donner assistance matérielle réciproque dans l'intérêt de la famille.

Toutefois, une fois satisfaites ces obligations, les époux peuvent décider d'opter pour des mécanismes qui réalisent une solidarité facultative.

Les deux droits accordent une reconnaissance juridique à l'activité de la collaboration conjugale, en établissant, en France, pour le conjoint de l'exploitant du fonds de commerce, la possibilité de choisir entre les statuts de collaborateur, de salarié ou enfin d'associé, et en Italie, de réglementer la participation de l'un des conjoints à l'activité économique gérée par l'autre, qui en est le chef titulaire.

De ce fait, la notion de solidarité connaît une évolution, car l'assistance réciproque entre les conjoints, auparavant limitée à la satisfaction des besoins primaires, a été étendue de sorte qu'on y inclut des formes de solidarité qui découlent d'un choix des parties.

Dans la Section suivante, on verra comment l'autonomie des parties est réglée en vertu du régime conventionnel librement choisi par les époux, si communautaire ou séparatiste.

Dans les deux régimes la solidarité est en fait encadrée de façon différente, plus évidente dans le système communautaire, moins évidente mais toujours présente dans le régime séparatiste.

Section 2. La matière des régimes matrimoniaux.

En vertu du principe de liberté des conventions matrimoniales³⁴⁸, les époux peuvent opter pour le régime matrimonial de leur choix.

Ils peuvent, de ce fait, choisir parmi l'un des régimes prévus par les deux codes civils (communauté ou séparation des biens), car le principe de liberté des conventions matrimoniales leur permet d'effectuer un choix quant au régime qu'ils retiennent comme étant le plus apte à satisfaire leurs exigences dans la limite du régime prévu par la loi ; leur volonté est souveraine même si rigidement encadrée et soumise aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Il s'agit en fait d'un principe de nature impérative, parce que tous les conjoints, même ceux qui n'ont pas expressément accompli un tel choix, sont soumis à un régime matrimonial³⁴⁹, ne pouvant pas exclure que la famille est aussi une question d'argent.

Le régime communautaire principal est celui « ordinaire », qui opère en l'absence d'un choix effectué par les conjoints, car il est censé exprimer la volonté tacite des époux, qui sont de nos jours considérés sur un pied d'égalité et titulaires de la même capacité dans la gestion des ressources économiques de la famille. Toutefois, il est admis qu'ils peuvent manifester de façon expresse leur option pour le régime séparatiste.

Pour autant, il faut analyser le régime communautaire (Paragraphe 1) et la formation de masses séparées des biens (Paragraphe 2).

³⁴⁸ Les conventions maritales constituent des “contratti normativi », car ils établissent les règles applicables aux rapports patrimoniaux entre les époux. Elles peuvent constituer aussi des « contratti dispositivi » dans le cas où ils ont un objet spécifique. C. M. BIANCA, *ouvrage précitée*, p. 64.

³⁴⁹ A. BENABENT, *ouvrage précitée*, p. 132.

Paragraphe 1. Le régime communautaire.

La « communauté réduite aux acquêts » et la « comunione legale » constituent le régime matrimonial légal des Français depuis la loi [n° 65-570 du 13 juillet 1965](#)³⁵⁰ et des italiens depuis la réforme du droit de la famille du 1975³⁵¹.

Le fondement de ce système, qualifié en France « de droit commun »³⁵² peut être trouvé dans la nécessité de donner une reconnaissance effective au principe de parité entre les conjoints, en cohérence avec un nouveau modèle de famille où unité et égalité, impérativité et choix facultatifs, s'harmonisent.

En fait, le régime légal vise à la réalisation des valeurs de solidarité dans la famille, car il permet de constituer la vraie communauté existentielle dans le mariage, c'est-à-dire celle fondée sur l'égalité entre les conjoints de nature morale et économique.

Pour autant, le régime communautaire est le régime matrimonial le plus répandu³⁵³, car il correspond aux souhaits de la majorité des couples qui en se mariant acceptent l'idée d'une communauté d'intérêts³⁵⁴.

³⁵⁰ Dans le Code civil de 1804, l'article 1421 établissait que le mari était le seul administrateur des biens de la communauté, parce que dans un système familial reposant sur la puissance maritale et l'incapacité corrélative de la femme mariée, on était obligé de lui conférer cette puissance, comme l'exprimait Berlier en présentant le projet de code au corps législatif. P. SILMUR: *COMMUNAUTÉ LÉGALE*. – *Administration des biens communs*. – *Répartition légale des pouvoirs*, *JurisClasseur Civil Code*, Fasc. 10, Date du fascicule : 20 Mars 2019, Date de la dernière mise à jour : 20 Mars 2019.

³⁵¹ Les articles. 1433 du Code civil de 1865 et 217 du Code civil de 1942 prévoyaient la séparation des biens comme régime matrimonial des conjoints. Il faut souligner, toutefois, que la communauté légale devenait le régime patrimonial de la famille si les conjoints n'avaient pas exprimé leur choix de maintenir la séparation des biens dans le délai de deux ans à partir de l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la famille.

³⁵² L'art. 1393, al. 2, donne cette définition.

³⁵³ Une doctrine italienne a affirmé que le fondement de la communauté légale peut être trouvé dans les articles 35 et 36 de la Const. italienne, qui protègent le travail dans toutes ses manifestations. Sur ce point, S. Mazzeo, C. Iodice, *Il Regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, 2021, p. 4.

³⁵⁴ Un auteur affirme que la communauté légale donne vie à un patrimoine autonome, F. Messineo, *La natura giuridica della comunione legale dei beni*, *Athenaeum*, 1920, p. 72.

En plus, à défaut de choix exprimé par eux, il représente le régime qui s'appliquera aux époux pour la gestion des ressources patrimoniales acquises pendant le mariage. De cette façon, le législateur démontre l'importance de la famille comme une société qui se fonde sur une codirection, c'est-à-dire sur les décisions communes des conjoints.

Toutefois, en France, en vertu du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, le choix du régime patrimonial a longtemps été qualifié de définitif, mais désormais, il est possible de procéder à un changement de régime matrimonial, sans attendre le délai de deux ans. En fait, la loi de programmation pour la réforme de la justice du 23 mars 2019 a établi que les époux n'ont plus à attendre deux ans pour effectuer un changement de leur régime matrimonial. De ce fait, une fois unis, ils peuvent revenir sur leur décision à tout moment, sans respecter la clause de temps comme les y obligeait la loi auparavant³⁵⁵.

De même, la loi italienne, depuis la réforme du droit de la famille du 1975, a supprimé le principe de l'immutabilité des conventions patrimoniales, de

³⁵⁵ L'art. 1397 du Code civil, modifié par LOI n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 3, établit que *les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de modifier leur régime matrimonial, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire. Les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié et les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans le délai de trois mois. En cas d'enfant mineur sous tutelle ou d'enfant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, l'information est délivrée à son représentant, qui agit sans autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles. Les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis sur un support habilité à recevoir des annonces légales dans le département du domicile des époux. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication. En cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. La demande et la décision d'homologation sont publiées dans les conditions et sous les sanctions prévues au code de procédure civile. Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le régime de l'administration légale, le notaire peut saisir le juge des tutelles dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 387-3. Le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial. Lorsque l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au titre XI du livre 1er, le changement ou la modification du régime matrimonial est soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. Il est fait mention de la modification sur la minute du contrat de mariage modifié. Les créanciers non opposants, s'il a été fait fraude à leurs droits, peuvent attaquer le changement de régime matrimonial dans les conditions de l'article 1341-2.*

façon à ce que le choix de changement du régime patrimonial ne soit subordonné qu'au consentement des parties, manifesté devant le notaire et à la présence de deux témoins.

Pour cette raison, de nos jours on peut dire que les deux systèmes juridiques prévoient des solutions parfaitement identiques dans la logique du renforcement des choix personnels, en matière de droit patrimonial du couple.

La rigidité de l'ordre public de la famille est dépassée au profit d'une vision qui autorise les parties à modifier les accords en la matière, en en prenant acte des principes de liberté et d'autonomie qui régissent le droit de contrat.

Le caractère institutionnel régresse donc, au rythme de ces modifications législatives, même si la nécessité de passer devant le notaire pour régir une convention ou la modifier met en doute cette affirmation, parce que le caractère public du mariage ne semble pas (totalement) avoir été abandonné. Bien que le mariage soit la « chose des époux », la présence d'une autorité publique qui vérifie l'existence des critères demandés par la loi est toutefois toujours imposée.

La communauté conventionnelle est, par contre, le régime de communauté modifié par les époux, qui comprend des modifications conventionnelles apportées au régime de communauté légale.

Selon une doctrine, ce régime patrimonial montre la flexibilité du modèle de communauté légale³⁵⁶, car la finalité de ce régime patrimonial est d'établir une organisation patrimoniale volontaire, même si « *les dispositions légales proposant aux époux des modèles de communautés conventionnelles susceptibles d'être par eux adoptés n'ont pas vocation à déroger en tous points au droit commun communautaire, même si les conjoints ont toute faculté pour combiner divers aménagements aux règles de la communauté légale* »³⁵⁷.

³⁵⁶ M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in in AA.Vv., *Il diritto di famiglia*, Vol. II, Il regime patrimoniale della famiglia, a cura di G. BONILINI et C. CATTANEO, Utet, 2007, p. 327.

³⁵⁷ PARTIE 1 LES REGIMES MATRIMONIAUX. LES REGIMES CONVENTIONNELS, ETUDE 150 LES COMMUNAUTES CONVENTIONNELLES, 150-3 PRESENTATION, *Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Mise à jour 10/2017.

Pour autant, on examinera la communauté légale (A) et la communauté conventionnelle (B).

A – La communauté légale.

Si les époux français n'ont conclu aucun contrat de mariage, la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 prévoit l'application automatique du régime de la « communauté réduite aux acquêts ».

Dans le même sillage se présente le droit italien, avec la prévision de ladite « *comunione legale* » (communauté légale), qui constitue le régime patrimonial ordinaire de la famille et trouve application en l'absence d'autres conventions matrimoniales souscrites par les conjoints (art. 159 du Code civil).

Ces législations dépassent celles précédemment en vigueur, fondées sur l'inégalité des époux³⁵⁸, caractérisées par la suprématie du groupe famille par rapport à ses membres, dont le respect était garanti par le mari, pour les remplacer avec un mécanisme visant la symétrie des pouvoirs entre eux³⁵⁹, qui constitue le noyau dur de cette institution, auquel on ne peut jamais déroger.

Avec la prévision du régime communautaire, l'Etat réalise, donc, l'égalité du couple au niveau économique et patrimonial³⁶⁰, ce qui permet d'affirmer que le régime séparatiste ne pourrait avoir aucune reconnaissance dans les systèmes juridiques de droit positif, car il constituerait la négation de ce principe impératif.

³⁵⁸ T. RITUNNO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi, unioni civili e conviventi di fatto*, in AA, Vv., **Le conseguenze economiche della fine del matrimonio**, a cura di R. Clarizia, G. Cassano, M. Calciano, Giuffrè, 2019, p. 21. De nos jours, la communauté légale permet le partage des ressources provenant du travail de chacun des conjoints.

³⁵⁹ La loi française n° 65-570 du 13 juillet 1965 établit l'égalité entre les époux au niveau patrimonial, même si cette prévision se révèle plus théorique que réelle, tout d'abord parce que l'existence des biens réservés demeurerait l'exception. En outre, la présomption d'acquêt qui tenait lieu de présomption de pouvoir pour le mari imposait à la femme de faire d'abord la preuve que ces biens avaient été acquis grâce à ses gains et salaires. Sur ce point, G. YILDIRIM, *Communauté légale : gestion des biens – Gestion des biens commun*, in *Rép. civ.*, Octobre 2008 (actualisation : Mars 2014).

³⁶⁰ Toutefois, il ne s'agit pas d'un système de communauté universelle, car les biens personnels sont exclus. Sur ce point, A. Galasso, *Del regime patrimoniale della famiglia*, Vol. I, in AA.VV., *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, sub artt. 159-230, Bologna-Roma, 2003, 197.

En particulier, dans la communauté réduite aux acquêts³⁶¹ et dans la « *comunione legale* » on vérifie l'existence d'une structure bicéphale, car le mari n'est plus le seul titulaire du pouvoir de la gestion des biens achetés après le mariage³⁶², de ce fait, chacun des époux peut accomplir toutes opérations sans le consentement préalable de l'autre ; il s'agit des actes d'administration et des petits actes de disposition³⁶³. Pour autant, on constate un mouvement visant à la reconnaissance du rôle paritaire des conjoints. La famille n'est plus en fait le lieu de l'affirmation du pouvoir du mari, comme le voulait la théorie institutionnelle du mariage, mais des deux conjoints.

Le couple trouve donc sa réalisation dans la codirection, c'est-à-dire dans la gestion égale du foyer familial, tant au niveau moral que celui patrimonial. Cet état de fait était confirmé pour les conjoints français par le projet Peyrefitte de 1978 qui prévoyait : « *sa singularité repose sur l'attribution de principe, à chaque époux, des mêmes pouvoirs sur les biens communs sans tenir compte de la personne de l'époux, mari ou femme, et sans considération de l'origine du bien. Le choix s'est donc porté sur le mécanisme de la gestion concurrente, seul capable de parvenir à ces objectifs. Une zone*

³⁶¹Dans cette, on constate la coexistence de trois patrimoines, c'est-à-dire celui propre du mari, qui se compose des biens et des dettes qu'il avait au jour du mariage et de ceux qu'il reçoit par successions et libéralités, qui ne tombent pas dans le régime communautaire; celui de la femme, qui a identique composition que celle de son mari et, enfin, celui qui constitue la communauté. Cette dernière se compose pour l'actif des revenus des biens propres de chacun et de son activité et des acquêts (sont seuls concernés les biens communs, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers); pour le passif, des dettes contractées par les époux pour le besoin de la famille, ainsi que des autres dettes nées pendant le mariage. Ils sont en tous cas exclus les gains et les salaires d'un époux, qui ne peuvent pas être saisis par le créancier de l'autre.

³⁶² La doctrine italienne a affirmé que les époux sont titulaires des biens achetés pendant le mariage s'ils ont choisi la communauté légale même quand l'opération économique a été accomplie avec l'argent gagné par l'un des deux, car le sacrifice est considéré comme commun à tous les deux. Sur ce point, T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, 4^a ed., Giappichelli, 1997, 143.

³⁶³ Pour autant, l'acte accompli par l'un des conjoints ne sera pas opposable à l'autre si aucune fraude n'a été.

Par contre, les actes ayant pour objet l'aliénation d'un bien meuble corporel, immeuble, d'un fonds de commerce, ou la constitution de droits sur eux (hypothèque), requièrent le nécessaire préalable consentement de l'autre conjoint. Donc, aucun des époux n'a besoin de l'autre pour gérer la communauté, dotée de deux administrateurs, titulaires, chacun, des pouvoirs propres d'administrer et de disposer des biens communs, indépendamment de la contribution de chacun d'eux à la constitution de la masse. En fait, l'époux inactif ou dépourvu de fortune personnelle peut participer à la gestion des biens communs.

de cogestion vient toutefois enfermer le principe dans des limites raisonnables »³⁶⁴.

Pour les époux italiens, on affirme de même que le législateur, très attentif aux exigences de solidarité, a voulu permettre aux conjoints de participer [à parts égales](#) à la richesse accumulée pendant le mariage³⁶⁵.

La « *comunione legale* » n'est pas, en fait, une forme de rémunération du travail domestique³⁶⁶ mais, comme la thèse de nos jours majoritaire l'affirme, une communauté de biens sans quotité, visant à permettre aux conjoints de partager non seulement le poids moral du mariage, mais aussi celui économique, car la communauté légale assure la participation paritaire des conjoints à la gestion du patrimoine familial³⁶⁷.

Dans ce contexte, le législateur italien a lui aussi réalisé une assimilation des positions conjugales, supprimant toutes normes qui établissaient la soumission de la femme au mari et la prévision de la communauté légale comme régime exceptionnel, qui devait expressément faire l'objet d'une décision des époux.

Les conjoints participent, de ce fait, aux achats et aux augmentations de richesse même s'ils ont été accomplis seulement par l'un d'eux, parce que la situation de titularité conjointe liée au choix du régime communautaire implique que les effets des opérations économiques se produisent au profit de tous les deux.

Celui-ci est, donc, le cadre normatif régi par la prévision de l'art. 177 du Code civil, qui établit le transfert automatique dans la communauté des achats accomplis par l'un des conjoints sans nécessiter une déclaration de l'acquéreur à ce but.

Cette règle n'est pas valable toutefois lorsque l'argent utilisé pour effectuer ces opérations découle du transfert des biens personnels du conjoint qui

³⁶⁴ G. YILDIRIM, Régimes matrimoniaux, Breal éditeur, 2010., version on line.

³⁶⁵ P. SCHLESINGER, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian – Oppo – Trabucchi, Padova, 1992, p. 73.

³⁶⁶ F. ANELLI, M. SESTA, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2016, p. 577. Ces auteurs font référence aux thèses juridiques de RUSSO, *Considerazioni sull'oggetto della comunione*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè 1973, p. 404 ss. et COSTI, *L'impresa familiare*, in *Trattato dir. Comm. E dir. Pubbl.*, diretto da Galgano, Il Padova, 1978.

³⁶⁷ P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi*, in AA.Vv., *Il diritto di famiglia*, cit., p. 65.

accomplit l'achat et que cette provenance a été déclarée. La solution est la même dans le cas où l'argent utilisé pour l'opération économique a été obtenu par un acte de libéralité ou par donation, même dans le cas où il s'agit de donations indirectes, lorsque les achats ont été faits au moyen de l'argent donné au conjoint par un tiers.

Dans ces cas, la parité laisse place à l'individualisme, car le législateur a choisi de distinguer entre le patrimoine personnel, composé exclusivement par les biens du conjoint, et celui de la famille.

Le régime communautaire se fonde en fait sur l'effort commun des conjoints accompli dans l'intérêt de la famille, considéré comme un groupe qui poursuit des intérêts communs, sauf lorsque le bien a été acquis, par exemple, par une donation, car dans ce cas il faut une déclaration expresse à cet égard.

Ce qui permet de conclure que la volonté des époux est libre mais à la lumière de règles qui régissent de façon impérative la famille et qui produisent leurs effets au niveau patrimonial.

Il faut préciser, en outre, qu'à la différence de ce qui est prévu par le droit français, dans l'actif de la communauté légale italienne tombent, outre les opérations d'achat, les entreprises qui ont été constituées par les conjoints au cours de l'union maritale, gérées par les époux ensemble.

B- La communauté conventionnelle.

L'association patrimoniale communautaire établie par la loi est supplétive de la volonté des conjoints: en fait, ce régime ne s'applique qu'à défaut d'un choix des époux.

Cependant, dans l'exercice de leur autonomie, les époux peuvent restreindre la communauté légale, en adoptant un régime séparatiste, ou l'accroître, en adoptant un régime « plus communautaire »³⁶⁸.

³⁶⁸ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 2019., p. 143.

Il s'agit de la conséquence du rôle reconnu aux arrangements que les couples font dans l'exercice de leur autonomie, qui leur permet d'adhérer au statut constituant la communauté conventionnelle.

Cette dernière est en fait le résultat de la volonté des conjoints de modifier le régime de communauté préexistante, c'est à dire la *communauté réduite aux acquêts* ou la *comunione legale*.

Sur ce point, en France, « *les époux peuvent élargir la masse commune, active mais aussi passive, en choisissant une communauté d'acquêts et des meubles, voire une communauté universelle, le cas échéant avec attribution intégrale au survivant. Ils peuvent aussi accentuer l'union en matière de gestion; une clause peut ainsi étendre la cogestion* » ³⁶⁹ .

En fait, l'article 1497 du code civil, après avoir rappelé le principe de la liberté des conventions matrimoniales, énonce que : « *Les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389 [...]* ».

Tous les biens possédés par les époux sont donc mis en commun à la suite d'une décision conjointe des époux, quelle que soit la date d'acquisition (avant ou après le mariage), l'origine (achat, donation, etc.) et leur mode de financement, sauf à garantir le respect des dispositions impératives auxquelles il n'est pas possible d'y déroger.

En fait, les [biens propres](#), définis par l'article 1404 du [Code civil](#) français, restent toutefois la propriété personnelle du conjoint concerné, comme vêtements et linges personnels, [dommages-intérêts](#) et indemnités alloués en réparation d'un [préjudice](#) personnel, moral ou physique.

Le droit italien prévoit le même régime que celui établi par le droit français en matière d'inclusion- exclusion des biens de la communauté conventionnelle.

L'impérativité et la liberté contractuelle se confondent sans constituer une atteinte à l'unité familiale, car l'exercice de l'autonomie des époux leur permet d'adapter les régimes patrimoniaux à leur besoins, ce qui est

³⁶⁹ En ce sens, D. FENOUILLET, *ouvrage citée*, p. 143.

possible en respectant les principes de protection posés par l'ordre public familial.

En fait, il est admis que les époux peuvent faire tomber dans la communauté conventionnelle les biens acquis avant le mariage, mais non leurs biens personnels ou destinés à l'exercice de la profession ou obtenus en tant que réparation des dommages.

Ces derniers ne peuvent pas faire l'objet d'une communauté ni légale ni conventionnelle, ainsi, la possibilité d'auto réglementation des époux est encadrée et non dérogeable dans ce cas.

En fait, cette organisation patrimoniale trouve sa limite dans le cadre de règles précises, parce que la communauté conventionnelle n'est pas quelque chose de complètement différent par rapport au régime légal, mais seulement alternatif pour certains éléments.

Cet état de fait est confirmé par le texte de l'article 210 du Code civil italien, qui établit au premier alinéa que les époux peuvent modifier la communauté légale en vertu d'une convention rédigée par eux-mêmes, qui ne comprend pas leurs biens personnels et qui ne permet pas de déroger aux règles qui affirment le caractère impératif des dispositions pour l'administration conjointe des biens qui constituent l'objet de la communauté légale.

L'impérativité donc ne s'affaiblit pas même si elle se mélange aux exigences concrètes du couple, qui peut, dans l'exercice de l'autonomie reconnue par la loi, décider comment organiser son régime patrimonial.

Ce que l'on constate en fait, c'est la nécessité d'assurer la réalisation concrète de la participation égale des conjoints à la gestion économique du foyer familial en vertu d'une convention qui constitue la démonstration de la présence et du contrôle de l'Etat sur la volonté des mariés.

Pour autant, il est clair que ce qui est commun aux deux législateurs est la volonté de ne pas reconnaître aux conjoints des marges absolues de liberté, car ils donnent une importance centrale à la sauvegarde des certains principes généraux.

En fait, une fois vérifié que l'effectivité du respect de la solidarité entre les conjoints et envers les enfants ne subit aucun préjudice, on ne constate

aucune raison logique pour dépasser la faculté des conjoints de gérer de façon autonome leur revenus et salaires personnels.

Paragraphe 2. La formation de masses séparées des biens.

La volonté de distinguer le patrimoine des époux impose aux conjoints de faire recours à la séparation des biens.

Selon une certaine doctrine³⁷⁰, il s'agirait d'un régime matrimonial « négatif » ou d'un « non régime », car les règles qui concernent la séparation des biens sont les mêmes que celles qui régissent la gestion des biens personnels dans le cadre de la communauté légale, comme prévu à l'article 185 du Code civil italien³⁷¹.

En particulier, ce régime exclut toute masse commune entre les patrimoines des époux³⁷², qui peut être adopté conventionnellement par les époux dès ou en cours de mariage, par le biais d'un changement de régime matrimonial.

L'avantage de ce choix est l'absence de confusion des intérêts pécuniaires, car il assure l'indépendance totale de chacun sur ses biens³⁷³.

Une intention « séparatiste » existe aussi dans le Fondo patrimoniale³⁷⁴, institution juridique connu du droit italien, qui vise à permettre aux

³⁷⁰ G. OBERTO, *Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni*, in *Rivista di Diritto Civile* n. 4/2019, p. 818 ss.

³⁷¹ Sur ce point, certains affirment que les règles en matière de séparation des biens visent à gérer le coté patrimonial du mariage. V. Gabrielli, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Convenzioni matrimoniali, effetti patrimoniali della separazione, del divorzio e dell'annullamento di matrimonio.*, Trieste, 1983, p. 34, in A. ZACCARIA, *La separazione dei beni*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia, il Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 359.

³⁷² Un Auteur parle d'« individualisation » croissante des patrimoines du couple. N. FREMEAUX, *Mariage et patrimoine, Quelles évolutions récentes et quelles conséquences ?* Dans Les mutations contemporaines du droit de la famille (2020), Sous la direction de S. Bernard, M. Farge, 2020, Presses universitaires de Grenoble, p. 76.

³⁷³ A. BENABENT, *ouvrage précitée*, p. 131.

³⁷⁴ Il s'agit d'un patrimoine « vincolato », car il est destiné à la satisfaction des besoins de la famille. De plus, si les enfants sont mineurs, les conjoints sont obligés de saisir le Juge pour être autorisés à l'utilisation des biens du Fondo, lesquels ne peuvent pas faire l'objet d'une procédure d'exécution si le créancier était à connaissance du fait que les dettes avaient été contractées pour raisons étrangères aux besoins de la famille. T. Ritunno, *I rapporti patrimoniali tra coniugi, unioni civili e conviventi di fatto*, in AA, Vv., *Le conseguenze economiche della fine del matrimonio*, a cura di R. Clarizia, G. Cassano, M. Calciano, Giuffrè, 2019, p. 55.

conjointes d'assujettir certains biens à un régime privilégié pour garantir la stabilité économique de la famille, surtout dans le cas où les ressources patrimoniales des conjoints risquent de s'épuiser.

Pour autant, le noyau du régime séparatiste se trouve dans la séparation des biens conventionnelle (A) et dans le Fondo patrimonial (B), qui est une institution de réglementation des ressources patrimoniales des conjoints.

A - La séparation des biens conventionnelle.

Ce régime découle d'un accord de volonté entre les époux.

On peut, donc, constater à quel point l'autonomie de la volonté gouverne le droit des régimes patrimoniaux de la famille, de sorte que les époux peuvent choisir parmi les régimes proposés par le législateur, et de ce fait construire leur propre régime conventionnel.

Quel que soit le mode d'instauration, la séparation de biens se caractérise par la séparation des patrimoines des époux, tant pour la propriété de leurs biens (absence de masse commune), que pour l'exercice des pouvoirs des conjoints sur leurs patrimoines respectifs.

Ce régime distingue deux types de biens: les biens personnels de l'un et les biens personnels (biens propres étant le terme utilisé pour les régimes de communauté) de l'autre conjoint, quels que soient leur date ou leur mode d'acquisition (avant ou après le mariage, achat, donation, succession).

En particulier, il n'y a pas de contraintes entre les conjoints ou des limitations à l'autonomie patrimoniale, comme dans le cas de la communauté légale³⁷⁵.

En fait, contrairement au [régime de la communauté légale](#), le conjoint qui achète un bien mobilier ou immobilier à son nom est supposé être le seul propriétaire, quel que soit le mode de financement.

³⁷⁵ A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI, *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, p. 103.

Il est admis, toutefois, que si le conjoint non propriétaire participe financièrement à l'acquisition d'un bien propre à l'autre conjoint la propriété du bien lui-même ne sera pas remise en cause³⁷⁶.

La loi italienne régit le régime séparatiste de façon analogue à ce qui est prévu par le droit français. Le fondement de la réforme est donc identique dans les deux systèmes juridiques : privilégier la volonté des parties et dépasser l'esprit communautaire qui devrait caractériser l'union maritale.

La convention de séparations des biens détermine, en fait, que, du point de vue patrimonial, tout se passe comme s'il n'y a pas de mariage, car chacun des époux reste propriétaire des biens qu'il apporte et de ceux qu'il acquiert pendant le mariage, quels que soient la date et le mode d'acquisition³⁷⁷, en gérant de façon autonome son patrimoine.

Corrélativement, en droit italien, il est établi que chaque époux répond seulement des dettes qu'il contracte³⁷⁸ et aucune dépense n'est prévue en matière de contribution aux charges du mariage (ce qui n'est pas le cas en droit français où le régime dit « primaire », c'est-à-dire les articles contenus dans le Livre Ier du Code, s'applique quel que soit le régime choisi, et donc les articles 214 et 220).

Le choix d'un tel régime ne constitue pas une exception au respect des règles concernant ledit *régime primaire impératif*, connu, tant en droit français qu'en droit italien. Dans l'exercice de leur autonomie, les époux choisissent comment régler les relations patrimoniales entre eux et peuvent décider d'opter pour le régime séparatiste, ce qui implique une modulation spécifique du régime patrimonial de la famille.

³⁷⁶ Les époux peuvent éviter les problématiques découlant des revendications de l'époux qui prouve avoir contribué au financement de l'acquisition d'un bien réalisée par son conjoint par des conventions conclues pendant le mariage. M. STORCK, *Séparation des biens . – Gestion des patrimoines des époux . – Dissolution. Liquidation du régime, Juris Classeur Civil Code* Art. 1536 à 1543. Fasc. 20 Date du fascicule : 15 Septembre 2018, Date de la dernière mise à jour : 31 Août 2019.

³⁷⁷ C. BERNARD XEMARD, *Droit civil*, cit., p. 285.

³⁷⁸ Selon Cass. civile n. 3471 15.2.2007, le régime de séparation des biens exclu que l'autre conjoint paye les dettes contractées par l'autre conjoint même si ces dernières ont été faites dans l'intérêt de la famille, De plus, G. Oberto a affirmé que l'effet de ce régime est en tous cas négatif, c'est-à-dire d'exclusion d'une implication du conjoint dans les opérations économiques accomplies par l'autre époux. G. Oberto, *Mutuo dissenso*, art. précité, p. 818.

En fait, les époux sont obligés de contribuer aux charges du ménage, selon les critères généraux en la matière qui posent des limites à leur pouvoir d'indépendance dans la gestion.

Comme l'a affirmé un auteur³⁷⁹, à regarder attentivement, le régime séparatiste devrait/pourrait être considéré comme le régime patrimonial primaire de la famille, comme il l'était auparavant quand l'homme exerçait son autorité sur sa femme, qui était à lui soumise.

La diffusion des mouvements de contractualisation du droit patrimonial de la famille souligne en fait l'importance de l'autonomie des époux qui ne doit pas être considérée comme une hypothèse d'exclusion de la charge des obligations de mariage, parce qu'en dehors de ces dernières, elles limitent l'implication de l'autre conjoint dans les opérations économiques effectuées par l'autre pendant le mariage.

Toutefois, cette affirmation trahirait l'esprit de la réforme, conçue pour reconnaître l'essence de la famille comme société qui se fonde sur l'égalité des parties, chargées d'agir pour la protection du groupe familial.

Si la famille répond donc à cette qualification, comme cela est démontré par le fait que la communauté de vie est l'impératif la caractérisant par rapport aux autres unions, la fusion entre le côté moral et celui économique est fortement souhaitable.

Ce système séparatiste aura encore plus de raison d'exister dans le droit italien, qui établit de façon expresse les biens exclus de la communauté, à la protection de l'autonomie et de la liberté personnelle des conjoints, dans un cadre fondé sur l'impérativité qui équivaut à reconnaître l'individualité de chacun des conjoints, et non plus seulement du mari.

³⁷⁹ A. Zaccaria, *La separazione dei beni*, in AA.Vv., *Trattato di Diritto di famiglia*, a cura di G. Bonilini, 2016, Vol. V, p. 1561 ss.

B- Le « fondo patrimoniale » italien.

L'autonomie des époux en matière d'organisation patrimoniale de la famille trouve, dans le droit italien, une ultérieure protection et valorisation dans ledit *fondo patrimoniale*.

Le texte de l'art. 167 du Code civil italien régit, en fait, une institution juridique qui permet aux époux, par leur décision ou décision d'un sujet tiers³⁸⁰, de destiner certains biens (meubles immatriculés, immeubles et titres de créance³⁸¹) et leurs revenus à la satisfaction des besoins de la famille, en créant ledit « fondo patrimoniale ».

En droit français il n'est prévu rien de similaire, même si on peut faire référence à la fiducie³⁸² qui peut se rapprocher au *Fondo patrimoniale* dans ses caractères généraux, s'agissant d'une opération entraînant une séparation patrimoniale, au moyen d'un transfert de la propriété de biens, droits ou sûreté du patrimoine du constituant, le fiduciaire, au patrimoine séparé du fiduciaire, le cas échéant au profit d'un tiers bénéficiaire.

Le mécanisme est donc identique, mais en droit italien la convention instituant le *Fondo patrimoniale* vise à donner effectivité exclusivement aux exigences des membres de la famille, en réalisant une séparation patrimoniale³⁸³, qui toutefois n'a rien à voir avec la séparation comme

³⁸⁰ Selon l'art. 167 du Code civil italien, le Fondo peut être constitué par décision de l'un ou de tous les deux les conjoints ou par décision d'un sujet tiers, au moyen d'un testament ou d'un acte ayant forme publique.

³⁸¹ On affirme que les biens compris dans le Fondo peuvent être soit ceux fruitiers que ceux qui ne produisent pas cet effet. Les besoins de la famille peuvent en fait se satisfaire aussi au moyen de la simple jouissance du bien.

³⁸² L'article 2011 du Code civil prévoit que la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. En Italie, le Code civil ne définit pas la fiducie, terme qui est utilisé seulement à l'article 627 du C.c., en matière testamentaire. Toutefois, l'institut est connu au droit italien, où il se présente sous la double forme de la fiducia cum amico et cum creditore : la première concerne la possibilité d'accomplir un acte dispositif à l'égard de quelqu'un qui devient de ce fait le propriétaire du bien et qui sera chargé par des obligations : la deuxième se caractérise par le fait que le propriétaire d'un bien en réalise la cession mais il pourrait à nouveau en devenir propriétaire s'il paye la dette contractée avec ce qui a obtenu la cession du bien.

³⁸³ Ladite *separazione patrimoniale* est le résultat de deux contraintes auxquelles les biens du Fondo sont soumis, c'est-à-dire celle qui empêche la vente, la constitution d'une hypothèque, etc. sur les biens du Fondo et celle qui interdit la procédure d'exécution sur les biens objet du Fondo en ce qui

modalité d'organisation des ressources économiques des conjoints, car, dans ce cas, les époux soumettent le destin de certains biens à une finalité précise, c'est-à-dire celle concernant les besoins de la famille³⁸⁴, en constituant ce patrimoine spécifique.

En fait, si dans la séparation des biens, tout se passe comme s'il n'y avait pas de mariage, en revanche, dans le *fondo patrimoniale*, le mécanisme adopté par le législateur vise à la meilleure satisfaction des exigences de la famille, car on affecte des biens liés à ce fonds, de façon à ce que les conjoints ne puissent les utiliser pour des fins extérieures.

Le *fondo patrimoniale* est donc impérativement conçu dans le but de servir à la réalisation des besoins de la famille et aucune dérogation n'est admise, ce qui implique que le caractère institutionnel du mariage persiste.

Aucune autorisation judiciaire n'est toutefois requise pour leur utilisation, à l'inverse de ce qui était auparavant demandé pour le « patrimonio familiare », l'institution qui a précédé l'introduction du fonds patrimonial, car le législateur croit suffisantes la forme de l'acte public et l'indication de la conclusion de cette convention en marge de l'acte de mariage.

Cette différence est aussi nette si on fait une comparaison avec ce qui est prévu en matière de dettes : dans le régime matrimonial de la séparation des biens, les époux ne répondent, en fait, que des dettes contractées personnellement ; dans le Fondo, en revanche, les biens qui le constituent ne peuvent pas faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée si les dettes ont été contractées pour raisons étrangères aux besoins familiaux.

Cela est comparable avec ce qui se passe en matière de fiducie : [l'alinéa 1er de l'article 2025 du Code civil](#) dispose que « *le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* ». Même si cette règle constitue une claire dérogation à la discipline en matière de responsabilité telle que prévue par

concerne les dettes que le créateur savait avoir été accompli pour situations ne concernant pas la famille.

³⁸⁴ Sur ce point, la Cour de Cassation a affirmé que les besoins de la famille sont définis en négatif, car dans cette notion on inclut toutes les situations visant à assurer un développement harmonieux de la famille, et également la capacité de travail. I Restent toutefois exclues les exigences de nature ludique. Cass., Sez III, 15 mars 2006, n° 5684 et Cass., 7 janvier 1984, n° 134.

l'article 2740 du code civil italien, qui dispose que le débiteur répond des obligations contractées avec tous ses biens, présents et futurs, il est nécessaire que le conjoint titulaire du Fondo, tenu au paiement des dettes, donne la preuve du fait que le créancier avait connaissance de la circonstance que l'obligation stipulée ne concernait pas les besoins familiaux.

Toutefois, le régime séparatiste ne s'applique qu'en partie.

En fait, à la différence du « *patrimonio familial*³⁸⁵ », où le mari était considéré comme la personne la plus apte à la gestion des substances matérielles de la famille, la gestion des biens qui font parties du « *fondo patrimoniale* » est aujourd'hui confiée aux deux conjoints ensemble, en cohérence avec l'esprit égalitaire des réformes du droit de la famille des années 70.

Il s'agit des mêmes règles qui régissent la communauté légale et conventionnelle, où l'administration des biens est impérativement confiée aux deux conjoints (art. 180 du Code civil italien et aussi art. 1421 du Code civil français).

Toutefois, rien n'est expressément prévu en ce qui concerne la possibilité de manifester l'opposition à l'accomplissement d'un acte qui a pour objet les biens du Fondo.

On se demande, pour cette raison, si l'époux qui n'est pas d'accord avec un choix relatif à la gestion des biens composants le Fondo est empêché de manifester son refus mais, sur ce point, la vraie parité des conjoints est subordonnée à la possibilité d'interdire la réalisation de toutes ces opérations économiques sur lesquelles on n'est pas d'accord³⁸⁶.

Pour autant, si un conjoint veut vendre le bien immeuble constituant le Fondo mais que l'autre s'y oppose, car il préférerait le louer, il faut saisir le Juge, qui analysera les raisons du refus de l'accord à cette fin. La volonté des personnes composant le Fondo fait donc l'objet d'un contrôle par un

³⁸⁵ Cet institut juridique se caractérisait pour son objet, c'est-à-dire un ensemble des biens qui ne pouvait pas être modifié après la stipulation de cette convention.

³⁸⁶ « Le consentement est à même d'autoriser l'opération de transfert entre les parties ». Sur ce point, L. Follieri, *Alienazione di un bene del fondo patrimoniale: efficacia traslativa e risoluzione di conflitti*, in *Contratto e impresa* 1/2020, p. 408.

sujet tiers et impartial, car le conflit entre les parties ne peut pas être résolu en dehors des moyens de justice qui assurent la recherche de l'équilibre entre les intérêts opposés.

De l'analyse que l'on a fait, on a pu constater, donc, que cette institution juridique assemble certains éléments typiques du régime matrimonial séparatiste (comme en matière de dettes) et du régime communautaire (ainsi ceux qui concernent la gestion des biens qui en constituent l'objet de l'apport précédemment accompli).

Le législateur italien semble avoir voulu réaliser un « mélange » entre les deux aspects des régime patrimoniaux de la famille afin d'assurer une meilleure protection de la famille avec un ultérieur et spécifique moyen juridique, dont le but est, comme indiqué précédemment la stabilité économique du foyer familial, même quand les patrimoines personnels n'arrivent plus à satisfaire les besoins du groupe.

En conclusion, par l'analyse des aspects concernant la réglementation des rapports patrimoniaux entre les conjoints, on peut constater que dans ce contexte se manifeste également le contraste non effacé entre l'affaiblissement du côté institutionnel du mariage et le triomphe de la liberté des époux.

Toutefois, s'il est clair que l'évolution juridique qu'on constate depuis les réformes du droit de la famille a mis au centre la volonté des époux par un mécanisme qui privilège l'autorégulation, cette dernière n'est pas souveraine, de sorte que le mariage doit toujours être considéré comme ayant une double nature : d'institution en ce qu'il soumet les époux à un statut légal impératif, en raison de l'existence d'intérêts supérieurs à ceux des parties, et de contrat en ce qu'il permet de souligner le rôle de la volonté des parties.

Parce que la famille est aussi une question d'argent, il faut réglementer, l'aspect patrimonial. Les parties peuvent faire des choix dans un cadre qui mélange liberté et impérativité, de sorte que la liberté est valorisée après avoir assuré le respect des principes impératifs concernant le foyer familial. Les parties sont en fait libres de gérer leurs ressources compte tenu du statut impératif de base, qui implique d'assurer tout le nécessaire à la satisfaction des besoins du groupe familial que les époux ont constitué.

De plus, dans ce Chapitre on a aussi souligné l'organisation différente du patrimoine des époux, sous forme de communauté des biens ou de séparation.

Dans ces deux les modes d'organisation, on a constaté que la solidarité n'est pas effacée, mais conçue différemment : plus marquée dans la première, moins dans la deuxième, sans que cela signifie qu'on peut se soustraire aux obligations réciproques dont les époux sont en charge.

En particulier, on a constaté que par la prévision du régime communautaire, l'Etat réalise l'égalité du couple au niveau économique et patrimonial.

Dans la communauté réduite aux acquêts³⁸⁷ et dans la « *comunione legale* » on vérifie l'existence d'une structure bicéphale, car le mari n'est plus le seul titulaire du pouvoir de la gestion des biens achetés après le mariage, et de ce fait, chacun des époux peut accomplir toutes opérations sans le consentement préalable de l'autre.

En revanche, dans le régime séparatiste, l'autonomie du pouvoir de disposition des parties est évidente, car chacun est réputé être le seul titulaire de ses biens (absence de masse commune), et le seul autorisé à exercer le pouvoir sur son patrimoine.

³⁸⁷Dans cette, on constate la coexistence de trois patrimoines, c'est-à-dire celui propre du mari, qui se compose des biens et des dettes qu'il avait au jour du mariage et de ceux qu'il reçoit par successions et libéralités, qui ne tombent pas dans le régime communautaire ; celui de la femme, qui a identique composition que celle de son mari et, enfin, celui qui constitue la communauté. Cette dernière se compose pour l'actif des revenus des biens propres de chacun et de son activité et des acquêts (sont seuls concernés les biens communs, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers); pour le passif, des dettes contractées par les époux pour le besoin de la famille, ainsi que des autres dettes nées pendant le mariage. Ils sont en tous cas exclus les gains et les salaires d'un époux, qui ne peuvent pas être saisis par le créancier de l'autre.

Il s'agit de privilégier la volonté personnelle du conjoint et de dépasser l'esprit communautaire qui devrait caractériser l'union maritale.

- CONCLUSION TITRE II PARTIE PREMIÈRE-

Le Titre II de cette Première Partie a eu pour objet l'examen des effets découlant du mariage.

Partant de la reconnaissance de la primauté de l'individu, l'objectif était de vérifier si, de nos jours, il est possible de penser que les membres du couple peuvent bénéficier de droits et devoirs *uti singulis*.

En fait, les réformes des années 1970 en France et 1975 en Italie ont modifié la façon de concevoir les rapports découlant du mariage : aujourd'hui, il ne s'agit plus d'une relation fondée sur l'*auctoritas* du mari - père de famille, mais, d'une relation caractérisée par la parité des conjoints.

Cet état de fait a impliqué que, mis à part un noyau dur de principes ne faisant jamais l'objet d'exception car ils relèvent de l'essence de la famille, il est possible de tenir compte des exigences spécifiques des membres du couple.

Le mariage impose des devoirs de respect, de fidélité et d'assistance morale et matérielle réciproque et la distance corporelle des mariés ne peut pas impliquer un relâchement de ces devoirs, qui caractérisent impérativement la relation de couple, de sorte qu'aucune exception n'est admise.

C'est à cet égard que l'Etat se présente toujours comme protecteur de l'ordre public, pour éviter toutes situations regrettables pour la morale sociale.

L'adhésion à ce modèle de vie de couple implique, pour les époux de renoncer à une part de leur liberté au nom de l'unité du couple.

Toutefois, vivre séparés ne signifie pas manquer au devoir de respect, de fidélité et de réciproque assistance morale et matérielle, si l'éloignement est justifié par des motifs professionnels ; il en est de même pour l'obligation d'entretien et d'éducation des enfants communs.

Sauvegarder son autonomie personnelle ne va pas nécessairement au détriment de l'unité/stabilité du couple, comme le démontre aussi le fait que les époux peuvent garder et gérer leurs ressources économiques de façon autonome, sans que l'équilibre de la famille ne soit compromis.

Ce qu'il faut assurer c'est l'assistance mutuelle, le cas échéant.

De ce fait, les régimes patrimoniaux de la famille sont organisés de cette façon : au-delà d'un cadre de règles fondamentales, qui se caractérisent par la solidarité qu'il faut assurer en toutes situations, il est possible de choisir l'organisation patrimoniale qui convient aux époux selon les exigences de leur foyer.

Pour autant, solidarité et liberté sont des critères constants qui inspirent la vie de couple au niveau pratique.

- CONCLUSION PREMIERE PARTIE -

Le caractère institutionnel du mariage a longtemps été absolu. Aujourd'hui toutefois, on constate un recul partiel et progressif de cette dimension.

En effet, l'impérativité qui originellement fondait rigidelement le mariage résiste en ce qui concerne la formation du mariage, là où un problème de protection de l'ordre public se pose.

Dans ce cas en effet, les accords des parties n'ont aucune validité, car les législateurs français et italien ont cru bon d'exclure toute possibilité de compromis entre les conditions de fond et de forme du mariage et la volonté des mariés : il n'y a pas de possibilité d'aménagement par rapport au modèle général établi par les systèmes juridiques, qui répondent aux exigences de contrôle et supervision de l'Etat.

Ainsi, l'impérativité persiste s'agissant du noyau dur de la famille, afin de permettre d'identifier comme mariés ceux qui ont stipulé un acte solennel, selon les formes prévues par les Codes civils et les lois en la matière, l'autonomie restant également exclue quant aux conditions à remplir pour se marier.

Les époux adhérents, donc, à un statut préexistant, de sorte qu'on se demande quelle est la protection accordée aux droits de l'homme, qui met au centre l'individu, en affranchissant le mariage de la procréation.

Pourtant, la relation de couple pourrait ne plus être lue dans le double sens horizontal - vertical, car il n'est pas exclu d'accepter une vision du lien marital seulement horizontal.

C'est à cet égard qu'en France l'impérativité régresse, car le législateur a dépassé la condition d'altérité sexuelle, longtemps crue comme non faisant l'objet d'exception et a ouvert en 2013 le mariage à tous, c'est-à-dire aux homosexuels aussi.

La loi du 17 mai a enfin supprimé toutes limites à l'égalité des personnes qui devaient accepter/subir une discrimination liée à leur orientation sexuelle et ne pouvaient pas avoir un conjoint de même sexe.

Le principe d'égalité ne peut pas rester en fait un simple principe de droit, énoncé dans les Chartes nationales ou dans les Déclarations de principe internationales, car il faut qu'il ait exécution au niveau pratique, comme l'a néanmoins affirmé la Cour constitutionnelle italienne³⁸⁸.

En fait, les Juges des lois italiens ont établi que ce principe, avec celui qui interdit toutes discriminations liées au sexe, directes ou indirectes – fait l'objet d'une application généralisée dans la vie concrète des individus.

Pour cette raison, nier aux couples homosexuels de se marier, comme il se passe en Italie, car ils ne peuvent pas procréer, équivaut à nier la reconnaissance de l'égale dignité humaine, ce qui caractérise toute société démocratique³⁸⁹.

C'est seulement le droit canonique qui lie le but du mariage à la procréation et à l'éducation de la progéniture, et en Italie ce mariage est reconnu comme valide. Il ne faut pas, en fait, nécessairement avoir auparavant célébré une cérémonie civile, comme en France, car le seul mariage religieux est contraignant, même s'il s'agit d'un acte qui ne produit pas d'effets civils et les époux demeurent célibataires en face de la loi civile.

Mais le mariage peut simplement unir deux individus, qui partagent le même toit et ont un projet de vie en commun qui exclue la procréation.

Cette affirmation a conduit ensuite à concentrer l'analyse sur les droits et devoirs réciproques des époux : la solidarité et l'impérativité d'un côté et la liberté et l'autonomie de l'autre.

³⁸⁸ Cour constitutionnelle, décision 163/1993 in www.consultaonline.it.

³⁸⁹ Une autrice affirme que l'exclusion du mariage homosexuel n'a pas de justification, car tous droits peuvent subir une discrimination s'il faut protéger un droit de nature constitutionnelle. C'est le principe de « proportionnalité » qui l'établit et dans ce cas aucune exigence de proportionnalité semble paraître. G. BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in *Genius*, 2/2014, p. 10.

Les principes indiqués coexistent et sont nécessaires pour garantir les équilibres du couple. La règle de loi ne peut pas effacer toute marge d'autonomie et cette place faite à la liberté ne peut pas non plus exclure le respect d'un statut impératif de devoirs réciproques. Un certain compromis avec le modèle pre-constitué par la loi est donc possible à certaines conditions.

Fidélité, assistance morale et matérielle de base ne font l'objet d'aucune exception ; choix d'une résidence commune, aide matérielle au-delà d'un statut impératif de base, peuvent être par contre négociés. Le mariage se présente, à cet égard à l'instar d'un « schéma ouvert », qui permet de spécifier le contenu des droits et des devoirs non impératifs, dans le cadre indiqué par la loi.

De ce fait, on constate que la répartition stricte des rôles a été dépassée, de façon à ce que les membres du couple soient égaux en droits et devoirs, tous les deux contribuant à la satisfaction des exigences du foyer et pouvant choisir comment gérer leurs ressources patrimoniales : cette considération justifie l'existence des régimes de communauté et de séparation des biens, ce qui assure une codirection des biens ou une gestion séparée comme s'il n'y a pas de mariage.

Pour autant, les deux législations visent à protéger la personne mariée sur le plan des droits et devoirs impératifs, ce qui relève de la protection de l'ordre public, de sorte que là où ces exigences n'existent pas, il est possible de reconnaître une place à l'auto-détermination des membres du couple.

Mais de nos jours une protection est envisagée aussi en dehors du mariage. Comme on le verra dans la Partie II, le mariage n'est plus le seul cadre légal permettant la constitution du lien entre deux individus : les couples peuvent choisir quel niveau de protection accepter/demander et de cette façon conclure un pacs/union civile ou de vivre comme concubins.

PARTIE II La perte de singularité du mariage.

Le mariage a été longtemps le seul moyen apte à garantir une protection au couple qui souhaitait partager un projet de vie en commun.

Aucun statut similaire n'était prévu, de sorte que les couples qui n'étaient pas mariés restaient dans l'indifférence juridique. Lorsqu'un problème se présentait, il fallait saisir le Juge, qui trouvait les solutions nécessaires en faisant application des principes de droit.

En 1999 en France et en 2016 en Italie, une législation a été établie pour réglementer les modes de conjugalité para conjugaux. De cette façon, a été introduite en France, une réglementation pour le Pacs et de même, pour les unions civiles et le concubinage en Italie, tandis qu'en France, en matière de concubinage il y a uniquement une définition, sans aucun statut.

La protection accordée à ces modes de conjugalité a évolué avec le temps, car on est passé d'un traitement basique à une discipline toujours plus précise et définissant ces statuts comme réellement proches du mariage.

Comme on le verra dans le Titre I de cette Partie, le Pacs/unions civiles font l'objet d'une déclaration/déroulement d'une cérémonie à la Mairie et, pour la loi italienne, il est demandé la présence de témoins, ce qui renvoie à la solennité du mariage. De plus, considérant le couple dans ses relations patrimoniales, les deux législateurs ont également régi l'aspect économique.

Quant aux concubinages, la protection est effectivement plus faible, cependant, certains caractères, similaires à ce qui se vit dans le mariage, ont été dégagés : avant que tout la cohabitation de manière stable, ce qui définit la communauté de vie et de toit maritale.

La liberté qui a fondé le Pacs/union civile et le concubinage est plus évidente au niveau successoral : en fait, dans le silence du législateur, c'est la décision testamentaire des parties qui prévaut, donc la règle fixée par les parties.

Cette possibilité est toutefois limitée dans le cas du mariage, même si certaines ouvertures sont perceptibles.

Comme on verra dans le Titre II, bien que dans les deux pays, il faut tenir compte de la réserve héréditaire, même si le législateur français semble se diriger vers un assouplissement de sa réglementation.

Un fondement Identique se trouve en cas de séparation et de rupture : le mariage perd de sa solennité à cause des réformes des années 2014 – 2019 qui ont établi la primauté de la règle privée, en ce qui concerne le relâchement du mariage et le divorce.

C'est l'autonomie des parties qui fait l'accord. Si auparavant il fallait saisir le Juge pour se séparer d'un commun accord, de nos jours en revanche il suffit d'un accord dressé sous le contrôle des Avocats. C'est un « abaissement » du mariage au rang du contrat : le mariage peut être privé de la solennité qui conduisait jusqu'alors à exclure la seule volonté des parties en matière de droits indisponibles.

De ce fait, on analysera les nouveaux modes de conjugalité (Titre I) et la reconnaissance de la règle privée lors de la dissolution du mariage (Titre II).

TITRE I Les nouveaux modes de conjugalité.

En France, le pacte civil de solidarité a été institué par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, dont le but était principalement de proposer aux couples homosexuels un statut, leur permettant d'organiser leurs relations patrimoniales.

En fait, « pour ne pas donner l'impression de doubler ou concurrencer le mariage, le PACS se présent(ait) comme un contrat³⁹⁰ dont les effets (étaient) sont limités au plan patri

³⁹⁰ Il faut rappeler que parce qu'un contrat soit valablement conclu, il faut respecter la condition de capacité que le code civil pose en à l'article 1128. Est incapable, donc, le mineur non émancipé et le majeur protégé au sens de l'article 425 du code civil, qui ne peuvent pas conclure le pacs.

monial, et dépourvu de toute incidence dans les rapports entre les personnes »³⁹¹.

Il s'agit donc d'un contrat de vie commune, créé par la loi de 1999, qui a prévu 7 articles à l'origine, intégrés dans le Code civil, insérés au titre XIII, à la fin de la première partie du Code.

Il en résultait, toutefois, une certaine incertitude sur la nature juridique, car le Livre I concerne les personnes, pas les contrats. De ce fait, l'état de pacsé n'apparaissait pas sur les actes d'état civil et se formait par une convention, déclarée au greffe du tribunal de grande instance et inscrite sur un registre tenu au lieu de naissance de chacun des partenaires.

Seulement après, la loi du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice au xxi^e siècle, a prévu un rapprochement du pacs au mariage : la mention³⁹² du pacs en marge de l'acte de naissance³⁹³ de chacune des parties, (art. 515 -3 du Code civil), avec indication du nom du partenaire, compte tenu des prévisions des articles 515.2, al. 1^{er}, en matière d'absence de lien de parenté, et 515-2 al.2 et al.3, sur l'interdiction de deux liens de couple, comme établi pour le mariage.

La prévision de cette mention était, en outre, importante pour la reconnaissance aux pacsés des effets personnels, à l'instar de ceux maritaux, comme l'obligation de communauté de vie et d'assistance réciproque morale et matérielle.

En particulier, dès 1999, l'obligation de vie commune est posée dans la définition du pacs, à l'article 515-1, mais c'est seulement en 2006 que l'article 515-4 énoncera ce devoir de vie commune : « les partenaires s'engagent à une vie commune » et, en cas d'inexécution, il y aura une faute.

Y. Flour, M. Grimaldi, Chapitre 511 - *Pacte civil de solidarité (PACS)*, in Section 1 - Définition et nature du PACS, 511.11. La création du PACS : une histoire brève et mouvementée, in Dalloz action, Droit patrimonial de la famille, 2018 - 2019.

³⁹² Il ne s'agit pas de célébrer l'union, mais seulement d'enregistrer des documents.

³⁹³ Selon un auteur, « On a pu, à l'époque, s'interroger sur la portée de cette mention à l'état civil, simple mesure de publicité ou modification plus substantielle empruntée au mariage. Aujourd'hui, au regard de l'évolution postérieure, il est permis de penser qu'il s'agissait d'une modification de fond ayant rapproché le Pacs du mariage ». S. MIRABAIL, *Mariage - Le mariage : entre modernité et traditions* - Etude par Solange MIRABAIL, Droit de la famille n° 3, Mars 2018, pag. 1.

Quant au devoir d'assistance, ce dernier a été ajouté en 2006. Il s'agit de l'aide morale et du soutien dans les difficultés de la vie de couple.

En matière d'aide matérielle, la loi de 2006 a précisé qu'à moins que la convention³⁹⁴ n'en dispose autrement, l'aide matérielle est proportionnelle aux ressources respectives des partenaires.

Dans le droit italien, l'assimilation de l'union civile au mariage est encore plus évidente en vertu de l'existence de la « clause d'équivalence » (art. 1, al. 20, l. 76/2016).

Cette clause établit que les dispositions juridiques, administratives ou contenues dans les contrats de travail, où on fait référence au conjoint ou aux conjoints³⁹⁵, sont applicables aux parties de l'union civile, sauf exclusion expresse. Ce rapprochement est conçu afin de donner à l'union civile un régime équivalent à celui marital, ainsi que la Cour de Cassation l'avait souhaité, suivant dans ce sens plusieurs décisions des Juges, qui avaient demandé un « traitement homogène³⁹⁶ » et « un statut similaire au marital³⁹⁷ ».

Le législateur italien a choisi d'utiliser la technique de la « transposition » des règles du mariage à l'union civile, ce qui entraîne une application automatique, c'est-à-dire sans nécessité d'un acte juridique ultérieur.

Cet état de fait se fonde sur une assimilation de l'union civile au mariage, reconnue comme telle tout au long de la procédure d'approbation de la loi Cirinnà au Parlement italien, étant donné que plusieurs députés avaient remarqué que la « nouvelle » union présentait beaucoup de points communs avec le mariage, puisque le règlement des unions civiles rejoignait le concept même de ce qui était établi en matière de mariage.

³⁹⁴ L'Art. 515-3 al.3, du code civil, établit qu' : « A peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité **produisent** la convention passée entre elles à l'officier de l'état civil, qui la vise avant de la leur restituer ».

Un écrit doit donc être **produit**, à peine d'irrecevabilité et les parties ont une grande liberté pour établir leurs engagements.

³⁹⁵ Dans une réflexion qui remonte à la période où la loi Cirinnà était encore en discussion, un Auteur soulignait que le projet de loi de réglementation des unions civiles ne faisait pas référence aux « époux », mais au « conjoint » et aux « conjoints ». T. Auletta, Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso», Nuova giurisprudenza civile commentata, n. 7-8/2015, p. 10.

³⁹⁶ Cass. Civ., sect. I, 15 mars 2002, n. 4184 in www.dejure.it.

³⁹⁷ Cass. Civ., sect. I, 21 avril 2015, n. 8097 in www.dejure.it.

En outre, ce cadre décisionnaire est confirmé par la définition des empêchements prévus à la constitution de l'union civile, qui sont les mêmes que ceux établis pour le mariage : le lien de parenté, la maladie mentale, la subsistance non dissoute d'un mariage ou d'une union civile. Dans le même sillage, enfin, la cérémonie se déroule en présence de l'Officier de l'état civil et de deux témoins (art. 1, al. 2, L. 76/2016), comme cela est prévu pour le mariage.

De plus, l'union civile prévoit que les parties sont égales en droits et devoirs ; qu'elles sont tenues à l'assistance morale et matérielle réciproque, à la cohabitation et à la contribution à proportion des ressources aux besoins communs (art. 1, al. 11, loi 76/2016).

On constate, donc, que les deux statuts se rapprochent de plus en plus : il s'agit d'une famille différente que celle fondée sur le mariage, mais qui partage plusieurs points communs avec ce dernier. On ne peut donc pas nier que le législateur s'est inspiré du mariage pour créer le pacs et l'union civile.

Pour cette raison, on analysera le rapprochement du pacs et de l'union civile au mariage (Chapitre 1) et de l'union libre ou concubinage au mariage (Chapitre 2).

CHAPITRE I. Le rapprochement du pacs et de l'union civile au mariage.

Que ce soit le fait du législateur ou de la jurisprudence, on constate de réelles similitudes³⁹⁸ entre le Pacs, dont la réglementation juridique date de 1999, et les unions civiles, réglementées depuis 2016 en Italie par la loi 70 du 20.5, dite Cirinnà, avec le mariage.

Le Pacs est considéré comme un contrat liant deux personnes de même sexe ou de sexe différent, pour organiser une vie commune, tandis que l'union civile est définie comme une formation sociale à laquelle fait référence l'art. 2 de la Constitution.

³⁹⁸ On parle de "*matrimonializzazione*" de l'union civile, M. Sesta, *Unione civile*, in Aa.Vv., *Codice delle Unioni civili e delle convivenze*, Giuffrè, p. 228.

Le pacs et les unions civiles semblent, de ce fait, destinés à organiser seulement un lien de couple, et non une famille, dans la mesure où une famille comprendrait les parents et les enfants³⁹⁹, cette exclusivité appartenant au mariage. En effet, il existe une présomption de paternité pour le mari, réputé le père de l'enfant né pendant le mariage, sauf preuve contraire.

Cette affirmation trouve son fondement dans le droit italien dans l'utilisation au premier alinéa de l'art. 1 de la Loi Cirinnà de la formule « istituisce »⁴⁰⁰, qui renvoie à une création de l'union civile par une volonté législative, à la différence du mariage, qui donne une légitimation naturelle à la famille⁴⁰¹.

Toutefois, la notion de famille ne peut plus être considérée comme quelque chose de statique et d'immuable, de sorte que la prospective de la procréation, comme un élément caractérisant le mariage et la famille qui en découle, régresse de nos jours.

Les pacsés et les unis civils sont tenus, comme les mariés, à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle⁴⁰² et une assistance réciproque et, s'ils n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les Textes des articles 515-4 du Code civil français et de l'art. 1 al. 11 de la Loi Cirinnà sont identiques, précisant qu'il existe bien une obligation du respect réciproque⁴⁰³ qui doit être à même de caractériser les unions para

³⁹⁹ L'enfant serait un sujet de droits, pas un objet de droits, qui doit être élevé par ses parents, comme l'art. 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant l'établit. L'expression est de X. LACROIX, *Un droit à l'enfant ?* in AA. Vv., *Mariage-conjugalité, Parenté parentalité*, sous la direction d'H. Fulchiron, Dalloz, 2009, p. 126.

⁴⁰⁰ M. SESTA, *Unione civile*, in AA.Vv., *Codice delle Unioni civili e delle convivenze*, Giuffrè, p. 175.

⁴⁰¹ M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2016, 10, 881.

⁴⁰² En droit français, on a constaté que l'aide matérielle entre les pacsés « s'apparente davantage à la contribution aux charges du mariage qu'au devoir de secours en ce sens qu'elle n'est pas fixée en fonction des besoins du partenaire, mais pour subvenir aux besoins de la vie courante du ménage ». M. REBOURG, *Régimes matrimoniaux - La primauté du devoir de secours entre époux sur les obligations alimentaires découlant de la parenté*, *Droit de la famille* n° 3, Mars 2011, étude 7, p. 3.

⁴⁰³ Il n'est pas prévu le devoir de fidélité, mais il peut être considéré comme lié au devoir de respect réciproque. Sur le point, le Tribunal de Rennes a souligné que la fidélité est en réalité un élément caractérisant le mariage. J. -R. BINET, *En Pacs, trompe qui veut ! Droit de la famille* n° 7-8, Juillet 2015, commentaire à la décision CA Rennes 5 mai 2015, n° 211, 14/01737 : *JurisData* n° 2015-011466. En droit italien, un auteur a souligné que la fidélité prévue par le législateur en matière de mariage ne peut pas faire l'objet d'application pour les unions civiles car il s'agit d'un devoir établi seulement pour les unions maritales. De plus, on constate qu'il n'y aura pas de sanctions dans le cas de violation de ce devoir, de sorte que le trahi ne pourrait pas invoquer protection à son regard. L.

conjugales, à l'instar des prérogatives des articles 212 du Code civil français et ss. et 143 du Code civil italien, en matière de mariage.

Un doute persiste, pour autant, sur la légitimité de la théorie qui exclut la nature familiale ou, selon une doctrine⁴⁰⁴, quasi maritale de l'union civile italienne, en raison de la prévision de l'al. 13 de l'art. 1 de la loi régissant les unions civiles, qui établit que le régime patrimonial des unions civiles est la communauté légale des biens.

Il s'agit du régime régissant typiquement les rapports conjugaux entre époux : ce choix vire vers l'assimilation progressive et irrésistible de l'union civile au mariage, ce qui apparaît de plus en plus à même de donner lieu à une famille, et non à une simple formation sociale.

Plusieurs éléments semblent, en fait, trahir la thèse selon laquelle l'union civile est simplement un lien entre deux parties, car il s'agit d'un lien caractérisé par un cadre de droits et devoirs réciproques qui ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation ou d'un aménagement, si non dans les limites indiquées par le législateur.

Pour le droit français on peut raisonner de la même manière, même si le pacs a été défini comme un contrat, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel : « (...) le législateur a seulement voulu assurer la publicité du pacte civil de solidarité à l'égard des tiers ; par suite, ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte civil de solidarité sa nature contractuelle »⁴⁰⁵.

Toutefois, si on analyse les Textes de droit français en la matière, on constate aussi que pour le législateur il est clair, que le pacs n'est pas un contrat comme un autre : à l'art. 515-3-1, il est, en fait, établi qu'« il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire ». Par ailleurs, ce « contrat » a été inséré dans le Code

OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 212 et 217.

⁴⁰⁴ M. Winkler, *Il nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*, in *Unione civile e convivenza*, Milano, 2016, p. 70.

⁴⁰⁵ Décision de la Cour constitutionnelle n° 2015-9 LOM du 21 octobre 2015, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/20159LOM.htm>.

civil à la fin du Livre Ier qui est relatif aux personnes et non dans le Livre III qui règlemente différents contrats spéciaux.

Cet état de fait confirme qu'il ne s'agit pas de communs contractants, auxquels la loi réserve une liberté presque absolue, car il s'agirait des individus qui « font » la règle du cas spécifique, mais de partenaires, ce qui les rapproche de plus en plus du statut du mariage, qui a des effets sur l'état de la personne.

De ce fait, le Pacs n'est plus réellement synonyme de liberté⁴⁰⁶, mais il présente une rigueur qui est liée au statut toujours plus complet quant à l'établissement des relations réciproques entre les parties et envers les tiers.

Dans ce Chapitre, on étudiera les aspects généraux du Pacs et de l'union civile (Section 1) et l'organisation patrimoniale des couples pacsés ou unis civilement (section 2).

Section 1. Les aspects généraux du Pacs et de l'union civile.

Les Pacs et les unions civiles constituent des modèles d'organisation de la vie de couple de plus en plus assimilés au mariage.

En réalité, depuis 1999 en France et depuis 2016 aussi en Italie, le but des deux législateurs était d'introduire un modèle de vie de couple para – conjugal, qui devait en principe se caractériser par une majeure flexibilité et par un formalisme allégé : c'était la dimension contractuelle du lien de couple qui s'affirmait et prévalait, surtout à l'origine, en France, quand la loi ne requérait qu'un simple enregistrement auprès du greffier du Tribunal⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Un auteur affirme que le Pacs se caractérise par une certaine exclusivité, ce qui interdit la conclusion du lien entre personnes liées entre elles par parenté. M. LAMARCHE, *La conjugalité*, in AA. Vv., *Mariage conjugalité, parenté parentalité*, sous la direction de H. Fulchiron, Dalloz, 2009, p. 26.

⁴⁰⁷ L'art. 515 -3 du Code civil dans la version en vigueur du 30 mars 2011 au 1 novembre 2017 établissait que : Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, dans le ressort duquel se trouve la résidence de l'une des parties.

Aucun rôle n'était reconnu à l'Officier de l'état civil, c'est à dire l'Autorité chargée de recueillir toutes déclarations concernant la modification de l'état civil.

Cette situation change, en revanche, avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 qui, depuis le 1^{er} novembre 2017, impose aux parties qui concluent un pacte civil de solidarité d'en faire la déclaration devant l'officier d'état civil, avant de faire procéder aux formalités de publicité (art. 515-3 du Code civil)⁴⁰⁸.

Une procédure formelle est donc à suivre, ce qui interroge sur l'assimilation du pacs au mariage.

Il en est de même, pour la loi italienne, qui n'a pas défini l'union civile comme un contrat, mais comme une formation sociale, dont la protection se trouve dans la Constitution (art. 2).

Toutefois, un formalisme plus lourd par rapport à celui de la France est demandé dans la procédure italienne, car la loi impose une cérémonie en présence de deux témoins, outre celle de l'officier de l'état civil, devant lequel les parties manifestent leur consentement.

De plus, l'union civile modifie l'état civil des parties (art. 70-quinquiesdecies, D. lgs. 5/2017), tandis que pour la loi française, les Pacsés demeurent célibataires.

Le problème qui est toujours d'actualité dans les deux systèmes juridiques est constitué par les règles qui gouvernent la matière de la filiation.

Même si le droit français reconnaît le partenariat enregistré homosexuel et hétérosexuel, dans ce dernier cas les règles établissant la filiation légitime n'opèrent pas.

De ce fait, on commencera cette étude par un examen de la nature du pacs et de l'union civile (Paragraphe 1) avant d'examiner la réglementation en matière de filiation des enfants nés de ces unions, dans les deux systèmes juridiques (Paragraphe 2).

⁴⁰⁸ Le nouveau article 515 – 3 du Code civil établit que « Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle elles fixent leur résidence commune. (...) L'officier de l'état civil enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité ».

Paragraphe 1. Nature du Pacs et de l'union civile.

Le Pacs et l'union civile sont définis respectivement comme un contrat et une formation sociale, dont le but est celui de permettre la constitution d'un lien parallèle à celui du mariage.

Dans ce paragraphe, on analysera la nature juridique du Pacte civil de solidarité (A) et de l'union civile (B), pour essayer de donner une réponse à la problématique concernant le débat entre prévalence ou affaiblissement du caractère institutionnel des liens de couple au profit d'une vision plus contractuelle de ces derniers.

A- La nature juridique du Pacte civil de solidarité.

Le pacs instaure un lien entre deux individus, ce qui est donne lieu à une impossibilité de conclure en même temps plusieurs pacs ou de se marier si on n'a pas dissout le pacs⁴⁰⁹.

L'art. 515 du Code civil, ouvrant le Titre XIII du livre Premier de ce Texte, définit cette union comme un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

Le Code civil n'a jamais posé de définition claire sur le mariage, mais en revanche il en a donné une sur le Pacs, comme contrat visant à l'organisation de la vie en commun de deux personnes.

Il s'agit alors de vérifier si le droit des contrats peut se combiner avec le droit du couple, dont l'organisation est traditionnellement régie par des règles ayant une nature institutionnelle, ce qui soumet la volonté individuelle à un cadre juridique préconstitué et impératif.

⁴⁰⁹ L'article 515-2 du Code civil établit en fait qu'"à peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité :

1° (...); 2° Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ; 3° Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité.

Par nature, le contrat permet la création de la règle du cas concret, comme le confirme l'art. 1101 du Code civil, qui dispose que le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

Le contrat représente, en fait, un moyen destiné à gérer la naissance d'obligations entre les parties, libres de contracter, de choisir leur cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi, sans déroger aux règles qui intéressent l'ordre public (art. 1102 du Code civil).

De ce fait, on se demande s'il est admis de parler d'obligations contractuelles dans la matière du droit des personnes, ce qui renvoie plutôt à une organisation de nature patrimoniale, sans tenir compte du fait que toutes questions concernant la personne humaine ne peuvent pas faire l'objet d'une négociation dans le sens purement contractuel du terme.

Cette nécessité est devenue encore plus d'actualité quand la loi a subordonné la conclusion du Pacs à la déclaration conjointe des parties devant l'officier de l'état civil⁴¹⁰, ce qui a déterminé que le Pacs devrait enfin être reconnu comme un événement ayant des incidences sur l'état des personnes, faisant pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes jusqu'à inscription de faux⁴¹¹, ce qui permettait de souligner la similitude avec le mariage, qui modifie l'état civil personnel des conjoints, qui ne demeurent plus célibataires mais mariés.

La loi du 23 juin 2006 confère en fait aux signataires du pacte civil de solidarité un statut qui touche à leur état civil puisque la publicité est assurée par une mention en marge de l'acte de naissance de chacun d'eux : *en effet, en attribuant cette compétence au maire, pris en sa qualité d'officier de l'état civil, agissant en tant que représentant de l'État et non*

⁴¹⁰ **L'article 515-3, comme** modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 48, établit que les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, devant l'officier de l'état civil de la commune où se trouve la résidence de l'une des parties. En cas d'empêchement grave, l'officier de l'état civil se transporte au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer le pacte civil de solidarité.

⁴¹¹ V. POURE, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle - Le transfert du pacte civil de solidarité à l'officier de l'état civil : entre compétences nouvelles et naturelles*, *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2017, dossier 6.

*d'autorité décentralisée de l'État, c'est en toute logique que le caractère d'acte d'état civil semble devoir s'imposer et supplanter la nature purement contractuelle du Pacs*⁴¹².

En outre, les partenaires *“s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques”*⁴¹³, de sorte que le législateur du Code civil semble clairement dire que le PACS ne consacre plus une seule vision patrimoniale du couple, mais que ce dernier revêt également une dimension personnelle et affective, concernant l'état des personnes, à l'instar du mariage.

Cet état de fait implique la cohabitation⁴¹⁴, subordonnée à une déclaration conjointe de *“résidence commune”*⁴¹⁵ et à l'existence d'une vie de couple⁴¹⁶ et un rapprochement encore plus évident du statut des partenaires à celui des époux en reprenant les règles relatives à la répartition des charges du mariage (art. 214 du Code civil) en précisant que la convention doit fixer les modalités de mise en œuvre de cette aide.

En fait, l'art. 514 – 4 du Code civil précise que *« si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives »*⁴¹⁷.

La règle fixée par cet article de loi, qui présente une formulation identique à celle de l'art. 214 du Code civil en matière de mariage, montre que les modalités d'organisation du ménage peuvent avoir un caractère

⁴¹² V. POURE, *art. précité*, p.1.

⁴¹³ Art. 515- 4 du Code civil français.

⁴¹⁴ Il est intéressant de noter ce qui a été affirmé par un auteur: *L'absence de cohabitation révèle bien souvent le caractère fictif du mariage; il en va de même pour le PACS*. H. FULCHIRON, *Le nouveau PACS est arrivé*, Issu de Defrénois - n°21 - page 1621, Date de parution : 15/11/2006, Id : AD2006DEF1621N1 , Réf : Defrénois 15 nov. 2006, n° AD2006DEF1621N1, p. 1621.

⁴¹⁵ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, consid. 26: *la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple ; art. 515 – 3 du Code civil : Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle elles fixent leur résidence commune*, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419DC.htm>

⁴¹⁶ N° 99-419, DC, considérant n° 26. Cette prévision exclut qu'il est possible de conclure un pacs entre amis, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel, du fait de l'article 515-2 et des interdits à pacs qui évoquent clairement une vie de couple : *la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes (...) la vie commune mentionnée dans la loi suppose, outre une résidence commune, une vie de couple* ».

⁴¹⁷ On constate l'alignement sur le modèle du mariage, où les conjoint sont en plus solidairement tenus dans tous les actes de la vie courante (art. 220 du Code civil français), tandis que les pacsés/pacsées sont mutuellement responsables à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante (art. 515 – 4, al. 1, Code civil). Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives, ce qui est exclu pour le mariage aussi.

contractuel, car les pacsés/pacsées peuvent décider comment gérer, par exemple, la répartition des tâches ménagères, l'ouverture d'un compte joint approvisionné à proportion des revenus de chacun, etc⁴¹⁸.

La solidarité entre les partenaires ne se limite pas toutefois à la seule sphère pécuniaire, mais, comme pour le mariage, l'introduction d'un devoir d'assistance morale met en évidence la dimension morale du pacs, ce qui confirme la dimension extrapatrimoniale du Pacs, qui lui manquait véritablement⁴¹⁹.

De plus, l'assimilation au mariage est encore plus évidente puisque le couple pacsé se doit assistance psychologique réciproque.

Toutefois, la Commission des lois du Sénat, dans un rapport relatif à l'ouverture de l'adoption aux concubins pacsés⁴²⁰, a affirmé que « le mariage et le Pacs n'apportent pas le même degré de protection juridique aux membres de la famille » car « le Pacs est un contrat essentiellement patrimonial, sans destination familiale spécifique, à la différence du mariage qui est tout construit autour du projet familial ».

Cette analyse a été validée par le Conseil constitutionnel qui a affirmé, au sujet de l'article 515-3-1 du Code civil, qu'« il ressort des travaux préparatoires qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a seulement entendu assurer la publicité du pacte civil de solidarité à l'égard des tiers ; que, par suite, ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte civil de solidarité sa nature contractuelle »⁴²¹.

En réalité, ces affirmations ne sont plus acceptables de nos jours, à la lumière du fait que le Pacs présente une structure complexe, de plus en plus

⁸ Partie 5 O à QP Etude 535 Pacte civil de solidarité (PACS)Section II Effets du partenariat civil§ 1 Domaine civil. A – Droits et obligations des partenaires535-65 Obligation solidaire pour certaines dettes, Mis à jour 05/2019, Le Lamy patrimoine.

⁴¹⁹ F. GRANET-LAMBRECHTS Art. 515-1 à 515-7-1 - Fasc. unique : *Le pacte civil de solidarité, Juris Classeur Civil Code > Art. 515-1 à 515-7-1*. Date du fascicule : 1er Décembre 2017, Date de la dernière mise à jour : 1er Décembre 2017.

⁴²⁰ Doc. Sénat n° 334, 24 févr. 2010, rapp. fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi autorisant l'adoption par les partenaires liés par un pacte civil de solidarité, in https://www.senat.fr/rap/I09-334/I09-334_mono.html.

⁴²¹ Décision de la Cour constitutionnelle n° 2015-9 LOM du 21 octobre 2015, Pacte civil de solidarité et Polynésie française, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/20159LOM.htm>.

similaire (mais pas identique⁴²²) au mariage : le système des droits et des devoirs réciproques est évidemment « bâti » sur le modèle de la solidarité maritale, d'où il découle un cadre juridique qui montre clairement l'assouplissement des différences entre les deux statuts.

B- La nature juridique de l'union civile.

A la différence du droit français, le droit italien ne définit pas l'union civile dans les mêmes termes, car il établit simplement que « la loi institue l'union civile⁴²³ entre personnes de même sexe comme une formation sociale protégée selon les articles 2 et 3 de la Constitution » (art. 1, al. 1 loi 70 du 20.5.2016, dit Cirinnà).

De ce fait, on constate l'existence d'une union entre deux individus qui semble à première vue différente du mariage, considéré encore de nos jours comme le seul acte juridique à même de fonder une famille⁴²⁴, comme la Constitution l'affirme à l'art. 29 : « la famille est la société (c'est-à-dire le regroupement des personnes) naturelle fondée sur le mariage »)⁴²⁵.

De cette qualification, il découlerait que la famille serait le seul groupe titulaire de droits originaux (car le législateur n'« institue » pas la famille) de la sorte que son rôle est préexistant au droit positif, mais à condition qu'elle soit organisée par mariage.

⁴²² Civ.1° 28 févr.2018, n° 17-10.816 qui montre bien qu'il n'y a pas de lien d'alliance créé par un pacs. D.2018, 994, note Sadi, D.2018, 1104, obs. Lemouland et Vigneau, AJ fam.2018, 238, obs. Levillain, JCP N 2018, n° 1888, note Beignier.

⁴²³ Il s'agit d'une expression qui a un caractère « burocratico », comme le définit une doctrine qui souligne que dire « union civile » est autre chose que dire « union conjugale ». Aa.Vv., *Codice delle unioni civili e delle convivenze*, M. SESTA, *Commento all'art. 1*, Giuffrè, 2017, p. 174.

⁴²⁴ Cette thèse est partagée surtout par M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, p.886 et par G. DE CRISTOFARO, *Le unioni civili tra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1° – 34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 116 ss., qui affirme que la référence à la notion de vie familiale faite par le législateur de la loi Cirinnà serait simplement un oubli.

⁴²⁵ Encore de nos jours, le mariage concerne deux individus de sexe différent. Sur ce point, la décision de la Cour const. citée par G. Dosi, **LA NUOVA DISCIPLINA DELLE UNIONI CIVILI E DELLE CONVIVENZE**, COMMENTO ALLA LEGGE 20 MAGGIO 2016, N. 76, AL D.P.C.M. 23 LUGLIO 2016, N. 144, E AL D.M. 28 LUGLIO 2016, Milano, 2016, p. 9.

Dans le cas contraire il semblerait ne pas avoir de famille, car il n'y a pas de mariage.

Cette affirmation est donc à même d'exclure l'union civile des familles, ce que démontre le fait qu'on a eu recours à une loi spéciale⁴²⁶, et non à une modification de la Constitution ou du Code civil, à la différence du droit français avec l'introduction des articles 515 -1 ss. du Code civil.

Il s'agirait, de ce fait, d'une « simple » formation sociale, qui fonde une communauté de vie qui permet le plein développement de la personnalité humaine, comme l'a indiqué la Cour constitutionnelle⁴²⁷.

En fait, cette juridiction a affirmé que les couples homosexuels⁴²⁸ pouvaient vivre librement leur vie de couple, et qu'ainsi, ils sont titulaires de droits et de devoirs réciproques entre eux.

Il faut remarquer que cette décision concerne les couples homosexuels, non mariés, mais le principe posé en matière d'obligations réciproques de droits et devoirs semble renvoyer clairement aux obligations réciproques du couple marié.

Toutefois, la Cour EDH a affirmé que, même quand le couple est composé par deux personnes homosexuelles, il était question d'une vie de famille⁴²⁹.

Il apparaît, de ce fait, que la famille non conjugale aussi est destinataire d'une protection précise, et son statut est « bâti » en vertu de ce qui est prévu en matière de mariage⁴³⁰, car l'al. 20 de l'art. 1 de la loi Cirinnà établit que la protection des droits et des devoirs découlant de l'union civile est

⁴²⁶ G. Ferrando, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in www.genius.it, Vol. 2/2016, p. 11.

⁴²⁷ Cour const. italienne, décision n. 138/2010, in www.consultaonline.it.

⁴²⁸ Il s'agit d'un empêchement dirimant, car son absence entraîne la nullité de l'union civile. L. Pascucci, commento art. 1 comma 2, in AA.Vv., *Codice delle unioni civili e delle convivenze*, Giuffrè, 2017, p. 193. De la même façon, il faut tenir en compte qu'il faut que les parties de l'union civile soient majeures d'âge : aucune exception n'est prévue à l'instar de ce qu'il est établi à l'art. 84, al. 2, du Code civil, où on peut autoriser le mariage pour les mineurs en cas de grossesse de la femme qui n'a pas encore 18 ans.

⁴²⁹ Cour Edh, décision *Schalk contre Autriche*, 24.6.2010, in www.dalloz.fr. La Cour de Strasbourg a affirmé pour la première fois que la cohabitation de deux personnes de même sexe entraînant une relation stable est constitutive d'une « vie familiale », conformément au sens de la notion autonome de « famille » et à celle de « vie familiale ». Un Auteur affirme que la famille homosexuelle indique les couples d'individus qui veulent bénéficier des liens familiaux et accéder à la parenté. C. NEIRINCK, *Une famille homosexuelle, Mariage – conjugalité*, ouvrage citée, p. 143.

⁴³⁰ L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in Giustiziacivile.com, 20 aprile 2016, p. 4.

accordée sur la base du cadre juridique qui fait référence au mariage (clause d'équivalence).

De ce fait, ce renvoi constitue l'affirmation de ce que le mariage perd de jour en jour sa singularité, car on a créé un statut qui est à même d'accorder aux unis civils une protection effectivement très large.

Ce rapprochement est visible car, à la différence du droit français, en Italie, le couple peut aussi choisir un nom commun au moyen d'une déclaration à l'officier de l'état civil (al. 10 de l'art. 1 de la Loi Cirinnà)⁴³¹ : on n'a pas de traces dans la législation italienne de formations sociales où on peut choisir un nom commun, comme l'al. 11 de l'art. 1 l. 70/2016 l'établit, s'agissant d'une prévision qui est en fait contenue dans le Code civil en matière du mariage à l'art. 143.

De plus, l'obligation réciproque d'assistance mutuelle économique et aussi morale confirme que certains caractères de l'alliance maritale ne sont plus exclusifs de cette dernière, car ils sont aussi présents dans l'union civile.

Certes, il ne s'agit pas un mariage traditionnel, mais si on étudie la loi Cirinnà, on constate qu'il y a encore beaucoup de rapprochements avec ce dernier, comme la modification de l'état civil.

Les parties à l'union civile italienne ne demeurent pas célibataires, à l'instar des couples pacsés français⁴³², car la conclusion d'une union civile produit une modification de l'état civil des parties, qui apparaissent « unies civilement » (art. articles 70 bis, ter et ss., D. lgs. 5/2017).

De plus, la cérémonie se déroule en présence de deux témoins, comme l'art. 107 du Code civil l'établit en matière de mariage, et de l'officier de l'état civil, devant lequel les parties manifestent leur consentement.

Même si ce dernier ne prononce aucune formule solennelle, à l'instar de ce qu'il fait pendant la célébration du mariage civil, sa présence nécessaire constitue la « *longa manus* » de l'Etat, qui surveille l'absence d'obstacles à la formation de cette union qui, comme le mariage, n'est pas laissée à la gestion exclusive des partenaires.

⁴³¹ R. GELLI, *Il cognome nelle unioni civili: la Consulta avalla il ripensamento del legislatore*, *Famiglia e Diritto* n. 6/2019, p. 561 ss.

⁴³² Cour De Cassation, 1^{ère} Sect., 28.2.2018 n. 17-10-876, in *Droit de la famille*, sous la direction de P. MURAT, Dalloz, 2020- 2021, p. 554.

Donc, une présence qui représente le point d'équilibre entre le droit privé et public, c'est-à-dire entre le choix des parties de s'unir par union civile et la nécessité d'encadrer ces choix dans les limites posées par l'ordre public. En fait, il faut souligner que l'al. 5 de l'art. 1 de la loi Cirinnà prévoit de façon expresse certains empêchements à sa constitution, qui sont les mêmes que ceux établis en matière de mariage (artt. 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 129 bis c.c.), et dont la violation est cause d'invalidité de l'union. Ces interdictions relèvent de la protection de l'ordre public, toutefois partielle, car il faut noter que la réglementation de l'union civile ne prévoit pas une publication préalable du projet de constitution⁴³³, ni une procédure d'opposition, en vue de protéger les intérêts généraux de la collectivité⁴³⁴ : il est seulement nécessaire de communiquer ce projet à l'officier de l'état civil, chargé de la vérification de l'existence de tous critères de constitution de l'union civile, comme indiqué par la loi Cirinnà (art. 1, al. 4) et par le D. lgs. 5/2017 (art. 70 bis, al. 2).

Paragraphe 2. La réglementation en matière de filiation des enfants nés de ces unions, dans les deux systèmes juridiques.

Les deux législations ne comportent aucune disposition sur la filiation des enfants nés de parents Pacsés ou unis civilement.

En réalité, ce silence ne constitue pas la réponse aux problèmes qui peuvent se manifester dans les couples non mariés, surtout en France, où le Pacs hétérosexuel est admis et où rien n'interdit au couple de procréer par voie naturelle.

Pourquoi ne pas permettre le recours au droit de la filiation applicable aux enfants de couples mariés et donc à la présomption de paternité (art. 312

⁴³³ G. Dosi, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze, commento alla legge 20 maggio 2016, n. 76, al d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144, e al d.m. 28 luglio 2016*, Giuffrè, 2016, p. 30.

⁴³⁴ Il faut remarquer qu'il n'est pas prévu une promesse d'un contrat d'union civile, à la différence de ce qu'il est établi en matière de mariage : la liberté totale fonde ce lien, de sorte qu'aucune réparation n'est prévue pour le cas d'obligations accomplies en exécution de la promesse.

à 315), alors que de nos jours la loi du Code civil impose l'enregistrement de la déclaration rendue devant l'officier de l'état civil, parce qu'il procède aux formalités d'enregistrement ?

Cependant, pourquoi aucune disposition n'est prévue pour réglementer cet aspect pour les enfants des couples pacsés hétérosexuels et homosexuels en France et en Italie ?

Cette exclusion peut s'expliquer, peut-être, à la lumière du fait que la filiation est encore considérée comme strictement liée au mariage, ce qui est particulièrement visible dans le droit français et italien, où, les articles 343 et 346 du Code civil et la loi 184/1983, (art. 6), réglant l'adoption, subordonnent cette dernière à l'existence du mariage des aspirants à l'adoption. Le pacs et l'union civile sont uniquement considérés comme des moyens visant à organiser la vie de couple entre deux personnes physiques. Toutefois, cette limitation n'est plus acceptable : la Cour EDH⁴³⁵ a, en fait, depuis 2010 admis que les couples non mariés sont titulaires du droit à la « vie familiale », ce qui entraîne la possibilité d'élever et éduquer leur progéniture.

De ce fait, on essaiera de réfléchir sur les fondements du refus à l'adoption pour les couples non mariés et l'existence d'éléments qui peuvent faire évoluer le cadre juridique à ce sujet en France (A) et en Italie (B).

A – Les fondements du refus à l'adoption pour les couples non mariés et l'existence d'éléments qui peuvent faire évoluer le cadre juridique à ce sujet en France.

Le Code civil français n'établit aucune présomption de paternité au regard des enfants nés pendant le Pacs conclu par un couple hétérosexuel, de sorte que ce lien serait sans effet à l'égard de la filiation et de l'autorité parentale

⁴³⁵ Cour EDH, Décision Schalk c. Autriche, *cité*.

⁴³⁶ : « *c'est pourquoi le rédacteur doit bien se garder, à notre sens, d'insérer la moindre clause dans le pacte relative à ces questions* »⁴³⁷.

De ce fait, il semble que ce moyen d'union para conjugale s'éloigne de l'institution familiale et qu'il demeure exclusivement un lien de couple, n'étant pas destiné à fonder un lien de filiation, de sorte que cet élément représenterait le premier moyen de disjonction entre le couple et la famille. L'explication vient peut-être de ce que les enfants nés hors mariage ont été toujours considérés comme nés dans un foyer instable⁴³⁸, de sorte que dans ces cas le lien de filiation peut s'établir au regard des parents considérés simplement comme deux personnes donnant la vie en dehors d'un lien juridiquement établi entre eux : rien n'exclut de penser que cette considération pourrait donner un fondement à la distinction entre le mariage et le pacs en matière de filiation.

Toutefois, cette affirmation n'est plus d'actualité.

En fait, en 1999, les modalités de constitution et dissolution du pacs n'étaient pas assistées par des garanties à l'instar de celles établies en matière de mariage, le législateur voulant marquer la différence entre les deux types de couple, en opposant la solennité du mariage avec le régime du pacs, qui était dépourvu de tout formalisme et ne demandait aucune intervention de l'autorité publique.

En fait, la loi visait tout simplement à donner un cadre juridique au concubinage des personnes de même sexe ; et cela fut ouvert également aux concubins hétérosexuels dont la société avait reconnu qu'ils étaient nombreux. L'explication, en France, est à replacer dans le contexte historique. La loi sur le Pacs date de 1999. A cette époque cela fut une vraie révolution précédée de manifestations hostiles. La seule manière de faire

⁴³⁶ Un Auteur affirme : *Le PACS ne contient pas de dispositions concernant les enfants et le Conseil constitutionnel a, à juste titre, dans sa décision, constaté que « la loi est sans incidence sur les autres titres du livre I^{er} du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble des dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée »*. Un enfant issu de partenaires pacsés est un enfant né hors mariage. H. Bosse-Platière, *Nature juridique et évolution du PACS, Chapitre 151, Dalloz action Droit de la famille*, 2020-2021.

⁴³⁷ S. THOURET, *Le pacs : techniques de rédaction et esquisse de contrat*, Petites affiches - n°50 - Date de parution : 10/03/2000, Id : PA200005001 , Réf : LPA 10 mars 2000, n° PA200005001, p. 4.

⁴³⁸ H. FULCHIRON, Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance?, *Revue internationale de droit comparé*, 2010, Volume 62, Numéro 2, p. 254. L'Auteur affirme que le mariage n'est plus le cadre socialement reconnu de la procréation.

passer la loi fut de présenter cette législation comme destinée à donner un cadre juridique au concubinage des personnes de même sexe ; et cela fut ouvert également aux concubins hétérosexuels dont la société avait reconnu qu'ils pouvaient le souhaiter.

Ce raisonnement n'est plus justifié aujourd'hui, si on considère que l'enregistrement du pacs au sein de l'état civil et sa mention à côté de l'acte de naissance⁴³⁹, ainsi que la déjudiciarisation partielle du divorce, ont donné au mariage et au pacs une physionomie juridique différente de celle antérieure : le pacs « subit » une institutionnalisation au stade de son enregistrement, le mariage perd son caractère institutionnel au stade de sa dissolution.

Pour cette raison, il ne paraît plus souhaitable de maintenir cette inégalité juridique, due à l'exclusion de la présomption de paternité pour les enfants nés pendant le pacs hétérosexuel de leurs parents.

En fait, l'existence d'un lien para conjugal ne constitue pas une justification à la suppression de la présomption de paternité des enfants des pacsés hétérosexuels : les enfants conçus et nés pendant le pacs de leurs parents font en tous cas partie d'un foyer stable, à l'instar de celui marital, de sorte qu'il faudra bien effacer cette différence, alors que les enfants sont tous égaux à l'égard de la loi, indépendamment de la nature du lien entre leurs parents.

Un formalisme plus assoupli que celui demandé pour le mariage ne traduit pas une volonté de ne pas prendre en compte les obligations de la vie de couple, y compris celles des enfants. Et il n'est évidemment pas exclu qu'un couple pacsé hétérosexuel puisse procréer.

L'article 515-4 du Code civil affirme que les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ce qui n'exclut pas que cette notion donne lieu à une attention aux enfants communs.

En fait insister sur cette distinction va contre l'esprit des temps.

⁴³⁹ L'article 515-3 du code civil établit que : *l'officier de l'état civil enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité.*

Les principes d'autonomie et d'exaltation de la volonté individuelle entraînent une profonde modification des relations de couple, mais la base de l'inspiration semble être toujours constituée par le mariage.

De ce fait, le statut du pacs va se rapprocher de celui marital, comme le démontre l'évolution apportée par la loi du 2006 qui énonce explicitement l'existence d'une obligation d'assistance, qu'on pouvait toutefois déjà prévoir avec l'utilisation du terme « solidarité » prévu dans la définition de Pacs, ce qui confirme qu'un lien stable est en tous cas envisageable entre les parties.

En fait, comme le considérant 28 de la décision du 15.11.1999 l'a prévu : « si les dispositions de l'article 515-5 du code civil instituant des présomptions d'indivision pour les biens acquis par les partenaires du pacte civil de solidarité pourront, aux termes mêmes de la loi, être écartées par la volonté des partenaires, les autres dispositions introduites par l'article 1er de la loi déferée revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger ; que tel est le cas de la condition relative à la vie commune, de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires doivent s'apporter, ainsi que des conditions de cessation du pacte »⁴⁴⁰.

Si le régime entre les partenaires est à cet égard caractérisé par l'impérativité, ce qui était autrefois réservé exclusivement au mariage, il est possible, voire nécessaire, d'égaliser le statut des enfants, au moins dans les couples pacsés hétérosexuels et donc d'introduire au niveau législatif la présomption de paternité, qui demeure encore de nos jours exclue, et impose de regarder les partenaires comme des parents naturels à l'égard de leur progéniture commune.

Or, la relation parent-enfant n'est pas en fait exclusivement liée à l'organisation matrimoniale, de sorte qu'on doit dépasser le régime en vigueur qui prévoit que la filiation au cours du pacs est établie selon les modalités ordinaires, c'est-à-dire par reconnaissance, possession d'état, action en recherche de paternité.

⁴⁴⁰ **Décision Conseil constitutionnel n° 99-419 DC du 9 novembre 1999.**

Dans cette direction, on peut souligner le texte de l'alinéa 2 de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, qui en matière de P.M.A. précise que « *Cet accès [à la p.m.a.] ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs* ». Les dispositions de l'article L. 2141-3 du Code de la santé publique sont, en outre, également modifiées pour tenir compte de cet élargissement aux couples de femmes et aux femmes célibataires.

B – Les fondements du refus à l'adoption pour les couples non mariés et l'existence d'éléments qui peuvent faire évoluer le cadre juridique à ce sujet en Italie.

Les unions civiles étant ouvertes aux seuls couples du même sexe, la question de la présomption de paternité dans le droit italien ne fait guère de doutes.

La loi Cirinnà ne peut pas donc faire logiquement référence aux dispositions du Code civil en la matière, c'est-à-dire à celles qui établissent que le mari est le père de l'enfant conçu ou né pendant le mariage (qui demeure un lien hétérosexuel), et qu'il faut tenir pour conçu pendant le mariage l'enfant né moins de 300 jours après l'annulation ou le divorce (artt. 230 et 231 du Code civil).

Pour cette raison, à la lumière de ce cadre juridique, il n'est pas possible de présumer que les enfants nés pendant l'union civiles sont des enfants communs, car l'égalité de sexe entre les partenaires l'exclut et aucune prévision de la Loi Cirinnà ne régit la « stepchild adoption »⁴⁴¹, c'est-à-dire la possibilité d'adopter le fils de l'autre partie de l'union civile, de ce fait s'agissant d'une forme d'adoption produisant des effets limités par rapport à l'adoption ordinaire⁴⁴², car elle ne donne pas lieu au statut filiationis correspondant à celui découlant de la filiation biologique.

⁴⁴¹ Dans le projet de la loi Cirinnà, l'art. 5 prévoyait cette forme d'adoption, qui visait à réglementer cette adoption à l'instar de celle établie pour les conjoints en cas particuliers, comme l'art. 44, al. 1, lett. b), L. 4.5.1983 n. 184 la réglemente.

⁴⁴² La demande d'adoption dans le droit italien est admise seulement par un couple marié (art. 6, al. 1, l. 4.5.1983, n. 184) et les techniques de P.M.A. sont ouvertes seulement à ces couples ou aux concubins majeurs

En fait, à la lumière de l'art. 1, al. 20, toutes les prévisions concernant le mariage s'appliquent à l'union civile, sauf celles qui ne font pas l'objet d'un rappel express, y compris les dispositions en matière de filiation et d'adoption.

Cependant, le problème de la filiation ne reste pas étranger à la matière des unions civiles, comme le démontre la jurisprudence à cet égard, car au silence du législateur s'opposent les interventions des Juges, ce qui confirme que le mariage ne peut pas être considérée comme le seul mode de conjugalité donnant lieu à une famille, comme en plus la Constitution le prévoit qui prévoit à l'article 30 qu'il faut élever et éduquer les enfants aussi si nés en dehors du mariage.

En outre, les couples unis civilement ont souvent recours aux techniques de P.M.A à l'étranger, où ce droit leur est reconnu, et, rentrés en Italie, ils demandent la reconnaissance du lien de parenté avec leur uni civilement.

A ce sujet, en 2014⁴⁴³, le Tribunal de Rome a essayé de dépasser le vide législatif en la matière en faisant application de l'art. 44 lett. d), de la loi sur l'adoption n. 184/1983, en prévoyant l'adoption en cas particuliers, caractérisée par l'impossibilité d'« affido preadottivo », car aucun abandon n'étant envisageable le mineur vivant avec son parent.

En particulier, cette dernière est une forme d'adoption qui n'est pas constitutive du statut de fils légitime du couple et qui n'instaure aucun lien de parenté entre l'adopté et la famille de l'adoptant, s'agissant de faire application dans ce domaine de la disposition juridique protégeant le droit

d'âge et de sexe différent (art. 5, l. 19.2.2004 n. 40), ce qui a été confirmé par la Cour constitutionnelle dans une décision où on a exclu le droit de visite de la mère séparée aux enfant nés à l'étranger par P.M.A. (Cour constitutionnelle 32/2021, in www.consultaonline.it). Cette prise de position est liée au fait qu'encore de nos jours en Italie le projet parental est strictement lié à la présence d'un couple hétérosexuel. Il est en fait subordonné à la présence biologique et juridique d'un père et d'une mère. Pour une réflexion à cet égard, M. C. VENUTI, *La genitorialità nella coppia omoaffettiva*, in U. Salanitro, *Quale diritto di famiglia*, cit., p. 296 et ss.

⁴⁴³ Tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014, in www.articolo29.it. Deux mères demandaient la reconnaissance de la maternité de la « mère sociale », non celle biologique qui a été reconnue par l'Etat italienne comme la seule mère de la mineure. Le Tribunal accomplit un examen détaillé de la question et vérifie que la petite était née dans le cadre d'un projet parentale commun, ce qui avait déterminé que la mineure appelait toutes les deux femmes comme « maman ».

du mineur à la continuité des relations familiales⁴⁴⁴, ce qui n'est pas exclusif du mariage, car il concerne tout simplement les enfants et leurs parents.

Cette décision se fondait sur la thèse de l'assimilation des cas de « parenté sociale » du conjoint avec ceux du non marié, afin de protéger toutes relations affectives de nature stable instaurées avec le mineur et caractérisées par l'assistance et l'accomplissement de tous devoirs requis aux parents, sans tenir en compte le lien les unissant.

En fait, les Juges romains affirmaient que le mariage n'était pas le moyen qui assurait dans tous les cas la protection du mineur, au regard de la multiplication des séparations et des divorces et de la diffusion des unions para conjugales.

Déjà en 2014 les Juges ont essayé de dépasser la rigidité du lien strict mariage- parenté, excluant que l'homosexualité puisse constituer un obstacle à l'établissement et à la gestion de la filiation⁴⁴⁵. L'homosexualité n'empêche pas, en fait, d'être un bon parent. Certes, mais cela est tout autre chose que créer un lien de filiation.

Successivement, en 2015, un autre Tribunal italien⁴⁴⁶ a admis la transcription de l'adoption d'une mineure au sein d'un couple du même sexe, donc non mariés, prononcée en Espagne.

Cette décision réalisait un avancement dans la problématique de l'admission de l'adoption au profit des couples non mariés et homosexuels,

⁴⁴⁴ Sur ce point, Trib. Palermo, decreto 13.4.2015, qui reconnaît le droit du mineur à continuer à avoir des contacts avec son « genitore sociale » dans le cas où est cessée la relation homosexuelle entre ce dernier et le parent avec lequel il cohabite, in www.personaedanno.it.

⁴⁴⁵ *CedH Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 dicembre 1999, *Requête n° 33290/96*, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*; Cass. civ., sez. I, 11 janvier 2013, n. 601; Trib. Genova, 30 octobre 2013, in <http://www.articolo29.it>; Trib. Nicosia, ord. 14 décembre 2010, in www.minoriefamiglia.it; Trib. Firenze, ord. 30 avril 2009, in <http://www.articolo29.it>; Trib. Bologna, decr. 15 juillet 2008, in *Giur. it.*, 2009, 1164; Trib. Napoli, 28 juin 2006, in *Giur merito*, 2007, 172, confirmée par Court d'App. Napoli, 11 avril 2007, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 234 e da Cass. civ., sez. I., 18 juin 2008, n.16593; (Trib. min. Palermo, 9 décembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 1132).

[11] CEDH, *E. B. c. France*, 22 janvier 2008, *Requête n° 55374/13*, in www.dalloz.fr.

⁴⁴⁶ Court Appello Milano, sez. Persone, Minori, Famiglia, 16 ottobre 2015. La Cour d'appel affirme qu'il n'est pas possible de transcrire le mariage des deux mères, en plus divorcées au moment de l'examen de la situation par le Tribunal, mais à la lumière du texte de l'art. 28 D.P.R. 396/2000, on peut reconnaître en Italie l'adoption accomplie par les deux femmes en Espagne. Cette décision est fondée sur les articles 65 et 66 de la loi 218/1995, en matière de droit international privé, selon lesquels les décisions en matière de statuts familiaux produisent d'effets automatiques dans le système juridique italien.

car les Juges confirmaient la possibilité de créer un lien parental identique à celui établi dans les familles hétérosexuelles mariées.

Le tribunal ne constatait pas en fait de violations à l'ordre public, principe fondant le système juridique, et de plus, se fondant sur les règles de droit international privé, la décision espagnole a été reconnue de plano, c'est-à-dire sans qu'aucune décision ultérieure ni intervention de la part des Juges italiens.

De ce fait, il est clair qu'une nouvelle conscience juridique va s'affirmer dans le contexte juridique italien, à la lumière de l'intérêt supérieur du mineur, pour le maintien de relations stables avec ses proches, et cela y compris en dehors du statut marital.

Dans ce sillage, récemment la Cour de Cassation a affirmé que c'est conforme au principe de l'ordre public international la décision du Juge étranger qui reconnaît le statut parental au couple de deux hommes qui avaient adopté un mineur⁴⁴⁷.

Cette nouvelle réalité juridique doit tenir compte de la spécificité de cette parenté, car le lien génétique est rapporté seulement à l'un des parents, non à tous les deux.

Toutefois, la réglementation d'un droit à la filiation dans les couples de même sexe est fortement souhaitable⁴⁴⁸, en cohérence avec ce qu'affirme la Cour constitutionnelle italienne pour garantir la jouissance de la vie de couple de même sexe⁴⁴⁹.

Même si la Cour dit toutefois « trop peu »⁴⁵⁰, le droit à vivre la condition de couple des homosexuels, c'est à dire leur droit à la vie familiale, peut en fait s'étendre jusqu'à comprendre le droit à la filiation, considéré comme un désir légitime et protégé à la lumière du principe d'égalité, qui ne peut plus

⁴⁴⁷ Cassation civile, décision n. 9006, 12 janvier 2021.

⁴⁴⁸ La renonciation au projet parental de deux homosexuels implique une lésion à la dignité, à la santé et à la liberté personnelle. Sur ce point, encore une fois, M. C. VENUTI, *ouvrage citée*, p. 307. Il faut accepter que la parenté puisse être le résultat d'une négociation parmi les individus qui achètent/vendent leur gamètes, comme le dit A. NICOLUSSI, *Paradigmi della filiazione*, in U. SALANITRO, *Quale diritto di famiglia*, cité, p. 270.

⁴⁴⁹ Cour const., décision 138/2010 in www.consultaonline.it. Toutefois, dans cette décision la Cour constitutionnelle affirme que la différenciation des couples se trouve dans la possibilité de procréer ou non, de la sorte que cette dernière est interdite au couple homosexuel.

⁴⁵⁰ R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 4/2010, p.13..

subir de limitations en raison de la différenciation sexuelle du couple et, donc, du lien l'unissant⁴⁵¹.

Cette thèse est conforme à ce qu'une doctrine a souligné : la procréation de nos jours a un rôle limité dans le mariage hétérosexuel, car les couples mariés peuvent décider d'un commun accord de ne pas avoir d'enfants ou peuvent avoir des problèmes de santé qui les empêchent de procréer⁴⁵².

De ce fait, il est clair que dans le couple de même sexe il y aura deux liens de filiation : biologique et adoptif, ce qui ne se pose pas de problème au regard de l'ordre public, à la différence de ce qui se passe en matière d'inceste, car les deux branches coexistent de façon pacifique. Au demeurant, la loi Italienne admet l'adoption du fils du conjoint, dans la loi 183/1984.

⁴⁵¹ CEDH 24.06. 2010, Schalk et Kopf c. Autriche, qui a affirmé que l'art. 8 CEDH autorise une interprétation selon laquelle la vie des homosexuels relève comme vie privée et comme vie familiale, à l'instar de ce qu'il est établi pour les couples hétérosexuelle.

⁴⁵² F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, p. in www.associazioedeicostituzionalisti.it, 4/2010, p. 12.

Le Pacs français et l'union civile italienne représentent des modes de conjugalité originellement conçus pour organiser la vie de couple des homosexuels. Il s'agissait de donner une reconnaissance juridique à ces couples qui étaient laissés dans l'indifférence du système législatif parce qu'ils ne pouvaient pas procréer.

La loi française, qui date de 1999, a établi que le Pacs est un contrat, tandis que la loi italienne a défini l'union civile comme une formation sociale, ce qui semble privilégier la dimension humaine de cette union. En fait, l'art. 2 de la Constitution italienne affirme qu'il faut protéger l'individu dans toutes les formations sociales où il développe sa personnalité : de ce fait, l'union civile italienne est fondée sur la valorisation de la personne, qui a un rôle central, même si on ne peut pas exclure la nécessité de régler les effets patrimoniaux que la vie en commun implique.

De ce fait, les deux législateurs ont introduit une réglementation spécifique en matière d'organisation économique : comme on le verra, le législateur français a finalement choisi le régime de séparation des biens, tandis que celui italien a prévu la communauté légale, à l'instar de la discipline qui régit le mariage.

Section 2. L'organisation patrimoniale des couples pacsés ou unis civilement.

Le déroulement d'une vie en commun est logiquement lié à l'organisation patrimoniale des ressources des parties.

Comme dans le cadre d'un mariage, il faut déterminer la propriété des biens et les pouvoirs que les partenaires peuvent détenir sur leurs biens.

Le législateur français avait dans un premier temps retenu pour les biens des partenaires un régime d'indivision, ce régime ayant vocation à s'appliquer à tous les pactes conclus avant le 1^{er} janvier 2007.

Après cette date, le nouveau régime des biens des pacsés français, comme prévu par la loi du 23 juin 2006, est devenu un régime de séparation de biens, mais il est toutefois possible de choisir conventionnellement un régime d'indivision.

Dans le droit italien, le législateur a opté pour le régime opposé, celui de la communauté des biens (articles 177- 197, section III Capo VI Livre I code civil, en vertu du renvoi accompli par l'al. 13 de l'art. 1 de la Loi Cirinnà) à l'instar de ce qui se passe en matière de mariage, mais il n'est pas exclu que les couples optent pour le régime séparatiste (articles 215- 219, sur la base du renvoi accompli par l'al. 13 art. 1 à la section V capo VI Livre I code civil). Il faut, en outre, vérifier ce qu'il se passe lorsque le projet de vie en commun se dissout.

Dans cette section, on s'occupera, donc également, de la dissolution d'un PACS, qui peut intervenir soit par le décès ou le mariage de l'un des partenaires, soit par la volonté des deux partenaires ou d'un seul, soit, enfin, à la suite d'une procédure d'annulation par un tiers ayant un intérêt. Les partenaires du PACS n'ont pas l'obligation d'informer l'officier de l'état civil du décès ou du mariage de leur partenaire, mais l'article 515-7 du Code civil, prévoit que l'autorité ayant procédé à l'enregistrement du PACS est informé du décès ou du mariage de l'un des partenaires par l'officier de l'état civil du lieu du décès ou du lieu du mariage.

En droit italien, la mort ou la déclaration de mort présumée impliquent la dissolution de l'union civile. La cessation du lien peut se vérifier dans les

mêmes situations légitimant le divorce, comme indiquées à l'art. 3, numéro 1) et 2), lettres a), c) d), e) de la loi 1.12.1970 n. 898.

Pour cette raison, on analysera les différences entre les régimes patrimoniaux des parties en droit français et italien (paragraphe 1) avant de vérifier le déroulement de la procédure de dissolution du pacs et de l'union civile (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les différences entre les régimes patrimoniaux des parties en droit français et italien.

La volonté du législateur de 1999, en matière d'organisation patrimoniale du pacs, l'avait conduit à créer un régime légal qui donnait au pacte civil de solidarité une dimension communautaire bien plus importante que la communauté légale réduite aux acquêts.

L'article 515-5 du code civil prévoyait dans sa rédaction originale deux présomptions d'indivision, l'une relative aux meubles meublants, l'autre relative aux autres biens, ce qui conduisait à une cogestion difficile à mettre en œuvre.

Ces craintes ne semblent pas être perçues par la loi italienne, car elle renvoie au régime de la communauté légale, ce qui valorise mieux le projet de vie en commun pour les unis civils, comme c'est le cas en matière de mariage. En fait, même si l'art. 29 de la Const. n'a pas été modifié, de sorte qu'en adhérant à une lecture restrictive de cet article, la famille demeure celle fondée sur le mariage, on ne peut pas nier qu'une dimension familiale, typique du mariage, est présente dans les unions civiles, où les parties sont tenues de se donner assistance morale et aussi matérielle.

De ce fait, on examinera l'évolution de l'organisation patrimoniale des pacsés dans le droit français (A) et l'état de fait établi par la loi Cirinnà en Italie en la matière de l'organisation patrimoniale des unis civilement(B).

A- L'évolution de l'organisation patrimoniale des pacsés dans le droit français.

En matière patrimoniale, la loi du 15.11.1999 sur le Pacs posait une présomption d'indivision pour la moitié des biens des partenaires ([C. civ., art. 515-5](#), ancien).

Ce système était jugé contraire au sentiment de liberté qui fondait le Pacs⁴⁵³, de sorte que la [loi n° 2006-728 du 23 juin 2006](#) a modifié cette organisation des biens des partenaires en prévoyant un régime séparatiste, en disposant à l'[article 515-5 du Code civil](#) que : « *Sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié* ».

La liaison avec l'art. 1536 du code civil est évidente, car en matière de séparation des biens entre les mariés, il est établi que « *lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels* ».

De ce fait, le rapprochement avec le mariage est encore une fois évident : le régime de la séparation des biens n'est pas spécifique du pacs, car les mariés aussi peuvent décider de choisir ce système qui garde leur autonomie patrimoniale, la seule différence étant que ce qui dans le mariage constitue l'exception ou l'effet d'une réglementation expressément voulue par les époux qui refusent l'option de la communauté des biens, devient, dans le pacs, le critère d'organisation générale du régime patrimonial.

⁴⁵³ B. BEIGNIER, *Le PACS en question, Aspects civils*, in *Le PACS*, Dr. famille 1999, hors série, chron. 9, p. 35, in 176-37Pacs 1999/Pacs 2006 : deux régimes opposés, in *Le Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*

Le choix accompli par le législateur français est conforme à la prévision posée par l'art. 515- 4 du Code civil, qui établit qu'il faut assurer une aide matérielle et une assistance réciproque entre les partenaires, ce qui découle d'une vie en commun, comme pour le mariage.

Ainsi, la solidarité réciproque à laquelle les partenaires sont tenus n'est-elle pas anéantie, par le choix d'une union différente que le mariage, car ces derniers sont d'abord tenus de respecter le devoir de secours réciproque.

Le régime séparatiste qui s'instaure par le Pacs en effet, n'exclut pas un rapport de collaboration et de partage en vue de la satisfaction de besoins de l'autre partenaire, comme le déroulement de la vie en commune l'impose, mais laisse chacun propriétaire exclusif des biens acquis, ce qui n'est pas contraire au droit, car cette prévision n'affecte en aucun cas le respect des devoirs d'aide matérielle entre les pacsés.

De plus, comme l'article 515 – 5 du Code civil l'établit, il n'est pas exclu que les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive soient réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.

Compte tenu de cet état de fait, ce que le législateur français a prévu n'est pas illogique : sauvegarde de l'autonomie personnelle en ce qui concerne les biens acquis pendant le pacs, sans que cette prévision ne puisse signifier soustraction aux devoirs de la vie en commun.

B -L'état de fait établi par la loi Cirinnà en Italie en la matière de l'organisation patrimoniale des unis civilement.

L'al. 13 de l'art. 1 de la Loi Cirinnà établit que le régime patrimonial des unis civils est la communauté des biens, dont la réglementation en matière de forme, de simulation et de capacité pour la conclusion de cette « convenzione patrimoniale » se trouve aux articles 162, 163, 164 et 166 du Code civil. Est aussi prévue l'application des dispositions aux Sections II, III, IV, V et VI du Capo VI Titre VI, du premier Livre du Code civil, concernant l'organisation patrimoniale pendant le mariage.

Le législateur italien juge bon de rappeler les dispositions régissant l'organisation patrimoniale de base dans le mariage.

De ce fait, on constate un parallélisme constant entre le mariage et l'union civile, fondé sur l'existence d'un mécanisme de solidarité entre les parties à ces modes de conjugalité, qui est concrétisé par le choix du régime de la communauté.

Ce dernier se présente ainsi comme le reflet de ce qu'est un lien, comme la loi Cirinnà l'établit à l'alinéa 11 quand elle affirme que les unis civils sont égaux en droits et en devoirs, à l'instar des mariés ; qu'ils sont en outre tenus à l'assistance réciproque morale et matérielle, de sorte que ce cadre peut être complété par l'établissement de la communauté des biens, comme modèle qui permet de partager la richesse accumulée pendant le *consortium vitae*.

Toutefois, il n'est pas exclu que les unis optent pour le régime séparatiste, qui est la règle dans le droit français du pacs.

Les parties restent chacune titulaire des biens acquis ; mais l'adhésion à un régime séparatiste n'équivaut pas à la négation de la solidarité, car le devoir d'assistance ne fait pas l'objet d'une dérogation s'agissant des unions civiles italiennes, et il en est de même en droit français.

En fait, on ne peut pas reconnaître comme fondée la doctrine qui affirme que le lien en objet donne vie à une union qui oblige seulement à la cohabitation et à une assistance réciproque de nature générique : cette affirmation est niée par la prévision de l'al. 11 de l'art. 1, qui présente une disposition identique à celle contenue à l'art. 143 du Code civil en matière de mariage, où il est établi que les conjoints sont obligés de contribuer à la satisfaction des besoins de la famille compte tenu des ressources et du travail personnel de chacun.

Le droit italien reconnaît donc aux couples la liberté de choisir le régime le plus apte à satisfaire leurs exigences de vie en commun : communauté, ce qui impose que les achats accomplis pendant l'union ensemble ou séparément tombent dans la masse commune, ou séparation, ce qui en revanche sauvegarde la propriété personnelle pour les opérations économiques accomplies au moyen de ressources de chacun.

Toutefois, l'indication de la communauté comme régime basique de l'union civile constitue, peut-être, une preuve de la manière dont le législateur italien pense le couple: une relation qui est « bâtie » ensemble, par des personnes qui partagent le même toit et ont un projet de vie commun ; ce qui encore une fois montre la perte de singularité du mariage.

Paragraphe 2. Le déroulement de la procédure de dissolution du pacs et de l'union civile.

Le pacs et l'union civile peuvent cesser parce que les parties décident de mettre fin au lien les unissant.

Dans le droit français, il est établi que le Pacs peut prendre fin par décès, consentement unilatéral ou mutuel des parties, comme dans le cas qui détermine la cessation du mariage, et mariage : un renseignement à l'officier de l'état civil du lieu de l'enregistrement est nécessaire, mais aucune formalité ultérieure n'est requise.

Au niveau patrimonial, comme pour le mariage, chaque partenaire reprend ses biens personnels, alors que les biens indivis sont partagés entre les partenaires, qui procèdent eux-mêmes à la liquidation de leurs droits et obligations (C. civ., [art. 515-7](#), al. 10).

Ce n'est qu'à défaut d'accord des partenaires sur la liquidation de leurs droits et obligations que le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture.

Dans le droit italien, l'union civile se dissout⁴⁵⁴ pour les mêmes causes qu'en droit français, c'est-à-dire décès, déclaration de mort présumée, décision unilatérale ou conjointe des partenaires de mettre fin à l'union auparavant conclue. Il est intéressant de noter qu'« à la lumière du fait que l'union civile implique la constitution d'un statut familial, à l'instar de celui matrimonial,

⁴⁵⁴ I. SPEZIALE, *Lo scioglimento dell'unione civile nel confronto con la crisi del matrimonio*, in *Corriere giuridico*, 11/2021, p. 1362 ss.

de même, sa dissolution a des effets sur ce statut, comme cela se passe en matière de mariage avec celui de conjoint »⁴⁵⁵.

Quant à la matière patrimoniale, l'art. 1 al. 25 renvoie à l'art. 5 de la loi sur le divorce, là où elle régit *l'assegno di divorzio*. De ce fait, la rupture de l'union civile peut donner lieu à l'obligation de paiement de cette prestation, sous condition de la vérification par le Juge de l'existence d'une disparité des conditions économiques des unis civils.

De ce fait, on analysera la réglementation de la rupture sur le plan personne (A) et sur le plan patrimonial (B).

A-La réglementation de la rupture sur le plan personnel.

Le Code civil français et la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 établissent que le Pacs ou l'union civile peuvent se dissoudre par décision conjointe ou unilatérale des parties. En particulier, l'art. 515 -7 du Code civil établit aux alinéas IV et V *que les partenaires qui décident de mettre fin d'un commun accord au pacte civil de solidarité remettent ou adressent à l'officier de l'état civil du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte une déclaration conjointe à cette fin. Le partenaire qui décide de mettre fin au pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre. Une copie de cette signification est remise ou adressée à l'officier de l'état civil du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte.*

On peut remarquer qu'il s'agit de dispositions modelées à l'instar des mécanismes régissant le divorce des mariés, celui par consentement mutuel ou celui pour altération définitive du lien conjugal, car, dans ce cas, c'est l'époux demandeur qui présente une [requête](#) au JAF, tandis que pour le pacs il fait communiquer cette intention à l'autre partenaire et à *l'officier de l'état civil ou au notaire*.

⁴⁵⁵ G. BONILINI, *Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta, di una delle sue parti*, in Famiglia e Diritto, 2017, 6, p. 596.

De même, le droit italien établit à l'alinéa 24 de l'art. 1 de la loi que cette union se dissout par une manifestation – également disjointe - de volonté des unis devant l'officier de l'état civil. Cette formalité est nécessaire pour compter trois mois pour la déclaration de la cessation de l'union⁴⁵⁶.

En tous cas, l'al. 24 reproduit le cas de divorce par décision unilatérale ou conjointe des mariés, comme cela était l'intention du législateur qui avait proposé un parallélisme parfait entre les cas de dissolution du mariage et de l'union civile⁴⁵⁷.

De plus, à la différence du droit français, on constate que la procédure italienne prévoit une phase qu'on peut l'appeler de séparation, car il faut attendre ce délai de trois mois avant qu'une rupture soit prononcée. Ce cadre renvoie à la discipline de la rupture du mariage, qui perd sa suprématie dans la matière des relations de couple, car sa rigueur ne lui est plus réservée, mais s'étend à l'union civile.

Les deux systèmes juridiques présentent, donc, une procédure similaire dans les hypothèses de rupture de ce lien, car tous les deux renvoient, à l'accomplissement de la déclaration de volonté de dissolution devant l'officier de l'état civil. C'est ce qui a été décidé en Italie lors de la réforme 162/2014, qui en matière de mariage a introduit à l'art. 12 la possibilité de se séparer/divorcer en vertu d'une déclaration devant l'Officier de l'état civil, qui doit être confirmée dans les trente jours suivants.

Il y a, donc, une Autorité publique, qui est chargée de recueillir la manifestation de volonté de ceux qui, d'un commun accord ou par décision unilatérale (dans ce cas portée à la connaissance de l'autre partenaire), ne souhaitent plus poursuivre leur relation de couple. Ainsi, la dissolution n'est-elle pas laissée à la gestion libre des parties, ce qui contraste avec la définition française de Pacs, c'est-à-dire celle de contrat.

⁴⁵⁶ Une doctrine a affirmé que ce formalisme semblerait renforcer la conviction qu'il s'agirait d'une résiliation, à l'instar de ce qu'il établit dans la matière contractuelle, où on établit que pour son exercice il faut une communication à l'autre partie dans le délai fixé dans le contrat même. Sur ce point, C. Rimini, *Legge 20 maggio 2016 n. 76, Art. 1 c. 24*, in M. Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, p. 1083.

⁴⁵⁷ L'art. 6 de la proposition originaire de loi établissait que la dissolution de l'union civile était régie par les dispositions de loi dont au Titre Vi, Livre I du Code civil, à la loi 1.1.2.1970 n. 898, au Titre II du livre IV du Code de procédure civil et aux articles 6 et 12 du D.L. 12.9.2014 n. 132.

Parce que le Pacs en France est considéré comme un contrat, qui peut avoir une durée indéterminée, il est demandé aux pacsés de soumettre leur volonté de rupture à la constatation de l'officier de l'état civil et non pas de respecter un délai de préavis, à la différence de ce que la règle générale en matière de contrat prévoit à l'art. 1211 du Code civil⁴⁵⁸, ce qui leur permet de mettre fin à tout moment au lien les unissant. Sur ce point encore, le pacs se rapproche donc du statut marital et du cadre qui en découle.

Ces considérations introduisent, donc, des doutes sur la nature effectivement contractuelle du pacs, comme le Code civil le définit à l'art. 515-1.

L'art. 1113 du Code civil définit le contrat comme formé par l'acceptation manifestée de l'un à une offre de l'autre, ce qui est exclu ici, car les phases de constitution - dissolution du pacs ne sont pas fondées sur un tel mécanisme, mais sur le consentement contemporain des parties à un identique projet de vie, établi en commun.

De cette façon, la rupture devrait être logiquement encadrée lors du retrait de l'acceptation de l'offre formulée par l'autre, ce qui est paradoxal.

La simplification du formalisme juridique ne cherche pas à trouver des solutions aux problèmes concernant l'état des personnes à partir du cadre posé en matière contractuelle, les droits indisponibles restant exclus, comme ceux concernant l'état des personnes : il est nécessaire, comme pour le mariage, qu'une autorité publique soit renseignée sur la volonté des parties.

Sachant que le Pacs a une incidence sur l'état des personnes, cela impose l'intervention d'une personne qui, par son statut, est chargée de vérifier toutes situations ayant des effets sur l'état civil des personnes.

L'Autorité publique qui n'intervenait pas dans la formation- dissolution du pacs est, depuis 2016, par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 48 (V), appelée à intervenir.

⁴⁵⁸ L'Article 1211 du Code civil établit que lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter un délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.

Cette disposition assure la protection contre tous les abus qui peuvent être accomplis quand une partie, déjà liée par Pacs, essaye de conclure un autre Pacs ou de se marier. La pluralité de pacs conclus par la même personne est à éviter, même si aucune sanction pénale ne vient renforcer cet interdit, à l'instar de ce qu'il est en revanche établi en matière de mariage.

Dans la loi italienne, la déclaration de rupture de l'union civile doit être faite devant l'Officier de l'état civil.

Cette déclaration constitue une condition nécessaire, pour que dans les trois mois suivants on puisse arriver à la dissolution de l'union.

Donc, l'accomplissement d'une formalité administrative est l'antichambre de la déclaration de dissolution devant l'officier de l'état civil, le Tribunal ou par avocats au moyen de la « *negoziata assistita* », ce qui semble faire revivre pour les unions civiles l'organisation juridique de la crise matrimoniale, sous la forme de la séparation et du divorce (comme la rupture du mariage est précédée par la séparation, à laquelle peut suivre le divorce, en matière d'union civile on constate qu'il y a un mécanisme similaire, car la dissolution de l'union est subordonnée à la déclaration faite par le couple).

En fait, le divorce peut être demandé quand un délai de six mois ou d'un an est expiré après la séparation ; en matière d'union civile, le législateur italien impose que la cessation de l'union civile soit subordonnée à ce formalisme, qui trouve peut-être son fondement dans la volonté de protéger les parties de l'union pour éviter des choix mal pondérés.

La *procédure* de dissolution n'est pas laissée à la gestion des unis, car elle est subordonnée à un système de garanties fixées par le législateur, ce qui souligne l'existence et l'accomplissement d'un contrôle par l'Etat, comme pour les conjoints.

B. La réglementation de la rupture sur le plan patrimonial.

Le couple soulève aussi des questions d'argent, ce qui implique de régler les conséquences patrimoniales qui se manifestent après la dissolution du lien conjugal.

Le droit français établit que la dissolution du Pacs n'entraîne pas le versement de la prestation compensatoire prévue en matière de divorce, mais l'article 515-7 du code civil dispose que *les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.*

De ce fait, les partenaires devront trouver un accord sur les modalités de leur séparation, le partage du mobilier et des biens indivis.

Dans certains cas, l'un des partenaires prétendra être victime de la rupture et réclamera une indemnité au Juge sur le fondement de la responsabilité civile.

En dehors de ce cas, le règlement économique de la dissolution du pacs se fait sans un cadre juridique précis, car les indications de l'art. 515 -7 (alinéas 10 et 11) du Code civil sont plutôt générales : *les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.*

Comme on peut le voir, la loi française laisse la gestion économique de la rupture aux parties du pacs, ce qui auparavant était en revanche interdit aux conjoints, car c'était le Juge qui calculait combien il fallait donner à ce titre, tandis qu'aujourd'hui la prestation compensatoire, établie pour le divorce, peut faire l'objet d'une décision conjointe et partagée par les conjoints dans une convention, sans passer devant le JAF.

Comme alors les époux sont de nos jours libres de gérer la liquidation de leurs ressources au niveau économique, pour les pacsés cela est possible de

la même façon : il s'agit de la primauté de la règle du cas concret, même si en tous cas il faut comprendre jusqu'à quel point cette liberté est admise et quelle place réserve le droit français à ce point au respect des bonnes mœurs, de l'ordre public, de la protection de la personne plus faible au niveau économique.

Le droit italien se montre plus rigoureux à cet égard.

L'art. 1, al. 25 renvoie à l'art. 5, de la loi sur le divorce, y compris la disposition qui concerne le règlement patrimonial de la rupture.

Donc, même s'il s'agit d'unions civiles, la crise trouve sa définition au niveau patrimonial en vertu du renvoi à la discipline de la crise matrimoniale.

De ce fait, on constate la prévision d'un régime identique à celui matrimonial dans le cas de la rupture en Italie, qui doit faire l'objet d'une analyse structurellement complexe, impliquant un contrôle judiciaire⁴⁵⁹, comme une décision de la cour de Cassation⁴⁶⁰ l'a établi.

En fait, la vérification que le Juge doit accomplir concerne l'existence d'une disparité des conditions économiques des unis civils, qui doit être examinée à la lumière des choix faits dans le cadre du foyer constitué par les partenaires. La prestation qui sera éventuellement attribuée doit donc tenir compte du préjudice économique subi par la partie qui a renoncé à son activité de travail.

Comme on peut le constater, le législateur italien fait un choix au nom de la solidarité : entre les parties il a existé un lien, non occasionnel, non sporadique, mais un lien juridique qui a produit des effets sur l'état civil de la personne. Cette dernière est en fait « impliquée » dans une union civile ce qui entraîne des droits et des devoirs réciproques, qui ne prennent pas fin à la rupture, comme celui de la solidarité.

⁴⁵⁹ L'al. 6 de l'art. 5 de la loi 878/1970 établit que par la décision qui établit le « scioglimento » ou la « cessazione degli effetti civili » du mariage, le Tribunal, compte tenu des conditions personnelles des conjoints, de les motivations qui ont conduit au divorce, de l'apport personnel et économique à la gestion du foyer et à la formation du patrimoine personnel ou couple, des revenus de chacun, vérifié tous ces éléments, aussi par rapport à la durée du mariage, établit à la charge de l'un des conjoints l'obligation de verser à l'autre un « assegno » dans le cas où ce dernier n'a pas les moyens pour vivre ou il ne peut pas les avoir pour raisons étrangères à sa volonté.

⁴⁶⁰ Cass. civil SS.UU. décision. n. 18287/2018, in www.dejure.it.

Comme pour le mariage, le législateur assure la reconnaissance d'une aide économique pour le partenaire qui au nom de l'unité du couple constitué, a sacrifié son projet professionnel.

Donc, la charge d'impérativité, qui caractérise le mariage, n'est pas absente dans les unions para-conjugales : on ne peut pas affirmer que cette union n'est pas destinataire d'une protection spécifique car les membres ne sont pas mariés.

L'examen du régime du pacs et de l'union civile met en lumière la perte de singularité du mariage. Les prévisions des deux systèmes juridiques ont donné un cadre caractérisé par l'assimilation du statut du pacs/union civile avec le mariage. Ce dernier n'est plus le statut définissant de manière exclusive l'existence d'un lien de couple, car on peut constater que les statuts para conjugaux offrent un cadre de garanties qui vont de plus en plus évoluer vers une protection plus large qu'auparavant.

On peut constater cet état de fait en particulier dans le droit italien, où le législateur a établi que les unions civiles acquièrent l'état civil, ce qui n'est pas le cas en France, car les pacsés demeurent toujours célibataires.

L'assimilation est encore évidente en la matière patrimoniale, parce que le couple est aussi une question économique. En France, on a prévu comme régime impératif celui de la séparation des biens, en Italie le système communautaire en vertu de ladite clause d'équivalence.

Cette dernière montre clairement que le statut des unions civiles est régi par les règles établies dans la matière du mariage, sauf exclusion expresse, comme on l'a vu au sujet de la filiation. Cette assimilation est aussi évidente dans la matière de la dissolution de l'union : en fait, les alinéas 23 et 24 de l'art. 1 de la Loi Cirinnà établissent que la cessation du lien est subordonnée aux mêmes causes légitimant le divorce et à la volonté commune des unis de se séparer.

Pour toutes ces raisons, l'état de fait montre de nos jours la faiblesse des théories qui nient une différenciation entre les deux statuts, ce qui est toutefois moins évident dans la discipline du concubinage, comme on le constatera dans le Chapitre suivant.

Chapitre II. Le rapprochement de l'union libre ou concubinage au mariage.

La reconnaissance juridique du concubinage en France et en Italie date de 1999 et 2016, comme pour le Pacs et les unions civiles.

Il s'agit d'un mode de conjugalité « plus simple », étant précisé qu'en France l'art. 515-8 du Code civil se contente de le définir comme une union de fait, tandis que la loi italienne, à l'al. 36 de l'art. 1 de la loi 70 du 20.5.2016, prévoit en plus l'existence d'une obligation d'assistance morale et matérielle mutuelle entre les partenaires, ce qui est demandé à l'art. 143 du Code civil en matière de mariage pour les époux⁴⁶¹.

Le concubinage est donc l'une parmi les trois modalités d'organisation du foyer familial⁴⁶² que le couple peut choisir pour adhérer à un modèle qui à première vue valorise plus profondément la liberté de la personne sans qu'un cadre détaillé de devoirs et de droits réciproques n'en découle comme cela est prévu dans le mariage.

Toutefois, la liberté humaine ne peut jamais être conçue comme illimitée, car, à l'instar du mariage, ce sont des personnes qui doivent cohabiter, se respecter mutuellement et gérer les ressources économiques communes.

Même s'ils n'ont aucune obligation de contribution ou de solidarité, ni même aucune obligation alimentaire, la Cour de cassation française semble reconnaître un véritable devoir de contribution des concubins aux charges du concubinage⁴⁶³, de sorte que les concubins peuvent, par une convention, instaurer entre eux des modalités de contribution à la vie commune ou prévoir la solidarité de telle ou telle dette.

⁴⁶¹ F. SALERNO, *Il diritto giurisprudenziale in materia di assegno di mantenimento nello scioglimento del matrimonio e dell'unione civile*, in *Rivista di Diritto Civile* n. 1/2021, p. 191.

⁴⁶² Pour cette raison, dans ce Ch. on s'occupera du concubinage qui implique la constitution d'un lien de couple.

⁴⁶³ Cass. Civ. 1^{re}, 10 févr. 2016, n° 15-10.150 : *Alors enfin que chacun des concubins supporte, en l'absence de disposition légale réglant leur contribution aux charges communes et en l'absence encore de volonté exprimée à cet égard, uniquement les dépenses de la vie courante qu'il a exposées*, in www.dalloz.fr.

Ce cadre semble confirmer que, même si la volonté du législateur était d'échapper à la réglementation du mariage, enfin la jurisprudence s'inspire de ce modèle, en déterminant que les concubins aussi peuvent rédiger une convention pour établir comment participer aux charges de la vie en commune.

Pour autant, peut-on continuer à dire que le concubinage est une simple union de fait ? Si cette définition peut être utile pour marquer la différence avec le mariage et le partenariat enregistré, affirmer que le concubinage est une simple union de fait, dépourvu de tous effets juridiques, n'est plus satisfaisant.

Tous phénomènes sociaux qui se développent, en fait, dans la société, entraînent pour elle le devoir de se donner des moyens juridiques et administratifs pour permettre de vérifier les effets qui sont produits par ceux-ci.

Mais le concubinage est aussi une cellule économique, qui ne peut pas être gérée de façon libre, en dehors d'un cadre qui confère une certitude juridique à toutes opérations économiques et que cette réglementation n'est que le reflet de ce que le couple (marié ou non marié) constitue: une union fondée sur l'assistance morale et matérielle réciproque, ce qui ne peut plus être un caractère exclusif du mariage.

Pour autant, la réglementation du phénomène par la loi semble plus conforme à la définition du couple, qui n'est pas imaginable sans l'existence de droits et devoirs réciproques.

De ce fait, le rapprochement avec le mariage est évident : les concubins sont titulaires des droits concernant l'assistance pénitentiaire que la loi reconnaît aux conjoints ; de même, du droit de visite pendant l'hospitalisation du partenaire, outre l'assistance et l'accès aux données personnelles.

La loi établit en outre que les concubins peuvent être indiqués comme représentants de l'autre dans le cas de maladie qui emporte un vice mental ou dans le cas de mort, en ce qui concerne toutes les procédures qui en découlent.

De plus, en Italie, les concubins peuvent choisir le régime patrimonial de la communauté des biens, ce qui réalise une assimilation avec le régime matrimonial de base. Donc, même si les partenaires ne demeurent pas mariés, ils jouissent d'un statut similaire à ce dernier.

Cet état de fait confirme que l'évolution est en cours, le rapprochement avec les garanties prévues pour le mariage est plus évident qu'auparavant, visant à assurer une protection au concubin survivant, qui acquiert le rôle de partenaire protégé par la loi.

La reprise des aspects fondant la théorie institutionnelle du mariage, avec leur charge d'impérativité et de solidarité qu'on peut constater, par exemple, dans la gestion de la dissolution du concubinage, sont de plus en plus pris en considération dans la phase de la dissolution du concubinage par décès.

De ce fait, on commencera cette analyse par l'étude du phénomène juridique du concubinage, comme défini par le Code civil français à l'art. 515-8 et par l'al. 36 de l'art. 1 de la Loi Cirinnà en Italie, et des aspects pratiques concernant la vie de couple des concubins, comme la conclusion du contrat de concubinage, qui n'est pas réglementé par le droit positif en France tandis que la loi italienne s'en occupe à l'art. 1, alinéas 50, ss., pour comprendre le déroulement de la vie de couple des concubins (Section 1) et on conclura avec une analyse des effets concernant la dissolution du lien entre les concubins et de la phase du post mortem (Section 2).

Section 1. Le déroulement de la vie de couple des concubins.

Longtemps, le concubinage n'a pas été considéré par le droit, ni en France et ni en Italie, la seule forme d'union reconnue entre deux individus étant le mariage, fondé sur un lien dont la conclusion demandait la présence d'une autorité chargée de vérifier, au nom de la société, qu'un consentement avait été donné.

L'évolution des mœurs a conduit à la diffusion d'autres formes de conjugalité comme le concubinage, qui représente une union libre, fondée exclusivement sur la volonté des concubins qui s'accordent sur les

conditions de l'existence de leur union, et qui en principe refusent tout formalisme et toute modification de leur état civil. Les concubins restent, donc, deux personnes étrangères l'une à l'autre.

La communauté de vie, indiquée comme un élément nécessaire en droit français pour qu'un concubinage soit reconnu, est également requise par le droit italien, qui établit que le projet de vie en commun des concubins est subordonné à l'assistance morale et économique que les parties se doivent: la valorisation de la liberté n'équivaut pas à la suppression de tout mécanisme de respect mutuel au niveau personnel et de coopération économique prévu par le droit, de sorte que ces éléments ne peuvent plus être conçus à l'instar d'un « unicuum » du mariage.

En fait, si le droit français a formellement exclu toute forme d'obligation solidaire pour les dépenses de la vie courante et, donc, la possibilité d'organiser la communauté patrimoniale au moyen de l'un des instruments établis par le Code civil en matière de mariage⁴⁶⁴, on verra que le droit italien a en revanche prévu une réglementation spécifique de la matière, car les concubins peuvent opter pour le régime communautaire dans le contrat de concubinage, s'ils ne restent pas dans l'indivision.

De ce fait, on étudiera les caractères généraux du concubinage (paragraphe 1) et les aspects économiques (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les caractères généraux du concubinage.

Le concubinage est un phénomène social qui a été simplement défini par le Code civil en France et réglementé par une loi spécifique en Italie.

Pour autant, aujourd'hui, le concubinage ne doit-il toujours être considéré que comme un simple fait social ? Tous les faits nés dans la société ne nécessitent-ils pas une réglementation juridique ? Toutefois, pendant

⁴⁶⁴ Toutefois, le rapprochement du concubinage au mariage est évident là on a pu noter que la Cour de cassation a parfois approuvé une contribution fondée sur des « accords tacites » découverts par des juges du fond dans l'organisation matérielle des concubins, ce qui montre l'assimilation progressive du concubinage au mariage, car la solidarité n'est pas étrangère à cette union : L. GAREIL SUTTER, *Obligation de contribuer aux charges de la vie commune pour les concubins : caramba, encore raté !*, commentaire à Cass. Civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, F-P+B, n° 18-12.311, in www.dalloz-actualite.fr/flash, 21 janvier 2019.

longtemps, le concubinage a été un fait que les législateurs ont refusé de réglementer.

Il convient donc de présenter l'évolution de la réglementation du concubinage en droit français (A) et en droit italien (B).

A – L'évolution de la réglementation du concubinage en droit français.

Longtemps le concubinage⁴⁶⁵ a été regardé comme une situation de non-droit, par allusion à la fameuse phrase qui aurait été prononcée par Napoléon : « Si les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux »⁴⁶⁶.

Aujourd'hui, le terme « concubin » est mentionné six fois dans les articles 430 ; 494-1 ; 515-9 ; C. civ., 449 ; . 311-20 ; 515-11 du Code civil et le concubinage fait l'objet d'une définition à l'article 515-8 du Code civil⁴⁶⁷ comme étant « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe⁴⁶⁸, qui vivent en couple ».

Cette union est, donc, subordonnée à la preuve de l'existence de deux éléments : une vie commune et une vie de couple, car il faut vivre ensemble en couple et prouver une vie commune au quotidien (caractérisée par la stabilité et la continuité).

Le concubinage n'est pas donc une union de droit, fondée sur la formalisation de la vie commune⁴⁶⁹, mais une union de fait⁴⁷⁰, de sorte

⁴⁶⁵ Dans ce travail, on limitera l'examen au concubinage comme lien de couple entre deux personnes de même ou de sexe différent, qui ne sont pas liés entre eux par parenté mais qui vivent leur dimension affective de couple.

⁴⁶⁶ Propos prêtés à Napoléon lors de l'élaboration du Code civil.

⁴⁶⁷ La loi instaurant le pacte civil de solidarité promulguée le 15 novembre 1999 contient un article définissant le concubinage intégré à l'art. 515 -8 du code civil, dans le titre XIII, à la fin de la première partie du Code, qui se décompose en deux chapitres, dont le premier consacré au concubinage, l'autre au pacte de solidarité.

⁴⁶⁸ En 1999, le législateur français a admis que cet état de vie ne devait pas nécessairement avoir l'apparence d'un mariage et, de ce fait, le concubinage a été ouvert aux homosexuels.

⁴⁶⁹ C. BERTRAND, C. LETELLIER, *Mariage, Pacs, concubinage et prévoyance : le principe de non-discrimination s'invite au cœur des familles*, *Semaine Sociale Lamy*, N° 1474, 10 janvier 2011,.

⁴⁷⁰ Toutefois, une Autrice affirme qu'« en droit positif français, si le concubinage est désormais une « situation de droit » dans le sens où le législateur consacre cette notion, la définit et lui fait produire des effets juridiques, cette union demeure une « union de fait ». Sur ce point, S. BEN HADI, *Concubinage – Existence du concubinage*, in *Répertoire de droit civil*, Octobre 2016, actualisation : décembre 2019.

qu'on constate une absence de statut et de régime de droit positif gouvernant l'ensemble des relations personnelles et patrimoniales des concubins : il n'y a donc aucun statut, c'est-à-dire que ce mode de conjugalité n'est régi par aucune disposition juridique. Pour cette raison, il n'y pas de droits ni de devoirs réciproques, car les obligations de cette vie commune sont seulement celles que les concubins veulent s'imposer.

En particulier, sur le plan des relations personnelles, il n'y a pas de devoir de fidélité, ni d'assistance ou de secours et, en outre, d'alliance entre concubins et leurs familles.

Au niveau patrimonial, on constate qu'il n'y a pas de cogestion du logement de la famille et la protection du conjoint non propriétaire, assurée pour le mariage par l'article 215, n'existe pas. Aucun régime matrimonial n'est prévu, mais les concubins peuvent souscrire des conventions pour organiser leur vie commune et la répartition des charges entre eux et aucun article ne prévoit, en outre, une contribution aux charges de la vie commune, comme l'article 214 l'établit en matière de mariage.

Toutefois, il faut souvent trouver une solution aux problèmes juridiques que cette absence de statut pose.

La reconnaissance d'un droit est toujours subordonnée à la preuve qu'on en est le titulaire. À la différence des époux qui peuvent prouver leur union par leur **acte** de mariage, ou des pacsés, qui prouvent leur état en vertu de la déclaration conjointement accomplie devant l'Officier de l'état civil (art. 515 – 3 du Code civil), les concubins n'ont en réalité aucune preuve préconstituée.

S'agissant d'un simple fait, la preuve devrait être libre et se faire par tous moyens, mais les concubins peuvent prouver leur relation par un certificat de concubinage⁴⁷¹ qui n'a aucune valeur juridique en soi et dont l'appréciation souveraine est laissée aux juges du fond.

⁴⁷¹ Ce certificat est délivré par la mairie du lieu du domicile du couple et atteste que deux personnes vivent en union libre au même domicile. Or, le droit français se contente d'admettre, mais non d'imposer, la délivrance d'un certificat de concubinage, par les mairies, comme preuve de l'existence d'une union stable et durable, ainsi que l'art. 515 -8 du Code civil le demande : donc, si la **preuve** du **mariage** se fait par la présentation de l'acte de **mariage** qui a été établi par l'officier de l'état civil (art. 194 du CC) et un extrait ou une copie de cet acte sert donc de moyen de **preuve**, pour le concubinage il faut toujours une pièce administrative, voir un certificat pour attester la qualité de personnes liées entre elles par une union de fait.

Les concubins domiciliés à la même adresse (ce qui renvoie à l'idée qu'une cohabitation est demandée, à l'instar de ce qui est prévu pour le mariage) peuvent se procurer ce certificat à la mairie, sous réserve d'être accompagnés de deux témoins, personnes physiques majeures, dépourvues de tout lien de parenté avec eux.

Il faut donner la preuve de l'existence d'un lien stable et durable, c'est-à-dire de la communauté de vie, ce qui n'est donc plus un élément caractérisant exclusivement le mariage [alors pourtant que cette communauté de vie en constitue l'un des éléments les plus importants], et le pacs, comme l'art. 515 -4 du Code civil l'établit.

Par exemple, cette preuve est nécessaire en matière de bail d'habitation, où l'article 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989⁴⁷² subordonne la continuation ou le transfert du contrat de location à l'existence d'une communauté de vie « *d'au moins un an* » : le critère temporel est considéré comme mesure de l'existence de *l'affectio familiaris*, c'est-à-dire de la communauté de vie, ce qui auparavant caractérisait le mariage.

De même, le code de la sécurité sociale offre le droit de bénéficier d'une pension en cas de décès de l'assuré à la suite d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle (CSS, art. L. 434-8)⁴⁷³.

⁴⁷² Article 14 Modifié par Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - en vigueur le 1er juillet 2002 : En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue : -au profit du conjoint sans préjudice de l'article 1751 du code civil ; -au profit des descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile ;

-au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ; -au profit des ascendants, **du concubin notoire** ou des personnes à charge, **qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile**. Lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré : -au conjoint survivant qui ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 1751 du code civil ; -aux descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès ; -au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ; -aux ascendants, **au concubin notoire** ou aux personnes à charge, **qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès**. En cas de demandes multiples, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence. A défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat de location est résilié de plein droit par le décès du locataire ou par l'abandon du domicile par ce dernier.

⁴⁷³ Version modifiée par la LOI n°2011-1906 du 21 décembre 2011 - art. 99, qui établit que *Sous réserve des dispositions des alinéas suivants, le conjoint ou le concubin ou la personne liée par un pacte civil de solidarité a droit à une rente viagère égale à une fraction du salaire annuel de la victime, à condition que le mariage ait été contracté, le pacte civil de solidarité conclu ou la situation de concubinage établie antérieurement à l'accident ou, à défaut, qu'ils l'aient été depuis une durée déterminée à la date du décès. Toutefois, ces conditions ne sont pas exigées si les époux, les concubins ou les partenaires du pacte civil de solidarité ont eu un ou plusieurs enfants.* Depuis la loi de 1999 et la définition du concubinage de l'article 515-8, ces avantages peuvent être invoqués par les concubins homosexuels.

Enfin, le concubin peut prétendre au capital décès attribué par la caisse primaire d'assurance maladie, en vertu de l'article L. 361-4 du code de la sécurité sociale, s'il était au moment du décès à la charge effective, totale et permanente de l'assuré⁴⁷⁴.

Ces différents textes reposent sur la volonté de protéger les concubins: en 1970, la chambre mixte de la Cour de cassation (Arrêt Dangereux)⁴⁷⁵ a affirmé que *l'article 1382 du code civil ordonnant que l'auteur de tout fait ayant causé un dommage à autrui sera tenu de le réparer, n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur à l'indemnisation. La concubine de la victime d'un accident mortel de la circulation peut donc demander réparation de son préjudice personnel à l'auteur de cet accident.*

En réalité, si on analyse le texte du Code civil en matière de concubinage, il semblerait que le seul élément de comparaison avec le mariage est l'existence de la cohabitation : en fait, il n'est pas demandé d'engagement réciproques entre les parties, car, comme l'art. 515 -8 l'indique, il s'agit simplement d'une union de fait, qui est étrangère à tout encadrement juridique au niveau des droits et des devoirs réciproques.

Les concubins seront en outre libre de déterminer leur organisation en ce qui concerne les charges de leur vie domestique⁴⁷⁶, mais sur le plan patrimonial, aucun article de loi n'établit une contribution aux charges de la vie commune comme en matière de charges du mariage. De plus, la conclusion d'une convention d'ordre patrimonial ne pourrait jamais être opposée qu'entre concubins et non aux tiers car elle leur resterait inconnue. Cette convention n'aurait aucun caractère officiel, à la différence du mariage.

Toutefois, la liberté n'est jamais absolue et le concubinage n'est pas le contexte privilégié de l'autonomie personnelle des concubins en dehors d'un cadre juridique certain. Ils vivent leur relation de couple dans la réalité sociale, de sorte que des limites à cette liberté sont fortement souhaitables.

⁴⁷⁴ Version Modifiée par Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 - art. 9 () JORF 16 novembre 1999.

⁴⁷⁵ Cour de cassation, chambre mixte, Audience publique du vendredi 27 février 1970, N° de pourvoi: 68-10276 Publié au bulletin Cassation.

⁴⁷⁶ S. MIRABAIL, *Concubinage et charges de la vie commune*, Gazette du Palais - n°07 – 19.02.2019, page 20.

Par exemple, l'existence d'une société créée de fait peut être invoquée et donner lieu à la participation à l'enrichissement résultant du travail commun en demandant soit le partage de la société, soit une indemnité fondée sur la notion d'enrichissement sans cause.

Cet état de fait peut, par exemple, être invoqué en présence de concubins ayant vécu durant vingt ans ensemble⁴⁷⁷, ou en démontrant l'existence d'éléments constitutifs d'une société comme des apports, une participation aux bénéfices et aux pertes, et un *affectio societatis*⁴⁷⁸.

De même, dans les rapports avec les tiers, le concubinage est susceptible d'être invoqué contre un concubin : l'administration fiscale peut, par exemple, se prévaloir de la situation de concubinage du contribuable, de sorte qu'en cas de "concubinage notoire", parce que ce couple ressemble à un couple marié, les contribuables font l'objet d'une imposition commune au titre de l'ISF ([CGI, art. 885 E](#)), et ainsi, les considérer comme une famille mariée, compte tenu de ce qui est prévu par l'article 1691 bis, qui dispose que les époux sont obligatoirement soumis au paiement commun des impôts s'ils vivent sous le même toit. De même, en matière de dettes, où si le créancier peut établir que les concubins s'étaient fait passer pour des époux, la jurisprudence a élaboré la théorie de l'apparence, de sorte que la solidarité sera appliquée à titre de sanction, parce qu'ils ont voulu donner l'apparence d'un couple marié aux yeux du créancier, créant ainsi pour lui une fausse situation juridique, lui donnant à penser qu'il a deux débiteurs.

B – L'évolution de la réglementation du concubinage en droit italien.

Le droit italien reconnaît le concubinage depuis 2016, avec la loi n. 76 du 20 mai.

Auparavant, le concubinage était considéré comme un simple fait juridique, et toutes problématiques concernant le couple non marié étaient

⁴⁷⁷Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-18.301 : *JurisData* n° 2009-050891.

⁴⁷⁸*Concubinage. pacte civil de solidarité . – Régimes juridiques*, *JurisClasseur Roulois*, Fasc. 1045, Date du fascicule : 4 Juillet 2011, Date de la dernière mise à jour : 4 Juillet 2011

réglementées en vertu de l'application du droit commun, grâce à l'intervention des Juges.

De nos jours, en revanche, le concubinage est juridiquement encadré, surtout en ce qui concerne les empêchements.

En fait, à la différence du droit français, qui ne prévoit rien à cet égard, le droit italien commence par l'encadrement du concubinage au niveau terminologique, en le définissant comme une union de fait entre deux individus, caractérisée par des liens affectifs de couple stables, en dehors de tous liens constitués par parents, adoption, mariage ou union civile⁴⁷⁹.

En un mot, il s'agit des mêmes empêchements qui interdisent le mariage, dont la violation donne lieu à des faits moralement répréhensibles, comme l'inceste et la polygamie.

L'Etat surveille donc les choix en matière de couple en permettant de créer un lien affectif à condition que ce dernier soit conforme au cadre posé par le législateur et aux principes régissant l'ordre public.

«En dehors de tous liens de parenté, d'adoption, de mariage ou d'union civile⁴⁸⁰ » : Cette formule interdit donc la constitution du concubinage lorsqu'un lien de parenté en général subsiste.

A la différence du cadre juridique du mariage, où les interdictions sont spécifiques (parenté jusqu'au troisième degré), le législateur italien interdit dans tous les cas le concubinage.

Ce qui devrait être une union libre, soumise à un régime optionnel, comme le prévoit la loi d'outre alpe, devient à l'inverse une union subordonnée à des critères plus stricts que le mariage : le concubinage admis par la loi italienne est seulement celui conçu dans la dimension affective des individus qui ont une relation amoureuse.

Le côté institutionnel, impératif et incontournable, de la vie familiale semble l'emporter aussi dans ce contexte et il en est fait application au régime du concubinage, car la loi prévoit un système non susceptible de

⁴⁷⁹ L. BALESTRA, *Profili civilistici delle convivenze*, in AA.VV. *Codice delle unioni civili e delle convivenze*, Giuffrè, p. 1227.

⁴⁸⁰ Art. 1, al. 36, loi 70 20.5.2016.

dérogação des garanties visant à protéger les concubins ou l'un de deux, sans tenir compte de la volonté favorable ou contraire des intéressés.

Ce cadre se rallie bien en outre à la prévision de l'al 37 de l'art. 1 de la Loi Cirinnà, qui établit qu'il faut faire une déclaration conjointe aux registres de la population, ayant une valeur de vérification de l'existence du concubinage.

De ce fait, le concubinage est destiné à émerger lors de sa constatation : l'existence juridique du concubinage est subordonnée à sa constatation par un acte administratif, comme il est établi à l'art. 4 du D.P.R. 223/1989, ce qui est commun au mariage, où l'existence est démontrée par un acte administratif, l'« acte de mariage » rédigé par l'officier de l'état civil.

En particulier, il faut l'accomplissement conjoint⁴⁸¹ de cette formalité dont la finalité est de prouver qu'un rapport para - conjugal se développe avec les modalités qui donnent lieu à un consortium familial⁴⁸².

De ce fait, on constate que ce formalisme est nécessaire pour l'application de toutes les mesures prévues par la loi Cirinnà, car, là où il n'y a pas de déclaration, le couple reste dans l'indifférence juridique et la preuve du concubinage n'est pas « directe » comme dans le cas où il y a une déclaration.

En fait, la déclaration vise à effacer tous doutes en matière d'existence d'un partenariat stable, parce qu'en vertu de l'enregistrement, les intéressés prouvent qu'ils ont constitué un consortium quasi conjugal.

Cependant, une doctrine⁴⁸³ affirme que la déclaration de concubinage implique l'application de la protection accordée par la loi 70/2016, comme

⁴⁸¹ F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in www.personaedanno.it, juin 2016. L'auteur affirme que si la déclaration à l'état civil n'est pas conjointe, il se détermine une violation au principe de liberté qui gouverne le concubinage et qui permet l'application du régime prévu par la loi Cirinnà. En particulier, il est possible que l'un des concubins fasse unilatéralement la déclaration de constitution du concubinage, ce qui est interdit parce que dans le cas de la cessation du lien avec l'autre, il peut se trouver obligé au versement des aliments, comme indiqué à l'al. 65 de l'art. 1 de la loi 76/2016.

⁴⁸² [Corte cost. 2009/140, Foro it. 2010, I, 796; Cass. 2015/17971, Foro it. 2016, I, 1229]. De son côté, la loi italienne a prévu un certificat de concubinage ayant valeur de preuve de l'existence du lien, comme indiqué à l'al. 37 de l'art. 1 de la loi Cirinnà. Les concubins se présentent, donc, à l'instar de deux individus entre lesquels il subsiste un lien qui n'est plus laissé dans l'indifférence juridique, mais qui a des effets vers la société, comme il se passe en matière de mariage.

⁴⁸³ S. PELLEGATTA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*. Commentaire à *Trib. Milano Sez. IX Ordinanza, 31 mai 2016*, L. 20-05-2016, n. 76, Art. 1., in *Famiglia e Diritto*, 2017, 10, 891.

celle concernant la conclusion du contrat de concubinage, car les concubins sont titulaires d'un statut patrimonial à l'instar des mariés.

Le droit italien offre, donc, un véritable statut aux concubins, qui comprend un régime de couple précis et bien établi, mais non applicable si une déclaration d'existence du concubinage n'a pas été enregistrée.

Cette protection est subordonnée, en fait, à la preuve de la réunion des éléments qui « font » le concubinage, c'est-à-dire la cohabitation stable et durable, le devoir d'entraide matérielle ou d'assistance.

Paragraphe 2. Les aspects économiques.

La gestion des affaires économiques représente un problème dans tous les foyers familiaux, le concubinage compris.

En droit français rien n'impose aux concubins de conclure un contrat pour la gestion de leurs ressources économiques, mais la pratique notariale a proposé les contrats de concubinage, qui portent sur les rapports pécuniaires des concubins, en organisant la gestion de leur patrimoine.

La loi italienne régit la gestion économique du concubinage de façon expresse, au moyen du contrat et non de la *convenzione matrimoniale*, comme prévu en revanche pour le mariage. Pour autant, sera analysée la gestion des ressources économiques dans le concubinage en France (A) et en Italie (B).

A- La gestion des ressources économiques dans le concubinage en France.

Le droit français reconnaît, qu'afin de faciliter la gestion de leur vie commune et de prévenir d'éventuelles difficultés, les concubins peuvent établir une convention entre eux.

En fait, dans le concubinage tout se passe comme pour les époux séparés de biens, chacun restant propriétaire des biens acquis, comme s'il y avait deux patrimoines autonomes ; en outre, il n'existe pas de règles de contribution aux charges de la vie commune ni de solidarité des dettes ménagères entre concubins.

Comme la Cour de cassation⁴⁸⁴ l'a en fait affirmé : « *aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune, de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées* ».

De même, en l'absence de régime primaire pour les biens acquis durant le concubinage, le droit commun des biens et obligations s'applique.

De ce fait, chacun des concubins doit supporter, seul, les dépenses de la vie courante qu'il a faites.

Pour éviter cette situation, il est fréquent de recourir à un moyen par lequel régir de façon générale les rapports patrimoniaux, ainsi, le « contrat de concubinage », afin de convenir de la répartition des charges de la vie courante ou de l'entretien des enfants ou encore de l'administration des biens pendant la durée de la vie commune⁴⁸⁵.

Il s'agit de l'équivalent du contrat de mariage, lequel entraîne la constitution d'un régime matrimonial, parce que les époux peuvent organiser, d'un point de vue patrimonial, leur vie conjugale.

⁴⁸⁴ Civ.1^o 19 mars 1991, n°88-19.400, *Defrénois* 1991.942, obs. Massip ; 17 oct.2000, n°98-19.527, *D.2001*, 497, note R. Cabrillac. *JCP* 2001, II, 10568, note Garé ; 28 nov.2006, n°04-15.480, *AJ fam.*2007, 33, obs. Chénédé.

⁴⁸⁵ Un Auteur affirme qu'il est aussi possible de prévoir dans ce contrat des clauses concernant des droits et devoirs réciproques au niveau personnel. A. ZACCARIA, *L'opponibilità del contratto di convivenza*, *Studium iuris*, p. 711.

De ce fait, l'autonomie des parties s'impose et, pour autant, dans le cas où les concubins achètent un bien en commun, celui-ci pourra être présumé non divisible entre eux pour la moitié⁴⁸⁶, comme en matière de communauté légale du mariage.

Quant au contenu de ce contrat, l'assimilation avec le mariage sera encore plus évidente, en outre, si les concubins établissent une règle semblable à celle de l'[article 214 du Code civil](#)⁴⁸⁷, en prévoyant qu'ils contribueront aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives.

De plus, les concubins pourront prévoir de contribuer à ces charges journallement ou disposer que celui qui a payé une dette ménagère au-delà de son obligation contributive bénéficiera d'un remboursement de la part de l'autre.

Le rapprochement avec le mariage est de ce fait évident, de sorte qu'il s'agirait d'institutionnaliser le concubinage au moins sur le plan patrimonial, qui n'est plus une union vraiment « libre » comme on l'avait conçue auparavant.

Il apparaît alors que, malgré l'effort de libéralisation du droit du couple, il est toujours nécessaire de fixer des règles visant à organiser la vie des concubins dans un cadre préétabli des droits et devoirs réciproques, ce qui rend presque superflu le recours au mariage.

En outre, il n'est pas exclu que ce contrat prévoie des stipulations régissant les rapports personnels des concubins, car comme dit par une doctrine : *« en pratique, il n'est pas rare que les concubins organisent ensemble leur communauté de vie et introduisent des clauses relatives à leurs rapports personnels, comme une clause de fidélité. Dans certaines formules de contrat de concubinage établies par les notaires, elle est mentionnée au même titre que la cohabitation, le secours et l'assistance »*⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Cass. 1re, civ., 19 mars 2014, n° 13-14.989, in J.B. DONNIER, Synthèse - Indivision légale. Notion. Objet, Essentiel, Date de fraîcheur : 2 Avril 2020.

⁴⁸⁷ Cet article établit que « si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

⁴⁸⁸ C'est la citation littéraire de S. BEN HADI, Concubinage – Effets du concubinage – Répertoire de droit civil, Octobre 2016 (actualisation : Décembre 2019).

Cela signifie qu'il est bien de prévoir à ce niveau un minimum de garanties réciproques qui contribuent à assurer la protection de la personne humaine dans les contextes sociaux où elle développe sa personnalité.

B – La gestion des ressources économiques dans le concubinage en Italie.

A la différence du droit français, qui ne le réglemente pas par la voie législative, le droit italien utilise le contrat comme moyen pour gérer la relation para-conjugale des concubins.

Le recours au contrat est une nouveauté dans le droit de la famille italien, qui traditionnellement utilise la « *convenzione* », qui pour certains aspects a un régime différent que le contrat traditionnel, car elle tient compte de la nature spécifique des individus qui la souscrivent, c'est-à-dire les conjoints et non deux communs contractants⁴⁸⁹.

En particulier, comme l'avait affirmé la Cour constitutionnelle italienne⁴⁹⁰, les conventions matrimoniales (art. 164 du Code civil) bénéficiaient d'un régime juridique privilégié⁴⁹¹, de ce fait en légitimant une discipline différente que celle établie pour les contrats généraux : cette discrimination se justifiait, toutefois, en vertu du fait qu'elles visaient/visent à garantir la solidité économique familial.

La « convention⁴⁹² » est, donc, l'instrument juridique visant à la réglementation des rapports patrimoniaux des unis en mariage, qui sont

⁴⁸⁹ DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 1995, 44 s.

⁴⁹⁰ *Corte cost.*, 16 dicembre 1970, n. 188 in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 801.

⁴⁹¹ Par exemple, elle se soustraient à la matière de la simulation du contrat, qui est le fait pour des contractants de rédiger deux actes, l'un contredisant l'autre ou y ajoutant ou y apportant des dispositions qui sont destinés à ne pas être dévoilés aux tiers. Le premier constitue une convention apparente dite aussi " acte simulé ", tandis que le second est un acte secret.

⁴⁹² En droit français, le régime patrimonial des conjoints est régi par le contrat de mariage : Le contrat de mariage est destiné à constituer la charte pécuniaire des époux. C'est un acte à la fois spécial et complexe, en raison du caractère souvent composite de son contenu, mais aussi en raison de son objet. Le contrat de mariage ne se limite pas à régir les rapports mutuels entre les époux ; il fixe un véritable statut patrimonial conjugal, dont les stipulations s'imposent aux tiers. C'est pourquoi il est fréquemment qualifié d'acte-règle. C'est aussi un contrat accessoire, dont le sort est étroitement lié à celui du mariage en prévision duquel il est conclu. La fonction principale du contrat de mariage est de fixer le régime matrimonial sous lequel

strictement encadrés dans les formes typiques prévues par la loi : il n'est pas permis, en fait, aux conjoints de régler leurs rapports pécuniaires en dehors des prévisions législatives qui établissent comment organiser la vie de couple à ce niveau. L'autonomie des parties à cet égard est totalement exclue, même si on constate que l'objet de la convention a un contenu valable, car on peut avoir une convention de séparation des biens, de communauté conventionnelle etc.

La loi italienne en matière de concubinage prévoit en revanche le recours au contrat traditionnel, comme un moyen de réglementation des intérêts patrimoniaux des parties, rédigé par un acte public ou avec un document privé reconnu par le notaire, à l'instar de ce qui est établi, par exemple, en matière des contrats de vente, de location, etc., où la forme solennelle est requise sous peine de nullité.

L'utilisation du contrat représente peut-être l'expression de la valorisation de la liberté que le législateur italien a voulu établir pour les concubins, s'agissant d'un lien entre deux individus qui souhaitent vivre ensemble, mais, comme on l'a vu, il s'agit d'une modification terminologique, qui ne concerne pas l'aspect substantiel, car la *convenzione* est en définitive, un contrat.

Toutefois, le législateur indique de façon détaillée le contenu du contrat de concubinage, parmi lequel figure aussi - à la lettre c) de l'al. 50 de l'art. 1 - le régime patrimonial de la communauté des biens.

Donc, après avoir indiqué la mention de la résidence commune et les modalités de contribution aux charges du ménage, la loi fait référence expresse à la communauté légale, c'est-à-dire aux modalités d'organisation de base de la famille mariée. De ce fait, les concubins bénéficient d'un statut similaire à celui établi pour le mariage. Et comme eux, ils peuvent changer de régime, à savoir passer de la communauté légale à la séparation des biens.

les époux conviennent de se placer, et le cas échéant les modalités qui l'assortissent. Mais le contrat de mariage peut contenir de nombreuses déclarations ou conventions qui ne sont pas nécessairement en rapport avec l'organisation patrimoniale du futur ménage : donation faite par un tiers à l'un des époux ou aux deux, donation entre les époux eux-mêmes, vente, reconnaissance de dette, etc.

De ce fait, on peut se demander si le contrat en objet présente un contenu typique, comme cela semble à la lumière de l'al. 53 de l'art. 1 de la Loi 76/2016, ou s'il est possible d'ajouter des clauses atypiques. Par exemple, est-il possible de réglementer les rapports post concubinage, c'est-à-dire après la rupture ?

Sur ce point, il est important d'analyser le texte de l'art. 53, pour savoir si le verbe « peuvent » signifie que les parties peuvent choisir parmi tous ou certains contenus indiqués aux lettres a), b), c) ou, au contraire, s'il leur est possible d'ajouter d'autres contenus non prévus par la loi.

La réponse à cette question est très difficile à donner, car la formule « réglementation des obligations patrimoniales » est très vaste, de sorte qu'il sera possible de prévoir comment organiser la contribution pendant le déroulement du concubinage, par exemple en décidant de payer les dettes d'un proche de l'autre concubin, ou aussi pour la gestion des enfants communs.

Cet état de fait constitue, toutefois, une preuve ultérieure et évidente du rapprochement en Italie du concubinage avec le mariage, car cela démontre la valorisation de la solidarité entre les concubins, en vertu d'une prévision qui fait l'objet d'une décision conjointe, dans la mesure où elle n'est pas contraire à l'ordre public et aux principes impératifs qui régissent l'organisation para – conjugale.

Dans la Section 1, on a pu observer que les choix que les deux législateurs ont fait ne sont pas identiques, au niveau du fondement.

En fait, le droit français semble privilégier la liberté, qui n'implique aucun formalisme et aucune obligations d'assistance morale et matérielle réciproques; la loi italienne semble « influencée » par la dimension institutionnelle du lien de couple qui est encore à la base du mariage : cette thèse est confirmée par le fait qu'il ne doit pas avoir de liens de parenté entre les parties, qu'elles doivent s'assister mutuellement, et qu'elles peuvent accéder à un contrat de concubinage (et non une « convenzione », terme encore réservé à la réglementation des rapports patrimoniaux du mariage) dont le contenu est impérativement régi par la loi.

De ce fait, on peut se demander si la liberté personnelle régresse, car il est imposé un cadre de droits et devoirs réciproques ne faisant l'objet d'aucune exception.

Toutefois, la primauté du mariage réapparaît encore quand on étudie les conditions de gestion du post – concubinage, comme quand on constate la cessation du lien due à la mort de l'un des deux.

Section 2. Analyse des effets concernant la dissolution du lien entre les concubins et de la phase du post mortem.

Comme le mariage, le concubinage connaît un début et une fin.

Cette dernière peut être l'effet d'une décision des parties, qui décident de se séparer, ou d'un événement naturel, comme la mort.

Dans le premier cas, la preuve est plus difficile : les parties ne sont pas obligées de saisir le Juge ou les Avocats parce que la fin du concubinage se déroule et se conclut sans leur intervention.

En fait, n'étant pas des époux, les parties peuvent se séparer sans formalités, ce qui est prévu par les deux droits, qui ne prévoient aucune constatation officielle de la rupture par une Autorité publique.

Donc, la nature de lien de fait se manifeste dans le droit italien aussi.

Le législateur français est cohérent avec cette solution, car les parties cessent leur vie en commun et aucun devoir ne subsiste entre elles; le droit italien se montre en revanche plus attentif aux exigences liées à l'état de besoin de l'un des concubins et admet qu'on peut lui reconnaître l'existence du droit aux aliments.

Le lien en objet peut se dissoudre aussi par décès. Dans ce cas, seul un testament permet de protéger le concubin survivant, car rien n'est prévu à cet égard, les deux législateurs confirmant leur idée de concubinage comme union libre, sans formalisme et sans effets.

Pour cette raison, on analysera les problématiques liées à la cessation du concubinage (paragraphe 1) et au décès de l'un des membres du couple de concubins (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les problématiques liées à la cessation du concubinage.

« Qui dit union libre dit rupture libre »⁴⁹³, parce que le concubinage peut être librement rompu.

En fait, la nature du concubinage permet à chacun de mettre fin à son union de manière libre, *ad nutum* (c'est-à-dire à tout moment), sans avoir à avancer un motif particulier.

Cette liberté de rompre « à tout moment, sans avoir à verser une quelconque indemnité, constitue probablement l'attrait majeur du concubinage »⁴⁹⁴, mais le droit italien établit qu'une assistance matérielle est envisageable là où l'un des ex concubins se trouve dans l'état de besoin. Dans ce paragraphe, on analysera, donc, la cessation du concubinage (A) et les effets que la rupture du concubinage entraîne (B).

A- La cessation du concubinage.

La cessation du concubinage ne demande pas la remise d'une déclaration aux Autorités publiques, ce qui est cohérent avec le caractère d'union de fait de ce lien.

« Aucun lien de droit ne s'étant créé du fait du concubinage, il n'y a pas de lien de droit à dissoudre lorsque le concubinage cesse » : ce régime est conforme à ce que le droit français établit à l'art. 515-8 du Code civil, qui se limite à définir le concubinage comme une union de fait, dépourvu de tout formalisme juridique et administratif.

Le droit italien définit le lien en objet comme une union de fait, mais il la règlemente de façon plus détaillée et stricte que le législateur français et à l'al. 37 fait référence à la déclaration prévue à l'art. 4 et à la lettre b) de l'al.

⁴⁹³ S. BEN HADJ YAHIA, *Concubinage – Rupture du concubinage*, *Répertoire de droit civil*, Octobre 2016 (actualisation : Décembre 2019)., par. 259.

⁴⁹⁴ M. MULLER, L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources, D. 1986. Chron. 328, spéc. p. 332, in S. BEN HADJ YAHIA, *Concubinage – Rupture du concubinage*, par. 259.

1 de l'art. 13 du D.P.R. 30.5.1989 n. 223, qui n'a pas de valeur constitutive du concubinage, mais qui en constitue une preuve de son existence.

En fait, ce document est à même de constituer la preuve juridique d'un lien entre deux parties, car le concubinage aussi se constate par un acte juridique qui en atteste l'existence, à l'instar du mariage qui est prouvé par l'acte de mariage.

Toutefois, s'agissant de la dissolution du concubinage, le législateur italien n'a rien prévu, de sorte qu'une vérification de sa cessation n'est pas juridiquement encadrée.

Cet état de fait serait cohérent avec ce qu'une circulaire du Ministère de l'Intérieur⁴⁹⁵ a prévu, en excluant la valeur constitutive de la déclaration des concubins. Mais des problèmes subsistent surtout en ce qui concerne les situations ayant des effets à l'égard des tiers.

En fait, comme tous phénomènes concernant la personne humaine, le concubinage se développe dans la société, où les actes délivrés par une Autorité administrative ou judiciaire sont le moyen nécessaire pour prouver la constitution, la modification et l'extinction de tout ce qui relève du niveau juridique, l'état de la personne compris.

L'exigence de sauvegarder la liberté personnelle, ce que le législateur français a essayé de faire surtout avec le concubinage, ne peut pas trouver sa justification dans l'absence de tout formalisme apte à rendre publique la rupture, surtout en vertu du fait qu'il est toujours mieux de renseigner les tiers qui peuvent avoir contracté avec les concubins par la voie juridique.

Si l'existence du concubinage produit certains effets, alors il devrait en être de même lorsqu'il cesse. Puisqu'en Italie il est expressément établi que le certificat de concubinage constitue seulement la preuve de l'existence de ce lien, pourquoi ne prévoit-on donc pas un régime identique pour la cessation ? il s'agirait de faire une déclaration avec un contenu contraire à celui figurant à l'art. 1, al. 37, de la loi Cirinnà, qui se caractérise pour un formalisme très simple.

⁴⁹⁵495 Circulaire Min. int. 7/2016 in G. BUFFONE, *il Contratto di convivenza*, in *Unione civile e convivenza*, di G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, Milano, 2018, p. 501.

De même, le législateur français pourrait prévoir un état de fait similaire, surtout si on considère que certains concubins se font délivrer un certificat de concubinage par les mairies.

Il est donc illogique ne rien prévoir pour régler rapidement la phase de crise, alors que l'on pourrait envisager une déclaration au contenu opposé à celui délivré pour fournir la preuve de l'existence du lien para conjugal.

Toutefois, il faut considérer l'évolution qui a concerné la matière de la crise du mariage : on est passé de la phase où le Juge devait être saisi par les parties, pour établir les conditions de séparation ou de divorce à une phase où, s'ils sont d'accord sur tout, les époux se passeront du juge pour divorcer et organiseront leur séparation avec leurs avocats. Cette privatisation des rapports familiaux fait du mariage un mode de conjugalité toujours plus dépourvu de ses aspects institutionnels, pour en privilégier la nature contractuelle.

Les deux législateurs excluent le rôle du système juridique dans la gestion des situations concernant les couples d'accord qui se séparent, à l'instar de ce qui est admis dans certains Etats où le divorce privé est reconnu.

Donc, si aucun rapprochement du mariage avec le concubinage est évident à cet égard, on peut affirmer que cette réglementation pourrait constituer une source d'inspiration pour des réformes en matière de mariage, caractérisées par l'assouplissement du formalisme requis. Peut-être qu'aussi dans ce cas, le mariage cesserait en vertu d'un simple éloignement des parties, auxquels sera seulement demandé la signature d'une simple déclaration, comme certaines mairies en Italie font dans le cas de la dissolution du concubinage.

Un point de détournement est en plus constitué par la Loi n. 1151/2019, relative au projet de réforme du Code civil italien, qui contient une disposition selon laquelle de futurs époux, actuellement unis civilement ou concubins, peuvent régler, au moment du mariage, les clauses pour la gestion de la crise conjugale.

B - Les effets que la rupture du concubinage entraîne.

En face du silence gardé par le législateur français, l'al. 65 de l'art. 1 de la Loi Cirinnà prévoit que si le concubinage cesse⁴⁹⁶, le juge peut établir que l'un des concubins a le droit de recevoir de l'autre des aliments⁴⁹⁷, s'il se trouve dans le besoin et n'est pas à même de se procurer les ressources nécessaires à vivre. Il s'agit d'un rapprochement évident avec les principes liés à la gestion du post crise matrimoniale, où la solidarité ne s'efface pas, mais persiste.

Cette prestation est, toutefois, due pour une période qui est proportionnelle à la durée du concubinage.

Il s'agit, donc, d'une prestation qui n'est pas établie sans limitation temporelle⁴⁹⁸, comme cela se passe en matière de mariage avec les *assegni di mantenimento* ou de divorce, mais en revanche d'un versement à terme, strictement lié au temps nécessaire pour que le concubin puisse avoir une indépendance économique lui garantissant une vie autonome.

Le législateur italien, à la différence de celui français, reconnaît dans ce contexte l'existence de la solidarité entre les concubins, car la liberté qui caractérise ce lien par rapport aux unions matrimoniales ou civiles ne permet pas d'exclure ce mécanisme de coopération dans la phase de la crise, comme cela est évident pour le mariage.

Les concubins ont partagé un projet de vie en commun qui impliquait une assistance morale et matérielle réciproque, ne cessant pas par le fait de la dissolution du lien là où un état de besoin est constaté : cet état de fait rend illogique l'absence de toute prévision en la matière en droit français, qui

⁴⁹⁶ Les aliments ne sont pas dus dans l'hypothèse où le concubinage cesse pour mariage ou à cause de la constitution d'une union civile entre les parties, car dans ce cas il succède l'obligation à l'assistance morale et matérielle réciproque.

⁴⁹⁷ Le projet de loi prévoyait à l'origine le « *mantenimento* » en cas de rupture du concubinage. Cette hypothèse a été après supprimée pour éviter une charge excessive d'obligations pour les concubins. E. A. Emiliozzi, *I diritti patrimoniali nella crisi della convivenza di fatto*, *Rivista di diritto civile*, v. 64, n. 5, (2018), pp. 1324-1353. L'Auteur fait référence à la réflexion de S. PATTI, *Le convivenze di fatto tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2017, p. 39.

⁴⁹⁸ E. A. EMILIOZZI, *I diritti patrimoniali*, cité, p. 1330. L'Auteur souligne que cette prestation est soumise à une limitation temporelle, ce qui est indépendant de l'état de besoin.

fonde le concubinage sur une dimension fortement individualiste et qui refuse la prévision (légale) d'une collaboration entre les membres du couple.

De ce fait, la similitude du concubinage avec le mariage est plus évidente dans le droit italien, où la différenciation entre les deux modes de conjugalité va s'affaiblir aussi à la lumière de cette prévision.

En fait, on a déjà constaté que le Code civil français affirme que les époux sont tenus d'un devoir de secours réciproque ou que des partenaires liés par un PACS s'apportent "*une aide matérielle*" ([C. civ., art. 515-4](#)), alors qu'il n'y a pas d'obligation alimentaire légale entre les concubins, quelle que soit la durée de la vie passée en commun⁴⁹⁹.

Pour autant, si l'un des concubins se rend débiteur d'une obligation alimentaire au profit de l'autre, il s'agit d'un choix unilatéral, à titre bénévole, pour lequel il n'a pas été obligé par le Juge, à la différence de ce qui est établi par la loi Cirinnà : « *par conséquent, celui qui est démuné de ressources ne peut donc en principe rien réclamer à son compagnon qui en aurait* »⁵⁰⁰.

C'est la dimension du règlement volontaire des obligations qui prévaut, non celle institutionnelle, comme dans le droit italien où la liberté caractérisant le concubinage n'est pas considérée comme le moyen qui permet de se soustraire aux obligations d'assistance réciproque ; toutefois, le législateur italien subordonne ce paiement à un terme, qui reflète la durée du lien.

Il s'agit d'une première importante différence avec ce qui est établi en matière du « *mantenimento* » pour la séparation, qui prend fin avec la mort de l'obligé ou du bénéficiaire de la prestation, car les aliments visent à assurer une existence digne, en dehors de toute souffrance et privation.

De ce fait, il paraît clair que le législateur italien différencie le régime matrimonial de celui du concubinage, tenant compte de ce qu'il s'agit d'une

⁴⁹⁹ P. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille : Lextenso éditions-LGDJ, 5e éd. 2016, n° 321 V.* par exemple, *CA Limoges, 1re civ., 4 oct. 1990 : JurisData n° 1990-046137.* – *CA Versailles, 28 avr. 1994 : JurisData n° 1994-053002 ; RTD civ. 1995, p. 331, n° 13, obs. J. Hauser.*

⁵⁰⁰ F. Granet-Lambrecht *Fasc. unique : Concubinage, Jurisclasseur Civil*, Date du fascicule : 20 Avril 2016, Date de la dernière mise à jour : 20 Avril 2016, N°§ 22.

façon différente de vivre le projet de couple : le concubinage n'est pas assimilable au mariage, mais la solidarité entre les deux personnes qui ont partagé le même toit et se sont données assistance mutuelle, ne s'éteint pas dans le cas où on a adhéré au modèle para - conjugal du concubinage. La spécificité de cette règle se trouve, toutefois, dans la limitation de l'accès à la prestation économique à un terme, ce qui donne lieu à des discriminations quant à l'établissement de la durée du versement, qui fait l'objet d'une décision du Juge.

La doctrine n'a pas toutefois exclu que le droit aux aliments ne puisse pas faire l'objet d'une dérogation, car il est en revanche possible que les parties décident d'étendre la mesure ou de les remplacer par le « mantenimento »⁵⁰¹.

Paragraphe 2. Les problématiques liées au décès de l'un des membres du couple des concubins.

Au décès de l'un des concubins, l'autre ne peut pas faire valoir dans sa succession une quelconque vocation légale à succéder. À la différence du conjoint survivant, il n'est pas appelé par la loi à recueillir une part de la succession légale du défunt.

Dans ce paragraphe, l'étude concernera le point de la situation au décès de l'un des concubins en droit français et italien (A) et les effets du décès sur le logement commun (B).

A- Le point de la situation au décès de l'un des concubins, en droit français et italien.

L'existence d'un statut de concubin ne donne pas pour autant à ce dernier des bénéfices reconnus aux conjoints survivants, de sorte que les biens font

⁵⁰¹ C. FAVILLI, *Lo stato di bisogno post- convivenza: il diritto agli alimenti*, 30 dicembre 2017, in www.familia.it.

l'objet d'une transmission selon les règles qui gouvernent la dévolution à la famille par le sang.

De ce fait, il n'est accordé aux concubins aucun droit successoral *ab intestat*, à la différence de qui se passe en matière de mariage, où le conjoint exclu peut exercer l'action en réduction contre les dispositions du de cujus qui ne tiennent pas compte sa position de légataire.

N'étant pas un époux, le concubin désireux de protéger son partenaire doit nécessairement recourir aux instruments juridiques et patrimoniaux de droit commun, par le biais de dispositions testamentaires. Cet état de fait est aussi connu en droit italien.

En fait, la loi Cirinnà assimile la position du concubin à celle du conjoint à plusieurs reprises, comme en matière d'assistance morale et matérielle réciproque ou d'organisation patrimoniale des ressources économiques, mais elle se tait à cet égard, ce qui révèle que les concubins seraient en réalité étrangers l'un en face de l'autre.

Il s'agit d'un choix qui semble un peu illogique : de la comparaison avec le droit français, il en découle, par exemple, que les concubins italiens se doivent assistance réciproque au niveau moral et matériel et qu'il leur est reconnu un droit aux gains découlant de la gestion de l'entreprise familiale s'il n'existe pas un lien de nature sociale ou de travail subordonné.

De ce fait, leur position est sûrement bien protégée pendant la durée du concubinage, mais non par l'attribution de la qualité de légataire⁵⁰², de sorte qu'ils seront peut-être encouragés à simuler une rupture, car dans ce cas la loi italienne reconnaît le droit aux aliments pour celui qui se trouve dans l'état de besoin.

En outre, un moyen ultérieur visant à dépasser la rigidité professée par la loi italienne à cet égard pouvait être représentée par l'al. 50 de l'art. 1 de la loi Cirinnà, qui admet que les concubins puissent régler leurs droits patrimoniaux par le contrat de concubinage : l'alinéa en objet fait référence aux rapports patrimoniaux pendant la vie en commun, de sorte qu'il est

⁵⁰² Une doctrine affirme que cet état de fait est l'expression de la persistance de l'indifférence du législateur au phénomène du concubinage. A. GNANI, *La successione necessaria dopo la legge 20 maggio 2016*, *Rivista di Diritto Civile* n. 2/2019, p. 12.

exclu une réglementation de la situation suivante à la cessation du concubinage, comme lorsque l'un des membres décède⁵⁰³.

Pour cette raison, le silence du législateur italien en matière est surmontable par l'autonomie privée : le testament permet de choisir le destinataire des ressources personnelles et le de cujus peut donc décider si et comment en faire bénéficier son partenaire.

Ce cadre est valide dans le droit français aussi. Pour ce dernier, on a vérifié que ne subsistent pas toutes les prévisions posées par le droit italien, qui dans certaines situations subordonnent l'autonomie et la liberté des concubins au respect de la solidarité.

Le mécanisme énoncé, soit pour le droit français soit pour le droit italien, est la preuve qu'enfin le silence du législateur est dépassable en vertu de l'application des principes généraux régissant la succession : le concubin peut décider de faire bénéficier son partenaire. Pour autant, on peut affirmer que, compte tenu de l'évolution qu'on a constaté dans la matière successorale dans les deux systèmes juridiques, le défaut d'une prévision expresse en la matière n'exclut pas la protection du concubin à l'instar du conjoint.

B - Les effets du décès sur le logement commun.

L'absence d'un véritable statut successoral pour les concubins n'exclut pas qu'ils puissent régler certains aspects destinés à avoir des effets après la mort de l'un d'eux.

Par exemple, le droit français établit qu'il leur est possible de prévoir dans l'acte d'acquisition du logement destiné à la cohabitation une clause d'accroissement (tontine ou clause tontinière) selon laquelle au décès du premier des concubins, le second est réputé être propriétaire de la totalité du bien, depuis la date de conclusion de l'acte.

Cette prévision, qui trouve son fondement dans l'autonomie privée du couple, est un moyen pour dépasser le silence du législateur en matière de

⁵⁰³ E. QUADRI, "Convivenze" e contratto di convivenza, in www.juscivile.it, p. 12; G. AMADIO, La crisi della convivenza, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 12/2016, p. 7.

succession pour deux personnes qui vivent une relation de couple. C'est donc un moyen qui renforce la solidarité entre les concubins, prévoyant une protection qui est similaire à celle accordée aux mariés.

En particulier, chacun des concubins est propriétaire du bien sous une double condition, celle résolutoire du prédécès de l'un et celle suspensive de la survie de l'autre : la rétroactivité de la condition résolutoire implique que le premier mourant sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire du bien, tandis que le survivant l'aura toujours été.

Sans passer par un testament, les concubins peuvent protéger la position de l'autre partenaire au niveau immobilier, car la vie en commun ne peut pas se dérouler en dehors d'un logement commun, comme pour le mariage, qui perd de plus en plus sa singularité comme moyen exclusif de protection de la vie en deux. [C1][PV2]

En outre, comme pour le conjoint, pour lequel l'art. 764 du Code civil établit que *sauf volonté contraire du défunt exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant*, il est nécessaire de prévoir un statut de protection pour les concubins en dehors de cette clause appelée tontine. Pour cette raison, il est appréciable de prévoir que quand le concubin décédé est le seul locataire, le survivant peut demander le transfert du bail à son profit à deux conditions : que le concubinage ait été notoire et d'une durée d'un an à la date du décès ([L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 14](#)), cet état de fait rendant justice à la coopération et à l'aide réciproques que les concubins se sont donnés pendant le lien.

En fait, le silence du législateur français sur l'existence d'une assistance réciproque à l'instar de ce qui est établi pour le mariage ne signifie pas qu'il n'y a pas une aide réciproque dans la vie en commun des concubins, mais qu'une solidarité gouverne les relations de couple en tous cas et aussi en dehors du mariage.

Ces prévisions se montrent toutefois plus satisfaisantes par rapport au cadre organisé par la loi italienne.

On a souvent remarqué que la loi Cirinnà semble parfois organiser les liens para conjugaux en tenant en compte de ce que les théories institutionnelles du mariage établissent, là où elles affirment la non dérogation des principes de solidarité, ce qui est très évident surtout dans la phase de la rupture, où est envisageable un droit aux aliments, comme pour le mariage.

Cette solidarité semble toutefois manquer dans l'art. 1, al. 42 de la loi 76/2016, quand est prévue une limitation temporelle à la jouissance de l'habitation commune.

En fait, le droit italien a établi que, sauf la prévision de l'art. 337 sexies du Code civil ⁵⁰⁴, le droit de vivre dans la maison propriété du concubin prédécédé peut avoir une durée maximale de deux ans ou pour une période supérieure mais qui ne peut pas dépasser cinq ans, en raison de la durée du lien.

Le fondement de cette prévision est celui de protéger le concubin survivant contre les prétentions des titulaires des droits à la succession de leur parent pour le temps nécessaire à trouver un nouveau logement.

Le droit de continuer à vivre dans la maison où le concubinage s'est déroulé n'est pas interdit si le logement était en revanche loué, car dans ce cas, aucune prétention ne peut être opposée par les héritiers (al. 44, art. 1 de la loi Cirinnà).

De ce fait, on constate une contradiction : l'habitation qui est détenue en propriété est à la disposition du concubin survivant pour cinq ans au maximum, aucune disposition de la loi ne lui conférant un droit sans limitation temporelle, tandis que si le logement était loué on est face à une succession « anomala »⁵⁰⁵, car l'acquisition de la position du locataire est automatique, découlant d'un legs *ex lege*.

Toutefois, le concubin survivant n'est plus considéré comme une personne dépourvue de tous liens avec le partenaire décédé, comme il était auparavant quand le législateur gardait le silence et il fallait l'intervention

⁵⁰⁴ Cet article établit qu' : "La maison de famille est attribuée compte tenu de l'intérêt des enfants".

⁵⁰⁵ R. PACIA, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Rivista di Diritto Civile* n. 2/2019.

des Juges ; la loi italienne confirme que les concubins constituent un lien de couple stable, qui doit être apprécié et sauvegardé.

Le concubinage est un phénomène social, qui ne peut pas rester dans l'indifférence ou dans la somnolence juridique. Pour cette raison, il est nécessaire de prévoir une réglementation détaillée qui établit de manière précise les droits et les devoirs réciproques entre les parties, à l'instar du mariage.

Une union libre ne peut pas être réellement telle, car le concubinage se développe dans la société et il faut qu'un formalisme soit assuré pour protéger les parties du lien et les tiers qui entrent en contacts avec eux.

Le législateur italien a donc une démarche constructive, en ce qu'il prévoit déjà un certificat de concubinage ayant valeur de preuve de l'existence du lien, (al. 37 l'art. 1 la loi Cirinnà). Les concubins se présentent, donc, à l'instar de deux individus entre lesquels il subsiste un lien qui ne peut pas être laissé dans l'indifférence juridique, car il produit des effets dans la société, comme cela se passe en matière de mariage. En revanche, le droit français admet mais n'impose pas la délivrance d'un certificat de concubinage par les mairies.

Cet état de fait montre qu'en Italie, on a compris la nécessité de réglementer la phase initiale du concubinage, de sorte que semble contestable le silence gardé par les deux législateurs lorsque la vie en commun cesse. On a constaté que les systèmes juridiques examinés n'établissent rien à cet égard, même si le législateur italien a prévu, comme en matière de mariage, le versement des « alimenti » pour le concubin qui se trouve dans le besoin et n'est pas à même de se procurer les ressources nécessaires à vivre.

De ce fait, le rapprochement avec les principes concernant la crise matrimoniale, où la solidarité ne s'efface pas du tout, mais persiste, semble assez évident. La liberté qui caractérise le concubinage par rapport aux unions matrimoniales ou civiles ne permet pas d'exclure tout mécanisme de coopération entre deux individus qui ont partagé un projet commun pour une phase de leur vie, comme s'il s'agissait de mariés, pas plus que

l'absence de prévisions législatives spécifiques en ce qui concerne les obligations réciproques pendant le déroulement de la relation.

- CONCLUSION TITRE I DEUXIEME PARTIE-

Le Titre I de cette Partie II a consisté à analyser le rapprochement des nouveaux modes de conjugalité au mariage.

La loi française de 1999 et la loi italienne du 2016 ont reconnu aux couples le droit de choisir des modalités d'union différentes du mariage, c'est à dire le pacte civil de solidarité (Pacs) ou l'union civile et le concubinage.

Ce faisant, ont été créés des "quasi mariages", car l'état du droit en vigueur montre qu'une évolution dans cette direction n'était plus seulement une hypothèse, mais un état de fait réel.

Cela est particulièrement visible en droit italien: la « clause d'équivalence » assimile à certains égards l'uni civil au marié: par exemple, en matière d'état civil, de régime patrimonial, et de droits et devoirs réciproques.

On peut cependant, mettre en lumière les différences qui demeurent: ainsi, le formalisme lors de la constitution du lien, plus souple que celui du mariage, (pour lequel un certain nombre de conditions de forme et de fond à remplir est toutefois impératif) et de même, au stade de la dissolution, qui ne demande pas d'intervention du Juge.

Quant au concubinage, on constate effectivement une marge de liberté plus étendue.

Le droit français en particulier règlemente ce phénomène social par un seul article qui se limite à en donner une définition, tandis que le droit italien, dans la loi Cirinnà, règlemente de façon plus précise ce lien : ainsi, aucune déclaration devant un officier public n'est demandée par la loi, de sorte que le concubinage se constate pendant son déroulement.

L'interprète peut ainsi comprendre que les législateurs ont voulu privilégier la liberté de ceux qui refusent un encadrement trop rigide, cependant, la liberté n'équivaut pas à auto - détermination totale.

Les concubins sont toujours deux personnes qui créent un lien de couple horizontal, et de ce fait la solidarité et l'assistance mutuelle ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'exceptions.

Cela semble évident pour le législateur italien, qui a réglementé le devoir de versement des « alimenti » pour le concubin qui se trouve dans le besoin et n'est pas à même de se procurer les ressources nécessaires pour vivre, lorsque la vie en commun cesse.

Cette prévision, inconnue du droit français, met en évidence le fait que le partage d'un projet de vie en commun, quel que soit le nom ou le type, n'exclut pas l'accomplissement de devoirs réciproque et impératifs de solidarité.

Titre II La reconnaissance de la règle privée lors de la dissolution du mariage.

Le droit de la famille manifeste de nos jours une tendance vers la privatisation des rapports familiaux, ce qui apporte une réduction de l'intervention judiciaire et une valorisation de la règle privée. Il semble que le fondement de ces réformes se trouve dans la nécessité de rendre plus rapides les procédures judiciaires et de réduire les frais de justice que le contentieux entraîne.

Par exemple, en matière de séparation et de divorce par consentement mutuel⁵⁰⁶, le législateur ne renvoie plus nécessairement à un traitement judiciaire⁵⁰⁷, mais à une procédure alternative qui se déroule en France en présence des avocats des parties⁵⁰⁸ et, en droit italien, également devant le Maire officier de l'état civil⁵⁰⁹.

Les deux législateurs ont essayé d'assouplir le formalisme qui caractérisait le relâchement et la dissolution du mariage jusqu'en 2014 en Italie et en 2017 et 2019 en France.

En fait, le législateur italien a précédé la nouvelle législative française, qui a proposé un modèle identique à celui de l'Italie dans le fondement de la rupture, mais non dans les modalités. La loi française, en effet, exclut l'intervention du Juge, et confie le contrôle du consentement aux avocats, tandis que la loi italienne établit la nécessité d'un contrôle par le Procureur de la République dans la phase de la séparation comme lors divorce, si le couple a une progéniture mineure ou des enfants malades.

⁵⁰⁶ En fait, les années 2000 sont en effet marquées par une recherche par le législateur de pacification du contentieux du divorce, avec notamment le nouveau divorce sans juge mis en place par la loi « justice 21 » du 18 novembre 2016 ou les passerelles permettant de passer d'une procédure contentieuse vers une procédure de consentement mutuel. E. Galant, *Droit de la famille, Droits français, européen, international et comparé*, *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 1077.

⁵⁰⁷ Pour le droit français, art. 297 – 1 du Code civil ; pour le droit italien, art. 151 du Code civil.

⁵⁰⁸ Pour le droit français, loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et portant diverses dispositions relatives au divorce et à la séparation de corps par consentement mutuel et en matière de protection juridiques des majeurs. Pour le droit italien, D.L. 132/2014 art 6.

⁵⁰⁹ D.L. 132/2014 art. 12.

En dehors de ces cas, une procédure plus rapide est envisageable car les conjoints peuvent gérer leur rupture devant l'Officier de l'état civil, qui est chargé d'un contrôle sur la forme et non sur le fond de l'accord rédigé par les conjoints. Par cette procédure, le législateur montre qu'il renonce à assurer un contrôle sur l'équilibre des prestations économiques, gérées exclusivement par les conjoints.

De la même façon, on constate, et surtout en France, qu'en matière de succession, il y a une tendance vers l'assouplissement de la rigueur qui caractérisait la succession des réservataires.

Si auparavant il était impérativement exclu de régler de façon anticipée la succession, en vertu de l'interdiction impérative des pactes successoraux, de nos jours on a en revanche reconnu qu'une certaine autonomie n'est pas à craindre, car personne ne peut être forcé à accepter une succession, même s'il s'agit des individus faisant partie du cercle familial du de cujus. En réalité, on verra que cette évolution est encore inconnue du droit italien, où la charge d'impérativité caractérisant le mariage est encore plus évidente qu'en France.

Face à cet état de fait, on analysera la réglementation « privée » de la crise conjugale (Chapitre I) et la réglementation « privée » de la succession (Chapitre II).

CHAPITRE I. La réglementation « privée » de la crise conjugale.

En droit français et en droit italien, le mariage se dissout par la mort de l'un des époux et par le divorce, qui emportent rupture définitive du mariage⁵¹⁰, quand on constate l'absence de consentement au maintien du lien conjugal⁵¹¹.

⁵¹⁰ L'art. 227 du Code civil établit que le mariage se dissout : 1° Par la mort de l'un des époux ; 2° Par le divorce légalement prononcé » ; l'art. 149 du Code civil italien établit que le mariage se dissout par la mort de l'un des époux et dans les autres cas indiqués par la loi. Il faut, donc, faire référence à la loi 878/1970, qui régit les cas de « scioglimento del matrimonio ».

⁵¹¹ Une Autrice affirme que : *le divorce est un contentieux très particulier parce qu'il met en cause l'intimité de la personne, et qu'il concerne toutes les catégories de justiciables. Il est emblématique du contentieux de proximité (...). Le législateur a donc organisé les règles générales de procédure avec pour objectif d'apaiser le conflit, même dans les divorces autres que par consentement mutuel judiciaire, notamment, pour permettre aux anciens époux*

L'article 229 du Code civil français prévoit plusieurs cas de divorce : par consentement mutuel, pour faute, pour acceptation du principe de la rupture du mariage et pour altération définitive du lien conjugal, tandis que le code civil italien établit que les causes de divorce sont les suivantes : un crime commis par le conjoint pour lequel il a été condamné à la prison à vie ou pour un délit contre la liberté sexuelle, pour prostitution, homicide volontaire ou tentative d'homicide contre l'enfant du conjoint, maltraitances; l'obtention par l'un des conjoints, qui est étranger, du prononcé du divorce dans le Pays duquel il ressort ou où il s'est marié; la non consommation du mariage ; le changement de sexe de l'un des époux (art. 3 l. 878/1970).

On peut toutefois remarquer que les deux législateurs ne définissent pas de façon expresse ce qu'est le divorce⁵¹².

Pourquoi ce silence des deux législateurs et, en particulier, de la loi italienne à cet égard ? Il s'agit, peut – être, d'une admission de préférence vers l'indissolubilité de mariage, mais, comme pour tous phénomènes sociaux, le législateur a finalement été obligé d'intervenir pour instaurer une réglementation.

De ce fait, on peut constater qu'en France et en Italie il y a deux sortes de procédures de divorce : l'une contentieuse, l'autre qui reflète la tendance vers la gestion privée du conflit, comme consacrée par les réformes qui admettent la résolution de la crise conjugale sur la base d'accords établis par avocats ou, seulement en Italie, par l'Officier de l'état civil, s'il n'y pas d'enfants mineurs ou majeurs handicapés ou non autonomes au niveau économique.

Lorsque la procédure est contentieuse, l'intervention du Juge est nécessaire.

de maintenir des relations dans l'intérêt de leurs enfants. N. FRICERO, *Synthèse - Procédure de divorce, JurisClasseur Divorce*, Date de fraîcheur : 12 Juillet 2021.

⁵¹² En France, le Code civil affirme tout simplement que le divorce est l'une des causes de dissolution du mariage ; en Italie le même Texte de loi ne fait aucune expresse référence au divorce, car il se limite à affirmer que le mariage se dissout dans le cas de mort et dans les autres causes prévues par la loi, mais le mot « divorce » ne paraît pas.

En particulier, la procédure française à cet égard devait subir une modification à compter du 01 septembre 2020, car la loi du 23 mars 2019 de programmation pour la justice 2018-2022 a supprimé la phase de conciliation⁵¹³ pour permettre aux époux d'avoir accès directement à la phase de jugement. L'entrée en vigueur de cette réforme a finalement été reportée au 1^{er} janvier 2021.

En Italie, la procédure de divorce débute par la phase de conciliation, car le législateur n'a pas supprimé l'art. 4 de la loi 878/1970, qui prévoit que le Président du Tribunal doit essayer de concilier les époux pour vérifier s'il y a la possibilité de reconstitution de la communauté morale et matérielle des époux.

Le législateur français a estimé que la phase de conciliation dans le cadre d'un divorce contentieux n'avait plus aucune raison d'exister, (toutefois, cette étape avait du sens car lors de cette audience, les époux pouvaient constater qu'ils étaient au moins d'accord sur le principe du divorce).

De nos jours, donc, saisir le Juge est obligatoire dès lors que les parties divorcent judiciairement, et non à l'amiable, car dans ce dernier cas on constate la quasi totale déjudiciarisation des procédures (en fait, le divorce par consentement mutuel judiciaire demeure cependant, même si son domaine d'application est désormais très réduit⁵¹⁴ (cf.art.229-2 et 230 c.civ.)).

En Italie, en revanche, la déjudiciarisation n'est pas totale : ce système juridique, en prévoyant le contrôle du Procureur de la République si l'accord a été rédigé par Avocats, montre qu'il ne s'est pas encore affranchi des

⁵¹³ Cette phase est remplacée par une audience d'orientation et sur mesures provisoires, permettant d'obtenir du juge le prononcé de mesures provisoires pour assurer l'existence des époux et des enfants (*C. civ., art. 254, réd. L. n° 2019-222, 23 mars 2019*).

⁵¹⁴ L'art. 230 du Code civil français établit que "dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce". L'art. 229 - 2, al. 1, du Code civil établit que "les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque :

1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ;

2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre".

traces d'impérativité strictement liées à la théorie institutionnelle du mariage.

De ce fait, même si le projet de vie en commun a été dissous, la protection des individus faibles est assurée et les accords contraires aux dispositions impératives, aux bonnes mœurs, ou qui présentent un contenu préjudiciable de droits indisponibles, ne sont pas admis.

*Toutefois, il faut remarquer que le divorce suit la séparation de corps, qui a longtemps remédié à l'impossibilité de divorcer parce que le divorce n'existait pas*⁵¹⁵.

De nos jours, en revanche, la séparation de corps est admise et met fin au devoir de cohabitation, mais non au mariage, s'agissant d'un relâchement du lien conjugal qui, par jugement, par convention d'avocats ou, en Italie, aussi par accord manifesté devant l'Officier de l'état civil, dispense les époux de l'obligation de communauté de vie.

Cet état de fait est à même de différencier la séparation de corps de la simple séparation de fait, qui n'est pas encadrée par le Code civil, ni français ni italien, car il s'agit d'un phénomène sociologique⁵¹⁶.

La séparation de fait se caractérise, en outre, par le fait qu'elle ne met fin, ni ne suspend aucun des effets découlant du mariage : ainsi, un conjoint séparé, même depuis plusieurs années, peut s'adresser au tribunal pour réclamer une pension alimentaire s'il devient incapable de subvenir à ses propres besoins. En plus, jusqu'à la dissolution légale du mariage, il faut considérer les époux solidaires des dettes qu'ils ont contractées, seuls ou conjointement, pour le bien de la famille.

⁵¹⁵ Le législateur italien, par exemple, a longtemps refusé la séparation car il a « régi » le mariage civil à l'instar de celui catholique. AA.VV., *La separazione personale dei coniugi. Dal matrimonio indissolubile alla pluralità dei modelli familiari*, in *La separazione personale dei coniugi, Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo I. Mengoni e continuato da Piero Schlesinger, Giuffrè. 2015. p. 3.

⁵¹⁶ Il faut que deux éléments se cumulent. En fait, il faut un élément matériel, c'est à dire la constatation de la cessation de la cohabitation, non due à la maladie ou à l'éloignement nécessité par le travail ou de force majeure⁵¹⁶, et un second de nature psychologique, qui est l'effet de la décision de l'un ou des deux conjoints de cesser le partage effectif et la collaboration des activités qui caractérisent la communauté de vie.

Il est important d'analyser, en outre, les effets de la dissolution et du relâchement du lien conjugal au niveau économique, ce qui a subi une évolution dans le temps, surtout en droit italien.

En fait à l'issue du divorce, les époux peuvent se trouver dans une situation économique différente, qu'il faut réglementer car le divorce met fin au devoir de secours.

Les moyens que les deux législateurs ont prévu sont la prestation dite compensatoire⁵¹⁷ ou l'*assegno divorzile*⁵¹⁸, visant à assurer la survie pour le conjoint qui n'a pas les moyens nécessaires pour vivre.

En revanche, pendant la séparation de corps, le devoir de secours ne disparaît pas, mais il se présente sous la forme de versement d'une « pension alimentaire » ou d'un « assegno di separazione » qui sont dus à l'époux qui se trouve dans l'état de besoin.

La solidarité qui fonde la communauté conjugale n'est donc pas effacée, parce que ce devoir prend une forme pécuniaire différente que celle maritale, pour protéger l'époux le plus faible au niveau économique.

De ce fait, on analysera la déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps. (Section 1) et la réglementation économique de la crise familiale (section 2).

Section 1 La déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps.

Cette procédure de déjudiciarisation est évidente en France en matière de divorce et de séparation de corps.

Depuis la loi du 18 novembre 2016, hors les cas où le divorce par consentement mutuel reste judiciaire (cf.art.230), les époux qui s'accordent entre eux sur leur volonté de divorcer et sur les effets vont se passer du

⁵¹⁷ L'Art. 276 du Code civil établit **qu'à titre** exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Il prend en considération les éléments d'appréciation prévus à l'article 271.

⁵¹⁸ Art. 5 L. 878/1970.

juge. La déjudiciarisation a été étendue à la procédure de séparation de corps par la loi du 23 mars 2019⁵¹⁹,

Leurs avocats rédigent un projet de convention de divorce ou de séparation de corps qui prendra la forme d'un acte sous signature privée contresignée par les époux et leurs avocats. Une fois que la version définitive de la convention a été validée par les époux, les avocats adressent à chacun des époux cette version afin que leurs clients puissent la lire et le cas échéant se rétracter.

Si aucun des époux ne se rétractent, alors, ils pourront signer la convention de séparation de corps ou de divorce dans la version définitive au Cabinet d'un de leurs avocats et en présence de ces derniers.

En Italie, le D.L. n. 132/2014, après sa transposition dans la loi n. 162/2014⁵²⁰, a admis que les couples qui ne remplissent pas les critères pour conclure un accord de séparation devant l'Officier de l'état civil⁵²¹ peuvent se séparer en vertu du mécanisme de ladite « *negoziazione assistita* » par avocats. De ce fait, les parties concluent une convention visant à la réglementation de leur rapports réciproques en vertu de la séparation. Après, ils peuvent rédiger un accord dans lequel ils fixent les conditions patrimoniales et extra patrimoniales de leur séparation ou divorce.

On examinera la procédure de divorce par consentement mutuel (paragraphe 1) et de la séparation de corps (paragraphe 2).

⁵¹⁹ Il s'agit de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

⁵²⁰ Une Autrice affirme que cette loi a mis en discussion l'idée du mariage comme institution, ce qui auparavant interdisait toute forme de relâchement du lien conjugal par accords des époux, au contraire de ce qu'il est prévu en matière de contrat, où le « consentement mutuel » autorise l'extinction du lien contractuel. E. BARGELLI, « *Divorzio « privato » e prospettive dell'autonomia coniugale*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., p. 363 ss.

⁵²¹ La procédure devant l'Officier de l'état civil est exclue dans le cas où il y a des enfants mineurs ou majeurs d'âge mais qui ne sont pas économiquement autonomes ou handicapés. D.l. 132/2014, art. 6.

Paragraphe 1. La procédure de divorce par consentement mutuel.

Les époux peuvent mettre fin à leur mariage par accord. En fait, s'il n'y a pas de contentieux entre eux, il est possible d'accéder au divorce par consentement mutuel, procédure effectivement plus rapide et plus pacifique.

De ce fait, on analysera le divorce par consentement mutuel en France (A) et le divorce par consentement mutuel en Italie (B).

A- Le divorce par consentement mutuel en France.

En vertu du nouvel [article 229-1 du Code civil](#), le divorce n'est plus systématiquement un acte judiciaire, car « *lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374* ».

De la réforme de 2016⁵²², il en résulte donc une dédramatisation du divorce, caractérisée par les accords des époux, ce qui permet d'abandonner le raisonnement selon lequel la liberté de se marier, reconnue comme l'une des composantes de la liberté individuelle, ne comporte pas de versant négatif et ne s'étend donc pas à la liberté de divorcer.

De nos jours, en revanche, il est permis de divorcer par consentement mutuel hors du tribunal.

Ce faisant, le divorce « sans juge » peut constituer *une étape supplémentaire vers une dispersion regrettable de la matière familiale, car après avoir entrepris, dans un souci de lisibilité, de recentrer la matière*

⁵²² LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

*familiale au sein de l'organisation judiciaire entre les mains d'un même magistrat - le juge aux affaires familiales - le législateur tend à l'éparpiller entre l'organisation judiciaire et l'extérieur, ainsi la liberté accordée par la réforme ne doit pas être considérée comme absolue*⁵²³.

De ce fait, il est évident que, comme l'art. 229-2 du Code civil l'établit, la procédure de divorce par consentement mutuel reste judiciaire si « *le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition au juge* » et, lorsque « *l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre*.

Cette solution empêche de « généraliser » la contractualisation de la famille, l'individualisation se heurtant à une limite dans l'existence d'intérêts supérieurs qu'il faut protéger.

L'enfant est de ce fait considéré comme un obstacle à la déjudiciarisation⁵²⁴.

Le juge a de nouveau un rôle important dans la procédure, pour gérer les conflits qui peuvent découler de la demande d'audition formée par le mineur⁵²⁵, qui appartient à la catégorie des individus vulnérables⁵²⁶.

De ce fait, le législateur interdit la totale gestion déjudiciarisée de la procédure du divorce.

*Favoriser les accords entre les époux ne signifie pas en fait que le divorce leur appartient*⁵²⁷; les principes fondant la théorie de la

⁵²³ A. FAUTRE-ROBIN, C. BERANGER, *Le divorce sans juge : regards croisés sur une réforme controversée*, in *Revue Juridique Personnes et Famille*, 7 – 9, N° 1, 1er janvier 2017.

⁵²⁴ L'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit, quant à lui, que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*.

⁵²⁵ L. DE SAINT PERNE, *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le divorce sans juge*, *Revue Juridique Personnes et Famille*, N° 7-8, 1er juillet 2018.

⁵²⁶ Avant la réforme, le juge examinait la convention de divorce et observait si les mesures relatives à l'enfant étaient conformes à son intérêt. Ainsi, il était vérifié si la résidence de l'enfant, alternée ou non, le droit de visite d'un parent en cas de résidence chez l'autre parent et le montant de la pension alimentaire étaient conformes à l'intérêt de la progéniture. Depuis le 1^{er} janvier 2017, le juge peut être saisi si l'enfant mineur souhaite être entendu dans le cadre du **divorce** de ses parents. Cette disposition se combine avec l'article 388-1 du Code civil, relatif à l'audition de l'enfant dans les procédures qui le concernent.

⁵²⁷ K. GARCIA, *Synthèse, Cas de divorce, Essentiel*, 4 Mars 2020.

contractualisation du droit de la famille ne sont pas à même de limiter le rôle du juge, car l'ordre public de la famille et celui de la société sont toujours les critères fondateurs de l'action du législateur.

Pour autant, en dehors de ce cas, établi par l'art. 292 – 2 du Code civil, il suffit que la convention établie par un acte sous signature privée contresigné par avocats soit déposée au rang des minutes d'un notaire choisi par les époux.

Cependant, cette convention présente une nature particulière, s'agissant d'un contrat qu'une doctrine a défini à plusieurs reprises comme étant hybride sur la forme et sur le fond⁵²⁸.

Le problème est qu'elle découle de l'autonomie des parties, mais concerne une réglementation opérative et efficace dans la mesure où leur état civil aura changé. Cela pose question en ce qui concerne son régime juridique, surtout compte tenu du fait qu'auparavant l'homologation judiciaire empêchait d'affirmer l'existence d'une nullité, en consolidant les effets de ce qui avait été soumis au contrôle du Juge.

Si la convention de divorce validée par le notaire peut être déclarée nulle (le droit commun permet en fait d'obtenir la nullité de la convention), le but d'accélérer et de dépasser les procédures de justice qui auparavant requéraient la présence du Juge est anéanti.

La convention pourra faire l'objet d'une contestation, mais compte tenu des effets rétroactifs de la nullité, il faudra considérer que le mariage ne s'est jamais dissous et que le couple demeure marié.

De ce fait, en découlent des problèmes liés au fait que *les époux risquent de se détourner d'une voie qui ne leur offre pas la sécurité nécessaire*⁵²⁹.

En particulier, s'il y a une déclaration de nullité, l'acte est considéré comme n'ayant jamais existé dans la réalité juridique, de sorte qu'une procédure de divorce à l'amiable doit logiquement être considérée comme si elle n'avait jamais été engagée, car la convention fait défaut. A la lumière de ce

⁵²⁸D. FENOUILLET, *Divorce sans juge - Le divorce sans juge. Rapport de synthèse*, in *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2019, dossier 25.

⁵²⁹ L'affirmation est encore une fois de Mme Dominique FENOUILLET, *art. précité*.

cadre, des doutes donc subsistent car la convention est strictement liée à la modification de l'état civil des mariés et le notaire ne peut pas être à même d'assurer le même contrôle que le Juge, qui est par statut le «*peritus peritorum* ».

Pour cette raison, il sera souhaitable de sécuriser le divorce et de reconnaître un rôle central au Juge : une procédure comme cette dernière risque, en fait, de ne pas protéger véritablement les parties, le Juge, en revanche, est un sujet tiers et impartial, qui est par statut voué à assurer les intérêts des parties.

Il faut écarter le rôle du droit des contrats dans cette matière.

L'état civil ne peut pas faire l'objet d'incertitude, de la sorte qu'on pourra prévoir un régime spécial, pour permettre de garder l'apparence et la possession pour les tiers de bonne foi; de reconnaître les effets du mariage putatif pour le nouveau conjoint et de maintenir la présomption de paternité pour les enfants du mariage bigame. Cet état de fait pourra effectivement empêcher que les époux décident de ne pas opter pour le divorce sans juge, afin d'éviter les risques que cette procédure entraîne et provoque une intervention du Juge.

B – Le divorce par consentement mutuel en Italie.

Le Decreto legge⁵³⁰ 132/2014, après avoir été transposé par la loi 162 du 10.11.2014 a permis aux couples qui souhaitent divorcer de choisir une procédure plus rapide⁵³¹ que celle qui se déroule devant un tribunal.

⁵³⁰ Le *Decreto legge* est un acte qui a la puissance de la loi, même s'il a été adopté en dehors de la procédure législative typique, indiquée par la Constitution aux articles 70 ss, car il n'est pas possible de respecter la procédure typique pour raison de nécessité et urgence. L'art. 77 de la Const. Italienne prévoit que « le Gouvernement ne peut, sans délégation des Chambres, promulguer des décrets ayant valeur de loi ordinaire. Lorsque, dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit, le jour même, les présenter pour leur conversion en loi aux Chambres qui, même si elles sont dissoutes, sont expressément convoquées et se réunissent dans les cinq jours. Les décrets perdent leur efficacité dès le début, s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours suivant leur publication. Toutefois, les Chambres peuvent régler par une loi les rapports juridiques créés sur la base des décrets non convertis ». C'est le même principe d'une ordonnance à valeur législative en France.

⁵³¹ Selon une doctrine, il s'agit d'une modalité de résiliation consensuelle de la crise conjugale. R. MASONI, *Nota a: Tribunale Torino, 20 aprile 2015, sez. VII, Negoziazione assistita in ambito familiare e problemi procedurali connessi*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2015, pag. 1390.

Il s'agit d'une procédure qui a été établie pour régler le divorce des mariés civils et la « *cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario* », laquelle formule décrit le divorce des mariés catholiques.

Ce formalisme est subordonné à la présence des avocats, rédigeant la convention de divorce, qui sera ensuite présentée au contrôle du Procureur de la République⁵³², ce qui marque une différence avec la loi française.

Cette dernière prévoit en fait que la convention acquiert une force exécutoire à la date à laquelle elle a été déposée au rang des minutes du notaire, en lui confiant une autorité qui auparavant relevait du Juge.

Le législateur italien ne se montre pas pressé à l'instar du législateur français, qui a supprimé tout rôle de l'autorité judiciaire pour mieux poursuivre l'évolution rapide aux fins de la contractualisation du droit de la famille.

S'il est vrai que la famille est la « chose des mariés », il est en même temps exact de souligner que la vie de couple se développe dans la société, de façon à ce que la place reconnue à l'autonomie des parties ne peut jamais tendre vers une destitution de l'autorité publique dans la gestion de la dissolution du couple.

Le contrôle assuré par le Procureur de la République permet à l'accord de produire les mêmes effets qu'une décision judiciaire, comme l'établit l'art. 6 al. 3 du D.l. 132/2016, qui est transposé dans la loi 162/2014, où il affirme expressément que l'accord découlant de la convention tient lieu du jugement.

Le droit italien impose en outre une tentative de conciliation entre les membres du couple (article 4, loi 878/1970), ce qui n'est pas prévue par la loi française.

Encore une fois, on constate la « prudence » de la loi italienne, qui évolue à l'intérieur d'un cadre où la tendance vers la contractualisation du mariage⁵³³ se déroule plus lentement qu'en France, sur la base du fait qu'il faut assurer les intérêts des parties les plus vulnérables.

⁵³² Art. 6 D.L. 132/2014.

⁵³³ Cette tendance est évidente là où le Règlement UE n. 1111/2019 modifie le Texte du Règlement n. 2201/2003 (Rome II Bis) et admet la reconnaissance dans un Etat tiers des accords en matière de séparation et divorce (art. 65).

De plus, les avocats sont obligés de transmettre l'accord à l'Officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, qui doit enregistrer cet acte, après qu'il a été contrôlé par le Procureur de la République ⁵³⁴.

Pour autant, cette procédure, caractérisée par un système de garanties dressé pour éviter les risques liés à une gestion de la crise familiale au dehors des mécanismes qui assurent le contrôle des autorités publiques, n'existe pas en France.

Cependant, ce « vide » de contrôle public pourrait également être assuré en France, en chargeant le notaire de ce passage, c'est-à-dire en prévoyant l'obligation de transmettre l'accord au procureur de la République pour qu'il le contrôle, mais rien n'a été prévu à cet égard.

Dans le même sens, on souligne la pleine et décisive prise de position du législateur italien en ce qui concerne la nature de la convention, ce qui a donné des soucis en France au regard de sa nature juridique.

Les termes « convention » ou « accord » renvoient à la nature juridique d'un pacte, à même de donner lieu à des obligations réciproques. La convention en objet donne effectivement lieu à des obligations entre les époux et envers les enfants, de sorte qu'on peut vérifier l'existence d'une convention conjugale et d'une convention parentale.

Quant à la première, elle concerne les hypothèses où le Procureur de la République effectuerait un contrôle rapide, superficiel, s'agissant de conjoints sans progéniture ou avec une progéniture économiquement indépendante.

Dans le cas contraire, le contrôle du Procureur n'est pas rapide, car il lui faudra vérifier la régularité de la forme et du fond de l'accord et qu'il réponde bien aux besoins des enfants. Il ne donnera son autorisation que si ces conditions sont respectées, renvoyant encore une fois à la supériorité de la sphère publique sur celle du privé.

Sur ce point, E. BARGELLA, *op. citée*, p. 366.

⁵³⁴ Art. 6 D.L. 132/2016, qui établit qu'après le nihil obstat du procureur de la République, les avocats sont obligés à transmettre l'accord à l'officier de l'état civil, car il l'enregistre. Si les avocats n'accomplissent pas cette formalité, dans le délai impératif de dix jours à partir de l'autorisation du procureur de la République.

Le Procureur doit en fait vérifier que le choix des parties n'est pas illégitime, égoïste, nuisible aux individus les plus faibles du couple, en réalisant une intervention qui permette d'accorder le *nihil obstat* uniquement si on ne constate pas d'irrégularités⁵³⁵.

Cela empêche d'affirmer qu'après la déclaration du Procureur de la République la convention pourra être modifiée à l'instar d'un simple contrat. Et c'est donc plus sécurisant qu'en droit français.

En fait, la Loi 162/2014 établit que la modification de la convention n'est pas libre, mais soumise à un contrôle du procureur de la République, ce qui confirme que cet accord n'a pas de caractère contractuel, car dans tous les cas l'intervention de cette autorité judiciaire et son autorisation peut produire les mêmes effets qu'une décision judiciaire⁵³⁶.

De ce fait, excluant qu'il s'agisse d'un acte notarial ou d'un écrit privé, la nature de la convention ne pose pas les mêmes problèmes que ceux dont doctrine et praticiens ont conscience en droit français.

L'évolution vers la privatisation des relations familiales n'est donc pas brutale, car le législateur italien a cru bon de valoriser l'autonomie des parties qui divorcent sans que la modernisation de la justice et les exigences qui lui sont liées puissent signifier un affranchissement du contrôle des sujets publics.

Paragraphe 2. La séparation de corps.

On verra l'examen du formalisme des procédures de séparation en France (A) et en Italie (B).

A - L'examen du formalisme des procédures de séparation en France. En France, avant la réforme du divorce par la [loi n° 75-617 du 11 juillet 1975](#),

⁵³⁵ Trib. Torino 15 gennaio 2015, in [www.dejure.it](#).

⁵³⁶ Cass. civ. Sez. II, Sent., 21-01-2020, n. 1202 in [www.dejure.it](#).

les pactes de séparation amiable étaient strictement interdits, s'agissant d'accords de nullité absolue⁵³⁷.

En fait, on considérait ces pactes comme une violation d'une règle impérative relative à l'état des personnes, de sorte que l'on pouvait en déduire que la séparation de corps par consentement mutuel était interdite.

En cohérence avec la thèse institutionnelle du mariage, toute réglementation privée du relâchement du lien conjugal était exclue, car seul l'Etat pouvait intervenir pour gérer la matière, caractérisée par l'impérativité et par conséquent par l'impossibilité de reconnaître un rôle à l'autonomie privée.

Pour cette raison, le lien du mariage ne pouvait être relâché au dehors des conditions fixées par la loi, sous peine de nullité.

Toutefois, par la réforme du divorce de 1975 ([L. n° 75-617, 11 juill. 1975](#), JO 12 juill.), le système juridique français avait admis la séparation de corps par consentement mutuel, qui était soumise à l'homologation du juge.

En fait, les juges pouvaient prendre en compte les pactes de séparation amiable, surtout en ce qui concernait la définition des modalités de l'obligation alimentaire ou de la contribution aux charges du mariage, et les homologuer.

L'évolution vers la reconnaissance d'une marge de libre détermination des membres du couple était donc de plus en plus évidente, la faveur montrée par le législateur pour le recul de l'ordre public familial conduisant à remettre en discussion le système classique qui niait tout rôle de la contractualisation du droit de la famille. Toutefois, un contrôle de l'autorité judiciaire était nécessaire afin d'obtenir l'homologation du pacte conclu entre les parties.

En particulier, cette convention était dépourvue de toute force exécutoire en l'absence de la nécessaire homologation de la part du juge, en tant que « *longa manus* » de l'Etat afin de surveiller la nature des

⁵³⁷ Y. FAVIER, *Chapitre 12 – Séparation de fait – Section 2 - Pactes de séparation amiable, 122.21. Évolution*, in *Dalloz action Droit de la famille, 2020 -2021* — , in www.dalloz.fr.

rapports entre les parties du ménage conjugal qui allait se relâcher, mais non sans être dissous.

En fait, la convention acquérait la force et le rang d'une décision de justice, conséquence de cette homologation.

L'Etat ne renonçait pas à l'exercice de son rôle de « pater familias », pour vérifier l'équilibre des conditions portées par la convention, qui ne devaient pas nuire à l'autre conjoint et aux enfants communs.

Cet état de fait a perduré jusqu'en 2019.

En fait, la loi « Justice du 21^e siècle » n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, introduisant le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocat et déposé au rang des minutes d'un notaire, ne prévoyait aucune forme de séparation de corps sans juge.

Ce cadre juridique montrait toute sa faiblesse car il n'était pas logique de pouvoir divorcer « sans juge » alors que sa présence était nécessaire dans l'hypothèse d'une séparation de corps, beaucoup moins importante puisqu'elle implique seulement un relâchement du lien matrimonial, mais non sa dissolution.

Il était souhaitable d'intervenir à cette fin pour gérer par des accords une rupture sans conflit, ce qui allait dans la direction de la reconnaissance du pacte de séparation amiable.

La loi du 23 mars 2019 a finalement prévu la séparation de corps par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. Il s'agit de la déjudiciarisation de la séparation de corps de la même façon que ce qui a été prévu auparavant en matière de divorce par consentement mutuel, les cas et la procédure du divorce et de la séparation de corps étant en principe semblables. Plus exactement, pour la réglementation de la séparation de corps, l'article 296 renvoie aux cas et conditions du divorce.

Ainsi, la séparation de corps peut être constatée par une convention⁵³⁸, qui s'inscrit dans la catégorie des règlements des époux tendant à se soustraire à une intervention du juge dans leur vie privée.

L'autonomie privée des conjoints est donc reconnue et valorisée, de ce fait la convention peut concerner l'organisation de la vie des époux lorsqu'ils souhaitent se séparer, soit pour une période temporaire, soit dans l'attente de l'introduction de la procédure de divorce. Le juge toujours très présent pour les affaires personnelles et familiales est maintenant mis en retrait du fait de la déjudiciarisation⁵³⁹.

Il est évident, toutefois, que la convention ne peut pas être considérée comme le moyen qui assure le triomphe de la liberté absolue des membres du couple, car on ne doit faire figurer dans cet acte aucune disposition contraire à l'ordre public. Cet accord répond, donc, à des besoins spécifiques du couple, en matière de gestion des rapports financiers entre eux et envers les enfants communs, en ce qui concerne le choix de la loi applicable, s'agissant de domaines qui peuvent être bien abordés dans la convention sous signature privée contresignée par l'avocat. L'accord porte, donc, sur le principe de la rupture et permet aux époux de déterminer d'un commun accord l'exercice de leurs droits et de leurs obligations patrimoniales et extrapatrimoniales pendant la séparation.

L'autonomie privée occupe un rôle toujours plus large, tandis que la place des pouvoirs publics régresse.

De ce fait, le juge se retrouve presque au dehors de la procédure de séparation amiable, car les acteurs de la procédure sont les parties et les avocats.

Cette évolution, fondée sur la volonté d'abaisser les dépenses du contentieux, ne tient pas compte de l'essence de la séparation de corps, conçue à l'instar d'« *une antichambre du divorce, constituant une sorte de*

⁵³⁸ « Désormais, l'article 296 du code civil prévoit que la séparation de corps peut, à l'instar du divorce, être « prononcée » par le juge ou « constatée » par une convention sous signature privée déposée au rang des minutes d'un notaire ».

⁵³⁹ N. BAILLON-WIRTZ, *Réforme de la justice La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille*, in *Revue Juridique Personnes et Famille*, N° 5, 1er mai 2019.

période provisoire dans l'attente d'une rupture plus radicale du lien matrimonial »⁵⁴⁰.

Pour cette raison, plutôt que d'acter vers la reconnaissance de l'autonomie des parties et le retrait des pouvoirs publics, parce que les avocats peuvent organiser par convention⁵⁴¹ le relâchement du mariage de leurs clients, en établissant les modalités de la séparation tant entre eux et envers les enfants, le contrôle du Juge représenterait le moyen toujours le plus apte à assurer la protection des individus qui ont créé la « règle du cas concret » et qui parfois n'ont pas la capacité de comprendre et prévoir les effets de leurs décisions entre eux et envers la progéniture commune.

Il ne s'agit pas d'un retour au passé, car l'art. 300 du Code civil utilise expressément le terme « convention de séparation de corps », ce qui souligne une évolution dans la mentalité juridique ainsi que dans la phase de la séparation, mais d'éviter tous risques liés à la multiplication de contentieux qui peuvent se manifester lorsque les intérêts patrimoniaux de l'un d'entre eux sont gravement atteints.

B – L'examen du formalisme des procédures de séparation en Italie.

L'accord de séparation prévu par la loi italienne 162/2014, de conversion D.L. 132/2014, constitue dans le droit italien l'un des moments les plus importants de la réglementation de la crise du couple par les parties mêmes⁵⁴².

En particulier, comme on l'a vu en droit français, cet accord vise à organiser, par l'autonomie privée, les rapports découlant de la séparation, ce qui est

⁵⁴⁰ ÉGEA V., *Droit de la famille*, 2016, LexisNexis, n° 399, p. 210, in L. THORAVAL, *Que reste-t-il du pacte de séparation amiable?* in *Petites affiches*, LPA 05 fév. 2018, n° 132f9, publié le 05/02/2018, p. 8.

⁵⁴¹ L'art. 300 du Code civil fait référence expresse à la convention de séparation de corps, de ce fait légitimant la voie vers une évolution de la séparation toujours plus marquée vers la de- juridisation.

⁵⁴² En réalité, on a remarqué que la prévision de la « separazione consensuale » en Italie constitue le premier pas vers la privatisation de la famille, car elle permettrait aux conjoints de se séparer en dehors de causes typiques régissant la séparation judiciaire. Aa.VV., *La separazione consensuale*, in *La separazione personale dei coniugi, Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU E F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da Piero Schlesinger, Giuffrè. 2015. p. 2. De ce fait, l'Etat commençait à refuser son rôle de protection de l'unité familial.

possible en vertu du dépassement de la thèse qui ne reconnaissait pas le relâchement du lien conjugal par consentement mutuel sur la base du fait qu'on devait privilégier les intérêts de la « société familiale » plutôt que ceux de ses composants.

On croyait en fait que la famille devait être considérée dans sa dimension publique⁵⁴³ et non privée⁵⁴⁴, ce qui empêchait toute réglementation autonome de la séparation, et, depuis 1975, rendait nécessaire une homologation par le Tribunal, qui donnait lieu à une autorisation de vivre séparés.

De nos jours, précisément depuis 2014, le rôle du Tribunal a été remplacé par l'intervention des avocats, chargés de la rédaction de l'accord de séparation qui ne doit pas être contraire aux dispositions d'ordre public régissant l'institution familiale et doit être signé par eux.

Cet état de fait confirme que l'accord de séparation, expressément appelé « *convenzione di separazione* », comme régi par l'art. 6 du D.l. 132/2014, après sa conversion dans la loi 162/2014, présente un contenu obligatoire et un contenu éventuel.

La reconnaissance du pouvoir des parties de se déterminer rencontre en fait la limite de l'ordre public de la famille, car il est obligatoire de déterminer certaines conditions générales, comme la volonté de vivre séparés, les rapports avec les enfants et leur « *mantenimento* » et celui de l'autre conjoint, pour garantir l'ensemble des rapports personnels et patrimoniaux des conjoints ; ensuite, l'exercice de l'autonomie privée qui peut se manifester dans la définition et la réglementation des situations ultérieures, s'agissant de régler un cadre le plus possiblement complet des rapports réciproques, ainsi que patrimoniaux, constitués pendant le mariage, dans cette phase de relâchement du mariage⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Pour cette raison, il était nécessaire le contrôle du Juge, qui ne s'arrêtait pas au contrôle de l'existence des conditions de fonds de la séparation, car on devait vérifier la conformité de l'accord aux critères d'ordre public posés par la loi.

⁵⁴⁴ Cass. Civ. 21.07.1971 n. 2374 in G. OBERTO, *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, Giuffrè, 2012.

⁵⁴⁵ Sur le point, Cassazione civile sez. II, 25/10/2019, (ud. 13/09/2019, dep. 25/10/2019), n.27409, in www.dejure.it.

Il s'agit, dans ce dernier cas, d'obligations différentes de celles indiquées dans la première partie de l'accord, qui coexistent pour raisons pratiques et persistent aussi dans le cas de cessation de *l'affectio coniugalis*.

Il est clair que ce dernier constitue un accord atypique mais légitime à la lumière de l'art. 1322 du Code civil, en tant qu'expression de l'autonomie contractuelle des parties, qui ne peut pas être considérée comme une convention matrimoniale dans le sens traditionnel du terme, car on constate soit le défaut de cohabitation, soit le fait qu'il ne s'agit pas une donation, l'esprit de libéralité qui caractérise ce contrat étant absent. Cependant, il faut que cet accord ne soit pas contraire aux dispositions de lois impératives⁵⁴⁶.

De ce fait, ce caractère atypique n'équivaut pas à la reconnaissance de ce que les thèses sur la nature contractuelle du mariage affirment.

Le rôle que l'art. 1322 du Code civil exerce à cette fin est toujours perceptible, la prévision en objet établissant que toute réglementation de l'autonomie privée en dehors de la sphère typique indiquée par le législateur ne doit pas se poser en contradiction avec les principes qui régissent le système juridique en matière d'ordre public et de bonnes mœurs.

Le fondement de cette théorie se trouve dans la notion de statut, de nature publiciste et qui, pour cette raison, se soustrait à toute manifestation d'autonomie des parties.

Pour autant, aucune légitimité ne pourra être reconnue dans la clause de l'accord de séparation qui présente cette contrariété, car la volonté des parties est secondaire à ce regard.

⁵⁴⁶ Cassazione civile sez. III, 30/08/2019, n.21839, in www.dejure.it.

Dans cette première section on a pu constater l'évolution en matière de divorce et de séparation du couple.

Les procédures établies par les réformes en France et en Italie ont eu pour but de déjudiciariser les mécanismes de dissolution ou de relâchement du couple quand les époux sont d'accord sur la rupture et ses suites.

De ce fait, le contrôle du Juge a été complètement supprimé en France tandis qu'en Italie il demeure quand les avocats ont rédigé la convention de divorce ou de séparation, ce qui permet de souligner que ce cadre est plus cohérent avec ce qui a été affirmé par la Cour de justice de l'Union Européenne.

Les Juges de Luxembourg ⁵⁴⁷ ont, en effet, affirmé que le caractère privé du divorce est exclu si un contrôle public a été opéré, de sorte qu'une décision émise par une Autorité judiciaire n'est pas nécessairement requise.

Ce cadre démontre l'évolution juridique qui a permis aux époux d'obtenir une décision dans des termes plus rapides qu'auparavant, grâce à la rédaction d'une convention de divorce ou de séparation par Avocats, ou, pour l'Italie, grâce au maire, en qualité d'officier de l'état civil.

La privatisation de la procédure est plus évidente en France, celle-ci n'étant pas similaire en Italie, où les Avocats sont obligés de soumettre la convention au Procureur de la République pour qu'il donne son accord, et, dans le délai impératif de dix jours après le nihil obstat, de transmettre l'acte à l'officier de l'état civil pour son enregistrement.

Cette procédure est plus sécurisante que celle existant en France, où tout est remis entre les mains des Avocats et des Notaires. Il est clair que, si ces derniers sont des officiers publics, ils ne sont pas à même de garantir un contrôle à l'instar du Juge. Il s'agit du même problème qui se manifeste en Italie lors de la procédure devant le maire, dans le cas où il n'y pas d'enfants mineurs, ou d'enfants majeurs handicapés ou économiquement autonomes.

⁵⁴⁷ CGUE, décision 20.12.2017 affaire c- 372/16, *Sahyouni c. Mamisch* : « ainsi, à la lumière de la définition de la notion de "divorce" qui figure dans le règlement n° 2201/2003, il ressort des objectifs poursuivis par le règlement n° 1259/2010 que celui-ci ne couvre que les divorces prononcés soit par une juridiction étatique soit par une autorité publique ou sous son contrôle ».

Le problème qui se pose dans ce dernier cas concerne le règlement économique, car le divorce comme la séparation ont également des conséquences patrimoniales.

Section 2. La réglementation économique de la crise familiale.

Examinant les aspects procéduraux de la séparation et du divorce, précisément ceux modifiant le statut personnel des époux mariés, il est aussi important d'analyser la réglementation économique du relâchement du mariage et de sa dissolution. En particulier, on essayera d'étudier les enjeux de l'évolution de la conception de la famille en matière de paiement de la prestation économique découlant de la séparation ou du divorce (paragraphe 1) et l'exclusion de l'accomplissement de contrôle sur l'équité de la prestation économique découlant de la séparation ou du divorce, par l'Officier de l'état civil en Italie (paragraphe 2) lorsqu'il est saisi par les conjoints qui souhaitent se séparer ou divorcer.

Paragraphe 1. Les enjeux de l'évolution de la conception de la famille en matière de paiement de la prestation économique découlant de la séparation ou du divorce.

Dans ce paragraphe, on s'occupera d'examiner l'évolution en la matière de paiement de la prestation compensatoire en France ou *assegno di divorzio* en Italie (A) et de la pension alimentaire en France et de l'*assegno di separazione* en Italie (B).

A – L'évolution en la matière de paiement de la prestation compensatoire en France et de l'*assegno divorzile* en Italie.

A l'issu du divorce, les époux peuvent se trouver dans une situation pécuniaire différente, qu'il faut réglementer car la dissolution du mariage entraîne la disparition du devoir de secours.

Pour dépasser cet obstacle, les deux législateurs ont prévu l'obligation de versement d'une prestation dite compensatoire⁵⁴⁸ ou d'un *assegno*

⁵⁴⁸ Art. 270 du Code civil

*divorzile*⁵⁴⁹ pour le conjoint qui n'a pas les moyens économiques pour le maintien de son train de vie⁵⁵⁰.

En France, cette prestation est destinée à compenser⁵⁵¹, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vies respectives. Elle est réglée sous forme d'un capital (dont le versement peut éventuellement être étalé dans le temps), c'est-à-dire d'une somme d'argent, d'une attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit.

Il n'est pas exclu que cette prestation soit parfois versée sous forme de rente⁵⁵², le débiteur de cette prestation compensatoire fixée par le juge ou par convention sous cette forme pouvant à tout moment, saisir le juge d'une demande de substitution d'un capital à tout ou partie de cette rente, sans qu'il y ait lieu, pour en apprécier le bien-fondé, de distinguer selon la nature viagère ou temporaire de la rente⁵⁵³.

Dans le droit italien, *l'assegno de divorzio* peut faire l'objet d'une prestation périodique ou, moyennant une autorisation du Tribunal, d'une prestation unique, par versement d'une somme d'argent ou par transfert de la propriété de certains biens, dans ce cas les époux mettant fin à tous problèmes patrimoniaux entre eux⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Art. 5 L. 878/1970.

⁵⁵⁰ Toutefois, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « *la **prestation compensatoire** n'est pas destinée à égaliser les fortunes, ni à corriger les conséquences du régime matrimonial adopté par les époux ; mais elle doit permettre de pallier l'importance du déséquilibre des situations économiques respectives des époux* » (CA Paris, 23 sept. 2010, RG : n° 09-01961), in *Etude 270, Montant de la prestation compensatoire, Le Lamy Patrimoine*.

⁵⁵¹ L'article 271 du Code civil énonce, dans son alinéa premier, que la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.

⁵⁵² **L'article 278 du Code civil, comme modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 50**, établit *qu'en cas de divorce par consentement mutuel, les époux fixent le montant et les modalités de la prestation compensatoire dans la convention établie par acte sous signature privée contresigné par avocats ou dans la convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge. Ils peuvent prévoir que le versement de la prestation cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé. La prestation peut prendre la forme d'une rente attribuée pour une durée limitée*.

⁵⁵³ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2019, n° 18-13663, ECLI: FR:CCASS:2019:C100259, FS-PB (cassation) Issu de L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes - n°06 - page 8, Date de parution : 01/06/2019.

⁵⁵⁴ Art. 5 loi n. 878/1970. Cette solution permettrait de réduire le contentieux lié aux demandes de modification de l'assegno. Sur ce point, C. BENANTI, *Dal sistema alle riforme : l'assegno di divorzio*, in U. SALANITRO, *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?* Pacini, 2019, p. 75.

De ce fait, la prestation compensatoire ou *l'assegno de divorzio* sont des moyens visant à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage détermine dans les conditions de vie respectives des mariés⁵⁵⁵.

En particulier, en raison de l'introduction de la procédure de divorce déjudiciarisée, en France on s'est interrogé sur le contrôle à faire dans le cas où la convention a été rédigée par des avocats.

Cet état de fait impose seulement au notaire de vérifier la présence des mentions obligatoires (C. civ. 229 -[1](#)) ainsi que des annexes à la convention, et de s'assurer que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion de 15 jours ([C. civ., art. 229-1](#), al. 2)⁵⁵⁶ : sur ce point, il est en fait établi que *« si le notaire n'a pas à contrôler le contenu ou l'équilibre de la convention, il doit, avant de pouvoir effectuer le dépôt de la convention au rang de ses minutes, vérifier la régularité de celle-ci au regard des dispositions légales ou réglementaires. Pour autant, s'il est porté manifestement atteinte à l'ordre public (une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation ou une clause de non-remariage par exemple), le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté »*⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Une doctrine a affirmé que : *« la fin de l'union mettant fin à cette obligation (l'obligation de contribuer aux charges du mariage), le moins fortuné des deux se trouve nécessairement exposé à une baisse de train de vie. C'est bien cette situation que le versement de la prestation compensatoire est amené à corriger, et non pas les conséquences du fonctionnement normal du régime »*. M. GAYET, *Prestation compensatoire et situation patrimoniale antérieure au mariage*, *Droit de la famille* n° 7-8, Juillet 2019, comm. 148. *Le droit italien définit l'« assegno divorzile » comme moyen visant à équilibrer les différents niveaux de vie que la rupture implique* : sur ce point, G. CONTIERO, *Il trattamento economico nella separazione e divorzio*, Giuffrè, 2019, p. 56.

⁵⁵⁶ L'[Article 229-1](#) du Code civil français établit que « lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article [1374](#). Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

⁵⁵⁷ Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, in www.legifrance.fr.

Le législateur a donc prévu un moyen visant à donner une reconnaissance définitive à l'accord qui établit le versement de la prestation compensatoire, ayant une nature forfaitaire⁵⁵⁸, ce qui a pour but d'arrêter le contentieux post-divorce mais qui n'exclut pas les possibilités de modification ou de révision.

La prestation compensatoire peut en pratique, s'inscrire dans le cadre d'une convention ou peut résulter de dispositions légales.

Dans la première circonstance, les époux peuvent prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire ([C. civ., art. 279, al. 2](#)).

Une telle faculté peut être prévue aussi bien dans la convention d'origine réglant les effets du divorce que dans une convention modificative. Elle doit pouvoir être invoquée par l'un ou l'autre des ex-époux.

Le [troisième alinéa du nouvel article 279 du Code civil](#), auquel renvoie l'article 279-1, déclare applicables à la prestation compensatoire convenue par les époux les dispositions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 275 ainsi qu'aux articles 276-3 et 276-4, selon que la prestation prend la forme d'un capital (échelonné) ou d'une rente.

Le législateur français montre que la déjudiciarisation accomplie dans le cadre du processus qui vise à reconnaître le rôle central de la personne humaine comme individu et non comme partie d'un groupe homogène, n'est pas absolue et dépourvue de toute logique, car la modification du montant de la prestation en objet ne peut être remise à un accord des ex mariés.

En fait, il faut une intervention du Juge, ce qui permet d'exclure les risques liés à l'administration du divorce géré par des « juges privés », c'est-à-dire les ex conjoints.

⁵⁵⁸ Dès 1975, le législateur a manifesté sa volonté de fixer irrévocablement les effets pécuniaires du divorce au moment de son prononcé et de favoriser leur exécution en une seule fois, pour éviter tant la révision que l'exécution échelonnée dans le temps. Cette loi a donc prévu la prestation compensatoire, insusceptible de révision et qui s'exécute en principe en capital. K. GARCIA, *Synthèse - Cas de divorce, Essentiel*, 4 Mars 2020.

Le Juge est en fait l' autorité qui peut au mieux analyser le fondement de la demande de la révision ou de la mise à jour de la prestation compensatoire, car il examine tous les éléments objectifs qu'elle présente au soutien de leur requête.

Si le droit français a toujours défendu l' intérêt d'assurer les moyens de vivre au conjoint qui n' en avait pas (l'article 271 du Code civil énonce, dans son alinéa premier, que la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible), le droit italien a en revanche visé à assurer le niveau de vie dont le conjoint avait joui pendant le mariage.

Il s' agissait d' une évaluation qui n' avait aucun lien avec le principe de solidarité sous la forme du devoir de secours, car la formule « niveau de vie pendant le mariage », renvoie à une évaluation qui n' est pas liée à l' état de besoin, c' est à dire à la nécessité d' assurer les moyens de survivance au conjoint qui ne les a pas.

Cela ne se limite pas à assurer au conjoint le plus faible économiquement le strict nécessaire à sa survivance, mais à lui permettre de jouir des mêmes ressources que celles reçues pendant le mariage ; ce qui toutefois n'était pas souhaitable car aucune disposition de loi ne prévoyait une assistance entre les conjoints outre celle découlant du devoir de secours.

Des décisions jurisprudentielles affirmaient, toutefois, ce principe impératif, étant prévu au profit du conjoint qui n'avait pas les moyens pour garder le niveau de vie du mariage⁵⁵⁹, mais en 2017 les Juges de la Cour de Cassation ont corrigé ce principe⁵⁶⁰.

Cette décision établissait qu'il fallait vérifier si l'ex époux était titulaire de revenus personnels, y compris de biens immobiliers et de comptes courants, s'il était capable de travailler compte tenu de son âge, de sa condition de santé et du contexte économique de référence⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Cass. civ. sez. un. 29 novembre 1990, nn. 11489, 11490, 11491, 11492, in *www.dejure.it*.

⁵⁶⁰ Cass. civ. n. 11504/2017 in *www.dejure.it*.

⁵⁶¹ Par cette décision le principe de l'auto responsabilité devient central dans la gestion économique du divorce.

Ces critères posés par la décision dite Grilli ont fait l'objet d'un revirement en 2018, par une décision de la même Cour qui a affirmé que la solidarité doit être évaluée dans le cadre de l'apport que le conjoint a donné pour réaliser l'équilibre dans la famille lorsque la communauté morale et matérielle était en vie⁵⁶².

Pour cette raison, la durée de l'union et la renonciation au travail sont deux critères dont l'importance ne peut pas être niée dans la détermination de l'assegno⁵⁶³, qui a une finalité compensatoire.

Il en est de même en droit français, où le terme « prestation compensatoire » renvoie à la nature de ce versement, visant au rééquilibrage des rôles dans le couple divorcé⁵⁶⁴. La nature de cette prestation a toujours été analysée comme étant à la fois indemnitaire et alimentaire.

Les problèmes pourront se poser là où la détermination du montant de l'assegno est faite par les parties quand elles divorcent devant l'Officier de l'état civil. Dans ce cas, équilibre et compensation ne sont pas nécessairement les critères fondant la décision des parties, qui peuvent s'accorder pour accepter un assegno qui ne prendra pas en compte des sacrifices que l'un a faits au profit de l'autre pour la réalisation du projet familial.

En fait, si le Procureur de la République peut refuser d'homologuer la convention établie par les avocats, le Maire, en tant qu'Officier de l'état civil, n'a pas le même pouvoir.

⁵⁶² Cass. civ. sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287 in www.dejure.it. Sur ce point, T. AULETTA, *La lettura della Cassazione, prima sezione, sulla natura ed i criteri fissati da S.U. 18287/2018 riguardo all'assegno di divorzio*, in *Famiglia*, 2020, pp. 50 ss. Une décision du 2019 confirme, en outre, cette prise de position, car on établit que les critères à la base du droit à l'assegno sont l'absence de ressources économiques personnelles et l'apport donné à la communauté familiale. Cass. 7 ottobre 2019, n. 24934, *Il familiarista.it*, 24 février 2020.

⁵⁶³ C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in U. SALANITRO, *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo*, cit. p.78.

⁵⁶⁴ H. Bosse-Platière ; J. Pierrot-Blondeau, *Droit à la prestation compensatoire*, Chapitre 135, in Dalloz action Droit de la famille, 2020-2021. Les Auteurs affirment que « *la prestation (compensatoire) a une nature incertaine, qui donne lieu depuis son origine, à un débat sans cesse renouvelé. Elle se présente tour à tour sous différents aspects, parfois forfaitaire, parfois indemnitaire, et enfin parfois alimentaire. En réalité, la prestation compensatoire est un peu tout cela car elle vise aussi bien* » une fois pour toutes au rééquilibrage des situations en présence, à réparer un préjudice, et enfin, à compenser une disparité dans les conditions de vie respective.

Il peut seulement vérifier que les conditions de fond ont été satisfaites, en agissant par un contrôle rapide, ce qui montre l'inaptitude de la prévision législative qui s'établira en dehors du fondement de la solidarité du couple si les ex conjoints s'accordent sur ce principe ou si le conjoint le plus fort impose sa décision à l'autre.

B - L'évolution en la matière de paiement de la pension alimentaire en France ou de l'assegno di separazione en Italie.

Pendant la communauté de vie, le devoir de secours coexiste et se confond avec celui de contribution aux charges du mariage, mais si une **séparation** de corps se passe, ces deux devoirs se distinguent et le devoir de secours se présente sous la forme de versement d'une pension alimentaire⁵⁶⁵ ou d'un « assegno di separazione ⁵⁶⁶» qui sont dues à l'époux dans le besoin.

Ce cadre confirme que la solidarité conjugale n'est pas abandonnée lorsqu'une procédure de séparation est en cours, parce que ce devoir persiste et prend également une forme pécuniaire, les deux législateurs ayant cru nécessaire de protéger l'époux le plus faible au niveau économique.

En droit français, la pension alimentaire peut être octroyée au – delà du tort du conjoint qui la demande, ainsi que le déclare expressément l'article 303 alinéa 1^{er} du Code civil, car c'est l'évaluation liée à l'existence de l'état de besoin du créancier qui importe, ce que confirme le fait que cette pension est soumise aux règles des obligations alimentaires.

La Cour de cassation française a rappelé que la séparation de corps « *ne mettant pas fin au lien conjugal, laisse subsister entre les époux le devoir réciproque de secours que ce texte leur impose ; il en résulte que la demande de pension alimentaire formée par l'un d'eux ne peut être écartée au seul motif que la séparation de corps a été prononcée aux torts réciproques des époux* »⁵⁶⁷.

Cependant, si cela est nécessaire, on peut remplacer cette pension, en tout ou partie, par la constitution d'un capital, selon les règles des articles 274 à 275-1 et 277 du code civil relatif à la prestation compensatoire et dans le

⁵⁶⁵ Art. 303 du Code civil.

⁵⁶⁶ Art. 156 du Code civil.

⁵⁶⁷ Civ. 2^e, 1^{er} déc. 1976, n° 75-15.733, *Bull. civ. II*, n° 324; *D.* 1977. IR 140.

cas où le capital est insuffisant pour couvrir les besoins du créancier, celui-ci peut demander un complément sous forme de pension alimentaire (art.303 c. civ.).

En ce qui concerne le droit italien, la jurisprudence de la Cour de Cassation a affirmé à plusieurs reprises que l'*assegno* di separazione ou mantenimento ne vise pas à rétablir le niveau de vie dont l'époux qui demande le versement de la prestation a joui pendant le mariage, affirmant ainsi que l'*assegno* est effectivement le moyen qui réalise la solidarité entre les deux conjoints et non des finalités ultérieures à ces dernières⁵⁶⁸.

Comme dans le droit français, c'est l'état de besoin qui constitue le paramètre d'évaluation du montant de la prestation, compte tenu de l'existence de la communauté morale et matérielle pendant le mariage, comme une décision de la Cour de Cassation l'a jugé, parce que s'agissant d'un *assegno de mantenimento*, il faut *mantenere* quelqu'un (le conjoint le plus vulnérable au niveau économique) dans une situation spécifique⁵⁶⁹, qui est celle vécue lors de la communauté spirituelle et matérielle caractérisant le mariage. Il faut permettre au conjoint le plus faible économiquement de réaliser un niveau économique proportionnel à la contribution qu'il a donnée pour l'accomplissement du projet marital.

Il découle, de ce fait, que si l'*affectio coniugalis* n'a pas existé pendant le mariage, il n'y a pas de fondement logique qui justifie la demande⁵⁷⁰ de versement dudit *assegno di mantenimento*⁵⁷¹.

Le législateur italien, de façon expresse, souligne la stricte liaison entre le versement et le rôle qu'a eu par le conjoint au-dedans du *consortium*

⁵⁶⁸ Cassazione civile sez. VI, 19/06/2019, n.16405 in *www.dejure.it*.

⁵⁶⁹ Un Auteur a mis en évidence l'absence de définition juridique de cette notion dans le Code civil. F. SALERNO, *ouvrage citée*, p. 191.

⁵⁷⁰ Le Juge ne peut pas décider sur l'*assegno di mantenimento* s'il n'y a pas une demande du conjoint qui veut bénéficier de cette prestation. Il faut toutefois souligner que le critère fondant le versement de l'*assegno*, c'est-à-dire la nécessité de sauvegarder le « *tenore di vita* » joui pendant le mariage peut ne pas être tenu en considération si les conditions économiques de l'obligé ne le permettent pas.

⁵⁷¹ La doctrine a affirmé que la détermination de l'*assegno* de séparation doit être faite compte tenu du rôle du conjoint dans la réalisation du projet de vie maritale, comme le prévoit l'art. 5 de la loi sur le divorce, en vertu de l'interprétation faite par le Sect. UN. De la Cour de Cassation n. 18287/2018. Sur le point, L. PARLANTI, *Nota a: Cassazione civile, 19 giugno 2019, n.16405, sez. VI, Separazione e assegno di mantenimento: sparisce il criterio del tenore di vita?* *Ifamiliarista.it*, fasc., 31.10.2019.

familiare. Le conjoint n'est pas considéré individuellement, mais à l'intérieur d'une société dont la devise est la solidarité⁵⁷², de sorte que la théorie contractuelle de mariage ne peut trouver aucune application dans ce contexte.

Toutefois, les problèmes les plus sérieux concernent le montant de cette pension depuis l'introduction des procédures de séparation par notaire en France⁵⁷³ ou par *negoziiazione assistita*⁵⁷⁴ en Italie.

Dans le premier cas, le contrôle est fait par le Notaire, lorsqu'un accord est déposé, mais il s'agit d'un contrôle très rapide, qui n'affecte pas le fond de la convention établie entre les parties, ce qui n'assure pas la vérification de l'équilibre des conditions fixées par eux.

La séparation de corps « sans juge » obéit aux mêmes dispositions de loi prévues en la matière du divorce « sans juge », comme l'information de l'enfant mineur prenant la forme d'un formulaire (C. pr. civ., art. 1144) ; les mentions obligatoires de la convention de séparation de corps (nom du notaire ou désignation de la personne morale titulaire de l'office, modalités de recouvrement et de révision de la pension alimentaire lorsqu'elle prend la forme d'une rente viagère, répartition des frais en cas de bénéfice par l'un des époux de l'aide juridictionnelle, etc.) ; la signature en trois exemplaires C. pr. civ., art. 1145) ; la transmission de la convention dans un délai de sept jours pour un dépôt le délai est de quinze jours (C. pr. civ., art. 1146) ; la mention en marge des actes de naissance et de mariage (C. pr. civ., art. 1447) ; la production par le notaire d'une attestation de dépôt (C. pr. civ., art. 1148).

Rien ne renvoie aux critères de fond de fixation de la pension alimentaire dans le cas où la procédure est extra judiciaire, comme en droit italien quand la procédure se déroule devant le Maire en tant qu'Officier de l'état civil. Les exigences de solidarité peuvent subir un préjudice réel, même si c'est l'autonomie des parties qui s'est manifestée de cette façon.

⁵⁷² G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 187.

⁵⁷³ Les séparés peuvent fixer le montant de la pension alimentaire dans la convention qu'ils rédigent.

⁵⁷⁴ Le droit italien prévoit que les conditions de séparation peuvent être modifiées en présence des avocats si l'accord de séparation a été conclu en vertu de la procédure de *negoziiazione assistita*.

Pour cette raison, une intervention du législateur est fortement souhaitable à cet égard, pour la fixation de paramètres standard, qui établissent un minimum pécuniaire obligatoire, pour assurer au conjoint le plus faible au niveau économique les moyens nécessaires pour vivre.

Paragraphe 2. L'exclusion de l'accomplissement de contrôle sur l'équité de la prestation économique découlant de la séparation ou du divorce, par l'Officier de l'état civil en Italie.

Le droit italien établit que lorsqu'il n'y a pas d'enfants, les époux peuvent recourir à une procédure vraiment rapide, qui leur permet d'opter pour la séparation devant l'Officier de l'état civil (A) et ensuite pour le déroulement du divorce à la Mairie (B).

A – La séparation devant l'officier d'état civil.

Dans le droit italien, il est admis de se séparer à la mairie⁵⁷⁵, la procédure permettant d'éviter de saisir le Tribunal au profit d'une conclusion encore plus rapide de cette façon.

Les parties peuvent décider de se séparer devant le Maire du lieu de résidence de l'un des deux ou du lieu où leur acte de mariage a été enregistré⁵⁷⁶.

A côté de la procédure de « *negoiazione assistita* », régie par les avocats et soumise au contrôle du Procureur de la République, les époux peuvent donc exercer cette option de séparation lorsqu'il n'y a pas de progéniture mineure, d'enfants majeurs déclarés incapables ou affectés d'un handicap, ou qui ne sont pas économiquement indépendants.

⁵⁷⁵ Art. 12 D.L. 132/2014.

⁵⁷⁶ Ce cadre confirme que dans le système juridique italien une procédure de relâchement du lien conjugal totalement privée n'est pas admise. E. BERGELLA, *op. précitée*, p. 370.

Il a été en outre précisé qu'il faut qu'il s'agisse des enfants communs du couple⁵⁷⁷.

Ultime critère à remplir, la déclaration, sera faite par les deux parties, personnellement ou par avocat dont la présence est facultative, exprimant qu'elles souhaitent se séparer. Le contenu de cette déclaration fait ensuite l'objet d'un accord écrit, que les parties sont appelées à confirmer dans les trente jours suivants.

Il est bon de remarquer que dans ce cas la présence de l'avocat n'est pas obligatoire, étant donné que la procédure peut se dérouler entièrement entre les parties et le Maire, à la différence de celle que la même loi a établi en introduisant la clause de *negoiazione assistita*, gérée par les avocats⁵⁷⁸.

La voie vers la simplification de la procédure est donc bien engagée par la loi italienne, car les accords entre les parties ont la même force exécutoire que la décision judiciaire, ce qui montre que le législateur souhaite rendre plus rapides les procédures ayant des effets sur l'état des personnes.

Toutefois, dans ce cas, on constate que les parties sont obligées de se rendre à la Mairie deux fois, la première fois pour faire les déclarations, la deuxième pour les confirmer, car en l'absence de cette formalité, l'accord devient caduc.

Il s'agit, donc, d'une procédure totalement dé-judiciarisée, car l'accord n'est en aucun cas soumis au contrôle du Juge, même si le Maire est chargé de vérifier si les époux remplissent les conditions indiquées par la loi.

Son rôle est de certifier l'existence de ces dernières, non d'y apporter des modifications, car cela serait en dehors de ses pouvoirs.

Même si le Maire est un officier public, le législateur ne lui reconnaît aucune compétence à l'instar du Juge, l'autorité qui « *novit curia* » et qui doit rechercher toute solution possible pour la meilleure résolution des conflits entre les parties

⁵⁷⁷ Circ. Min. Intérieur 2.4.2015 n. 6.

⁵⁷⁸ Cette interprétation est l'effet de la prévision du Texte de l'art. 12 du D.L. 132/2014, qui ne fait pas référence à l'assistance obligatoire de l'avocat, mais tout simplement aux parties qui souhaitent se séparer.

De ce fait, il en résulte que le Maire ne peut pas intervenir pour rétablir l'ordre public violé lorsqu'une clause de l'accord serait posée au détriment de la partie la plus faible, par exemple au niveau économique.

Pour écarter cette éventualité, la loi a toutefois impérativement exclu tout pacte de transmission de droits patrimoniaux⁵⁷⁹, c'est-à-dire de paiement d'une somme d'argent « una tantum »⁵⁸⁰.

En fait, seul le Tribunal est chargé d'accomplir la vérification visant à examiner l'équité de l'attribution économique définie à titre de séparation, car l'Etat, toujours considéré comme le bon et raisonnable « pater familias », doit accomplir ce contrôle en dépit de la réglementation que les parties, consciemment, peuvent avoir voulue.

En revanche, on peut considérer comme légitime la clause qui définit le montant de l'« assegno di mantenimento » mensuel, permettant aux yeux du législateur d'accorder une protection effective au conjoint qui se retrouve avec peu de ressources économiques à la suite de la séparation, même si l'officier de l'état civil n'a pas les moyens de contrôler si cette somme est raisonnable.

On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette procédure. Le législateur a voulu rendre la procédure plus rapide, mais qui protège le conjoint le plus faible ?

Ce dernier s'accorde avec l'autre, conscient des risques qu'il peut encourir, sachant qu'aucun contrôle d'équité ne sera accompli par l'Officier de l'état civil sur le montant qu'il recevra.

Le mariage est devenu de cette façon la « chose des mariés », la « société humaine » qui naît et se relâche par une décision des membres qui la composent.

Le législateur italien, pourtant moins ouvert aux changements que son homologue français, a prévu une procédure juridique qui est totalement

⁵⁷⁹ art. 12, al. 3, d.l. 132/2014.

⁵⁸⁰ Le Conseil d'Etat sez. III, 26/10/2016, n. 4478 a affirmé que l'interdiction de pactes patrimoniaux n'exclut pas la réglementation de l'*assegno di mantenimento periodico*.

« privée », et cet état de fait ne tient pas compte des exigences de solidarité du couple dont la théorie institutionnelle du mariage est gardienne.

B- Le déroulement du divorce devant l'officier d'état civil.

Il est clair qu'une procédure devant l'Officier de l'état civil est également admissible aussi en phase de divorce.

L'art. 3, al. 2 lett. E) de la loi 898/1970, comme modifié par la Loi n. 55/2015, affirme que l'accord de séparation présenté au Maire est valable pour obtenir le divorce.

De la même manière que pour la séparation, dans le droit italien le divorce peut être prononcé par l'officier de l'état civil. Lorsque les parties s'accordent sur le relâchement du mariage, il est possible d'engager une procédure alternative aux moyens traditionnels de justice procédurale.

Il s'agit d'une procédure caractérisée par un formalisme faible, ce qui permet d'arriver au divorce dans un temps très rapide tout comme le cas où une séparation a été prononcé dans le cadre d'une procédure judiciaire, car seul est requis le consensus des parties.

Confirmant cette exigence, la loi a aussi prévu qu'il n'est pas nécessaire d'être assisté par un avocat, comme cela est d'ailleurs établi en matière de séparation devant l'Officier de l'état civil et qu'il n'est pas nécessaire de se présenter personnellement pour effectuer la déclaration de divorce.

En fait, le projet de loi semblait admettre la représentation par procuration spéciale, mais la loi a suscité des interrogations, car elle affirme le contraire, c'est-à-dire que les parties peuvent effectuer leur déclaration devant l'Officier de l'état civil « personnellement ».

Si cet état de fait, était effectivement, aussi strictement interprété, cela serait en contradiction avec les exigences de célérité et de simplification qui régissent la procédure de divorce en cause, alors que par ailleurs, le mariage par procuration est admis lorsqu'un des futurs conjoints se trouve à l'étranger (art. 111 du Code civil).

Pour cette raison, le silence gardé à cet égard par le législateur a été interprété comme l'admission de la procédure de divorce devant l'officier

de l'état civil par représentation, ce que confirme l'interprétation de l'art. 4 de la loi 898/1970. Ce dernier admet la représentation en matière de la dissolution du lien conjugal⁵⁸¹.

En pratique, la volonté de dé - judicialiser la procédure serait compromise dans le cas où le formalisme serait encore excessif.

Peut-être que cette exigence a inspiré le législateur là où il a affirmé, à l'instar de ce qui est prévu en matière de séparation devant l'Officier de l'état civil, qu'il ne doit pas y avoir d'enfants communs mineurs ou handicapés, ou économiquement non autosuffisants.

L'accord soumis à l'officier de l'état civil ne doit en aucun cas contenir de pactes de transmission de la propriété d'un bien, tandis que la constitution des rapports obligatoires entre les conjoints est possible.

La liberté que la loi reconnaît a des effets sur le plan personnel, comme l'état civil des parties, mais elle n'est pas étendue au niveau patrimonial, car l'Officier d'état civil ne peut assurer un contrôle sur l'équilibre des prestations patrimoniales prévues par les parties entre elles. Pour cette raison, et comme en matière de séparation, par cette procédure, l'Officier se limite à vérifier qu'une déclaration conjointe des époux a été établie, qu'il y a une séparation préalable, que les délais de loi ont été respectés et que les parties ont confirmé leur intention commune de divorcer.

Il s'agit d'un contrôle rapide, non sur le fond, mais qui ne lui permet pas au Maire de refuser la déclaration, sauf dans le cas de l'absence de ces critères. En fait, l'art. 7 du D.P.R. 396/2000 affirme que le pouvoir de rejet n'est pas l'effet d'une décision unilatérale de l'Officier de l'état civil, mais le résultat de la constatation que ne subsistent pas les conditions de loi. Si le refus est illégitime, les époux peuvent saisir le Tribunal d'un recours.

Hormis cela, il est possible d'exprimer des réticences à l'égard de cette procédure. La vie humaine nécessite une réglementation des sentiments et des problèmes économiques ; pour cette raison, l'Etat est toujours intervenu pour éviter les conflits qui peuvent découler de la gestion de la crise familiale, surtout au niveau économique, où le risque d'un préjudice

⁵⁸¹ Tribunale Milano sez. IX, 19/01/2016, (ud. 14/12/2015, dep. 19/01/2016) in *www.dejure.it*.

au détriment du conjoint le plus vulnérable est fort. Privatiser ne signifie pas pouvoir laisser aux parties une marge très large de liberté en dehors de tous contrôles.

Dans ce chapitre, on a souligné l'évolution vers la privatisation de la matière familiale lorsqu'une crise s'est présentée.

Le législateur italien tout d'abord, et son homologue français ensuite, ont encadré la matière de la séparation et du divorce amiables en dehors de l'intervention du Juge : les avocats sont chargés de rédiger la convention de séparation ou divorce, le rôle du Juge étant secondaire.

En fait, comme on l'a constaté en droit français, la loi du 23 mars 2019 a finalement prévu la séparation de corps par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. Pour la loi italienne, c'est le Procureur de la République qui doit valider l'accord des conjoints qui veulent se séparer ou divorcer, dans le cas où il y a des enfants mineurs ; en revanche, dans le cas où les enfants sont majeurs il est possible de se dispenser de l'officier de l'état civil.

Cela est identique dans le cas du divorce. En France, le nouvel article 229-1 du Code civil permet d'affirmer que le divorce n'est plus un acte seulement judiciaire, car « *lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374* ». Il en est de même dans le droit italien, où les prévisions établies par le D.L. 162/2014 sont identiques à celles régissant la matière de la séparation à l'amiable. Le but de la réforme est donc de rendre plus rapide la procédure en vertu de la valorisation de l'autonomie des parties. En fait, les parties s'accordent et règlent le relâchement de leur mariage ou de leur divorce, ce qui n'était pas envisageable jusqu'alors.

L'autonomie des parties se manifeste également lors de l'établissement de la prestation économique due pour compenser la disparité que la rupture du mariage entraîne dans les conditions de vie respectives des mariés. En fait, la valorisation de l'autonomie personnelle de chacun des parties leur permet de disposer du montant de la prestation compensatoire ou de *l'assegno de divorzio*.

Chapitre II La réglementation « privée » de la succession.

Le droit réglant le post mortem du de cujus dans le contexte familial est aujourd'hui caractérisé par une évolution qu'il convient d'étudier.

En fait, au principe selon lequel le mariage établissait un lien qui durait au-delà de la mort de ses membres a été substitué un principe selon lequel les époux peuvent décider comment régler leur patrimoine après la mort.

En réalité, cette évolution est plus évidente dans le droit français que dans celui italien, toujours plus réticent à admettre des mécanismes qui assouplissent la solidarité conjugale. De ce fait, il est évident que le mariage établit un lien qui n'est plus indissoluble quant à l'acte qui le constitue, mais non à l'égard de certains effets qui en découlent.

Cet état de fait est confirmé par la possibilité, en droit français, de régler la succession entre les conjoints en vertu de pactes qui n'entraînent pas la violation de l'interdiction des pactes successoraux.

En pratique, les époux peuvent décider de renoncer de façon anticipée à leur part de réserve, à condition que cette action soit accomplie par les réservataires majeurs (C. civ., art. 929 , al. 1er).

En revanche, cela n'est pas prévu par le droit italien, pour qui la solidarité familiale constitue un principe indérogeable et exclusif de toute logique conventionnelle. En fait, le législateur admet seulement l'action en réduction lorsqu'on constate qu'ont été violés les droits des légitimaires, parmi lesquels figure le conjoint.

Aucune renonciation n'est possible car la famille instaure un lien qui résiste à toutes situations y compris le décès. A cela s'ajoute l'interdiction des pactes successoraux, car il n'est pas possible de réglementer la matière successorale par contrat.

En ce qui concerne la réglementation de la phase du post mortem en matière de pacs/union civile et de concubinage, on verra que les lois nationales ont chacune leur vision du phénomène.

En fait, dans le cas de prédécès du pacsé/uni civil, si le législateur français adhère à un modèle qui exclut en principe toute assimilation avec le mariage (ce qui se traduit notamment par l'exclusion de la reconnaissance de droit successoraux aux partenaires pacsés), le droit italien a en revanche établi que la réglementation du droit du post mortem des unis civils est identique à celle établie pour le mariage. Pour autant, dans la structure de l'union civile italienne, la parification des droits des conjoints mariés à ceux des unis civils confirme qu'une évolution est en cours et que le mariage perd de jour en jour sa singularité.

Le silence est en revanche gardé par les deux lois en matière de réglementation des droits successoraux en cas de prédécès de l'un des concubins. Malgré la juridisation du phénomène, on constate en fait que le droit français et italien se taisent à cet égard, de sorte que seulement les prévisions d'un testament peuvent dépasser cet obstacle.

Aucun droit successoral n'est enfin reconnu si l'union para conjugale a cessé par la volonté des parties.

Pour autant, on examinera les principes généraux réglant la succession du couple marié et pacsé/des concubins (section 1) et la succession héréditaire en cas de crise matrimoniale/ du pacs et du concubinage (section 2).

Section 1 Les principes généraux réglant la succession du couple marié et pacsé/des concubins.

Le droit successoral du couple marié est organisé autour de deux principes incontournables⁵⁸², la réserve au profit du conjoint (qui est totale en l'absence de descendants) et l'action en réduction dans le cas où le droit à la quote-part indisponible a été violé.

Le droit à percevoir cette partie se fonde sur la nécessité d'empêcher la dispersion de la richesse accumulée pendant le consortium vitae par les conjoints, qui peuvent avoir coopéré, surtout dans le cas où le régime

⁵⁸² Selon la tradition chrétienne, la succession est considérée comme le ciment de la famille, corollaire de la solidarité entre les générations. A. M. LEROYER, *Droits des successions*, Dalloz, 2020, p. 29.

matrimonial a été celui de la communauté légale, pour améliorer le niveau économique de la famille.

De ce fait, il serait illogique de priver le conjoint de la portion indisponible, de sorte que les deux législateurs ont prévu un instrument contre toutes situations affectant ce droit, c'est-à-dire l'action en réduction (cela est en réalité très récent en droit français, car dans le Code civil de 1804 et jusqu'à la loi du 3 décembre 2001, le conjoint n'héritait pas⁵⁸³).

Toutefois, on constate de nos jours une évolution touchant le droit successoral de la famille, qui admet de moduler de différentes façons ce droit.

Pour cette raison, on étudiera le maintien des principes d'ordre public en matière successorale (Paragraphe 1) et la différente modulation du principe d'impérativité réglant la matière successorale (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le maintien des principes d'ordre public en matière successorale.

Même si on constate une évolution dans le droit de la famille, ce qui a permis de s'affranchir de la rigidité de la thèse institutionnelle du mariage, certains principes demeurent encore en droit des successions, de sorte qu'il faut examiner le droit à la réserve héréditaire en droit français et italien (A) et les moyens juridiques pour lutter contre les violations des droits du conjoint réservataire (B).

A – Le droit à la réserve héréditaire en droit français et italien.

La liberté de disposer du patrimoine personnel par voie successorale trouve une limite dans l'existence de la règle de la réserve héréditaire dont l'objectif principal est de protéger les descendants et le conjoint qui constituent le groupe protégé des héritiers réservataires.

⁵⁸³ Le Code de 1804 ne connaissait que la famille par le sang et considérait que les transmissions devaient principalement se faire génération par génération. La loi de 2001 avait consacré une certaine prééminence successorale du conjoint survivant (l'idée de départ consistait à améliorer les droits du conjoint survivant) ; la loi de 2006 établit que les ascendants perdent leur qualité de réservataires.

S'agissant d'une règle qui trouve son fondement dans l'ordre public, il est interdit au de cujus de porter préjudice à ces derniers.

En présence du conjoint⁵⁸⁴, il faut donc calculer la réserve héréditaire, pour déterminer la fraction du patrimoine dont le de cujus ne peut disposer car elle doit obligatoirement revenir au conjoint survivant, à défaut de descendants (art.914-1 issu de la loi du 3 décembre 2001). En cela, le mariage se différencie encore du pacs et du concubinage. Le législateur protège désormais le conjoint.

La liberté successorale concerne, de ce fait, seulement la part disponible dont on peut librement disposer au profit de quiconque.

L'article 912 du Code civil français dispose ainsi que : « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités » et le Code civil italien à l'art. 540 affirme que : « au profit du conjoint il est réservé la moitié du patrimoine de l'autre conjoint, sauf les dispositions qui s'appliquent dans le cas où il y a des enfants communs »⁵⁸⁵.

Dans ce cas, l'art. 542 du Code civil Italien établit que si le mourant laisse son conjoint et un enfant, ce dernier a le droit à 1/3 du patrimoine, car l'autre 1/3 revient au conjoint ; en revanche, si les enfants sont plusieurs, ils sont titulaires du droit à la moitié du patrimoine et le conjoint a le droit à ¼ du total du patrimoine du conjoint.

De ce fait, la réserve héréditaire remplit une fonction spécifique de protection de la famille proche contre les décisions de dernière volonté que

⁵⁸⁴ L'article 757-2 du Code civil, dispose que « *en l'absence d'enfant du défunt et de ses père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession* ».

⁵⁸⁵ C'est un principe qu'il faut respecter par le testateur mais qui peut faire l'objet d'une renonciation par le destinataire, qui a le droit à une partie du patrimoine. F. Volpe, N. Virgilio, *La successione dei legittimari*, Milano, 2017, p. 70 et A. Acerbi, M. Dogliotti, *Il principio dell'intangibilità della riserva e gli accordi reintegrativi*, Giuffrè, 2018, p. 91.

le de cujus peut prendre au bénéfice des étrangers au premier cercle familial⁵⁸⁶.

Il s'agit, en particulier, d'une protection des membres de la famille qui garantit le respect d'une égalité successorale minimale, ce qui en revanche crée des héritiers inégalitaires à l'extérieur, c'est-à-dire entre ceux ayant la chance d'hériter la part légitime et les autres.

La loi, avec sa charge d'impérativité, prévaut sur la liberté individuelle du conjoint, car le droit à la réserve se pose à l'instar d'un droit légal qui confère le pouvoir d'acquérir directement ou par action judiciaire de réduction les biens de l'hérédité.

Cette prévision de la loi entrave la libre circulation des biens en empêchant le de cujus de disposer librement de sa succession, de la sorte qu'on peut se demander si, de nos jours, cette réserve est conforme à l'évolution du droit de la famille qui va dans le sens de la valorisation du rôle de l'individu. En cohérence avec ce cadre, l'individu est reconnu comme le « faber » de sa famille où se rencontrent les différentes volontés de chacun, sans se mélanger dans un contexte où les mots clés sont solidarité et intérêts généraux⁵⁸⁷, de sorte qu'il pourrait être souhaitable de laisser chacun libre de disposer, sans prévoir un minimum successoral garanti.

Toutefois, la famille demeure toujours le lieu de valorisation de ses membres, dans le groupe qu'ils ont constitué, où liberté et impérativité se rejoignent.

Les deux critères sont strictement liés, car on ne peut pas valoriser la liberté si non sur un fondement d'impérativité. La loi n'interdit pas l'autonomie des parties, mais la différencie de ce qui est établi en matière de contrat, car le mariage ne peut pas être totalement considéré comme tel.

De ce fait, la mise en œuvre de cette prévision se manifeste dans la réserve héréditaire, qui n'absorbe jamais la totalité de la succession, parce qu'on a

⁵⁸⁶ En réalité, dans les travaux de préparation à la rédaction du Code civil on avait affirmé que le mécanisme de la réserve était contraire à la liberté testamentaire. Toutefois, la thèse qui prévalait visait à assurer le bénéfice de la réserve pour le conjoint et pour les enfants, car il fallait protéger la famille et non les individus qui n'en faisait pas partie. Sur ce point, F. VOLPE, N. VIRGILIO, *La successione*, cit., 2017, p. 24.

⁵⁸⁷ Le conjoint a été longtemps considéré comme un individu qui pouvait détruire la richesse familiale. F. VOLPE, S. PERSIA, *Le categorie e le quote nella successione ereditaria*, Giuffrè, 2017, p. 128.

constaté que le de cujus est libre de disposer d'une partie disponible. Il en résulte que chacun des gratifiés ne peut pas recevoir au-delà de la part qui le concerne et qui lui est propre.

En présence d'héritiers réservataires, la succession se divise par conséquent en deux fractions : la réserve héréditaire dont la dévolution est réglée par la loi sur un mode impératif et la part disponible dont le sort est décidé librement par le de cujus et, à défaut seulement, par la loi au titre des dispositions supplétives de volonté.

En droit, la réserve est un moyen de protection de l'équilibre familial, quand elle concerne les membres du consortium marital, c'est-à-dire le conjoint et les enfants, ce qui acquiert une valeur encore plus remarquable lors de l'adoption du régime matrimonial de la communauté légale⁵⁸⁸. En fait, dans ce cas, comme l'a reconnu le législateur du XXI^e siècle, les conjoints ont coopéré au niveau économique pour la stabilité patrimoniale de la famille ; de ce fait, il serait illogique de priver le conjoint survivant d'une part comme contrepartie de l'apport donné à l'évolution du ménage au niveau économique⁵⁸⁹.

Pour autant, la réserve héréditaire conserve sa signification dans le système juridique de nos jours, contre toute menace d'exhérédation utilisée à des fins illégitimes et empêche la résurgence de situations contraires au principe de l'égalité civile, comme le privilège d'aînesse ou de masculinité. Si l'on supprime la réserve héréditaire, celle-ci serait remplacée par d'autres freins à la liberté de disposer dont les inconvénients ne doivent pas être ignorés – risque de judiciarisation des successions ; imprévisibilité des solutions – et dont les fondements sont différents.

⁵⁸⁸ *La réserve héréditaire, qui a pour vocation de protéger la pérennité économique et sociale de la famille, l'égalité des enfants et les volontés et libertés individuelles des héritiers, est un principe essentiel du droit français.* Sur ce point, L. P. NIEL, M. MORIN, *L'exception d'ordre public de la réserve successorale s'atténue ma non troppo!*, Petites affiches, N°004 DU 4 JANVIER 2018.

⁵⁸⁹ Cette solution était contraire à la thèse fallait éviter que des biens familiaux reviennent au conjoint survivant au détriment des frères et sœurs du défunt.

B - Les moyens juridiques pour lutter contre les violations des droits du conjoint réservataire.

La succession des légitimaires a une fonction de limitation de la liberté testamentaire, car elle « corrige » le pouvoir du de cujus, qui n'est pas complètement libre de disposer de sa succession s'il n'a pas satisfait les réservataires.

En droit du mariage, ces règles limitent la volonté personnelle du disposant contre la possibilité de prévoir une répartition qui ne tient pas compte des droits dont les individus les plus proches au niveau de parenté du testateur sont titulaires.

En fait, dans le cas où des légitimaires ont été destinataires d'une portion insuffisante de biens héréditaires ou n'ont rien reçu, ne participant pas à la communauté héréditaire, la loi dispose en leur faveur l'action en réduction contre les libéralités portant atteinte à leur réserve.

Le droit français permet au conjoint de saisir le juge, car dès lors que le décédé ne laisse ni descendant, ni ascendant, en présence d'un conjoint survivant, les libéralités faites par un acte entre les vivants ou par un testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens (C. civ., art. 914-1, al. 1er) ; de ce fait, la définition du conjoint réservataire a été alignée sur celle du conjoint successible par la loi no 2006-728 du 23 juin 2006.

Le droit italien prévoit que l'action en réduction peut être exercée par les individus indiqués par l'art. 536 du Code civil, parmi lequel il y a le conjoint, qui peut agir contre les bénéficiaires de l'attribution qui lui est préjudiciable.

L'action en réduction se présente donc comme ayant une nature de sanction, car elle vise à la reconstitution de la structure patrimoniale familiale violée par les dispositions contraires aux prévisions impératives en matière de réserve héréditaire.

La famille étant non seulement, une cellule affective mais également économique, ces dispositions empêchent que le conjoint, en particulier,

soit exclu de la succession, à la différence des héritiers ordinaires qui sont exclus du champ des demandeurs.

Le « règlement » que les parties ont conclu en s'engageant dans le mariage, limite leur liberté personnelle mais en même temps leur accorde une protection inviolable.

Puisque la loi semble « bâtir » un modèle auquel les parties sont obligées d'adhérer, la solution dans le cas où le règlement successoral ne respecte pas la structure légale, est que les intéressés peuvent agir en réduction.

Toutefois, personne ne peut forcer le titulaire du droit à agir, parce qu'en droit français et en droit italien l'héritier réservataire peut volontairement renoncer à l'action en réduction.

Cette prévision peut sembler contradictoire avec ce que l'on a auparavant exposé.

En fait, on a affirmé que du mariage découle un cadre impératif de droits et de devoirs, parmi lesquels, aujourd'hui, on constate la réserve d'une pars hereditatis, visant à éviter que les biens acquis pendant la communauté de vie réalisée pendant le mariage, expression du sacrifice réciproque des époux, puissent devenir la propriété d'autres personnes.

Le mariage est en fait le cadre du secours mutuel, de l'assistance morale et matérielle entre les époux, de sorte qu'en cohérence avec ces principes, on peut affirmer que l'action en réduction protège tous légitimaires contre les événements qui l'excluent de la succession.

De ce fait, il devrait être impératif de permettre la réintroduction des biens faisant partie de la réserve dans le patrimoine du conjoint, mais les deux législateurs ont prévu des mécanismes qui limitent cette rigidité, ce qui constitue un indice de l'affaiblissement de l'ordre public (de protection) en matière de droit des successions.

En France, en particulier, la loi no 2006-728 du 23 juin 2006 a introduit la renonciation anticipée à l'action en réduction, c'est à dire un pacte successoral par lequel il est possible de renoncer à sa propre succession, qui dépasse l'interdiction de la violation des principes impératifs régissant sur le système juridique de droit positif car le législateur fonde cette disposition sur la fonction de la renonciation accomplie par le réservataire.

La renonciation en effet, ne peut être exercée que par les héritiers réservataires majeurs, lesquels sont les seuls à avoir le pouvoir de renoncer par avance (C. civ., art. 929, al. 1er), et qui doivent renoncer au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. De ce fait, il s'agit d'une liberté strictement encadrée, car la loi impose au renonçant d'exercer une option spécifique et d'indiquer à qui sa portion des biens sera transférée.

C'est l'une des raisons pour lesquelles la renonciation anticipée à l'action en réduction peut être considérée comme une expression des tendances actuelles du droit des successions, à savoir la liberté, la recherche d'anticipation ou encore la protection de l'entreprise.

L'ordre public ne régresse pas, car c'est l'autorité publique qui guide et encadre la volonté du réservataire.

De plus, le formalisme est encore évident car la renonciation anticipée à l'action en réduction est par ailleurs soumise à l'acceptation du de cujus, et n'engage le renonçant qu'à partir du jour de ladite acceptation (C. civ., art. 929, al. 1er) et à la rédaction d'un acte authentique spécifique reçu par les deux (et non pas seulement un) notaires (C. civ., art. 930). Elle doit par ailleurs être signée par chaque renonçant séparément en présence des seuls notaires.

Le mot clé du législateur est donc la prudence, s'agissant de la renonciation à une action en justice future ; le renonçant doit donc être parfaitement informé des conséquences de cet acte juridique. C'est la raison pour laquelle l'acte de renonciation doit mentionner précisément ses conséquences juridiques futures pour chaque renonçant.

De la même façon, on constate l'existence du conflit éternel entre l'impérativité et la liberté dans le droit italien, qui encadre de façon stricte la renonciation à la part de réserve.

Le législateur n'a pas encore dépassé l'interdiction des pactes successoraux de renonciation, cette prévision visant à la protection du légataire qui peut exercer cette option à une condition.

En fait, le Code civil italien établit qu'il est admis de renoncer à l'action en réduction à condition que cette renonciation soit postérieure au décès du

testateur, car le législateur veut éviter toute possibilité d'admettre la conclusion d'un pacte successoral de renonciation.

L'opération est donc impérativement interdite. Il est exclu de conclure un pacte, même assisté de plusieurs garanties, il s'agirait d'introduire à côté de la succession testamentaire et de la succession légitime une autre modalité pour succéder fondée sur une rencontre de volonté entre le de cujus et le réservataire.

Toutefois, on constate qu'en cohérence avec le droit français, qui admet la renonciation à la future succession, parce qu'on ne peut obliger personne à manifester son consentement à l'acceptation des biens faisant partie de la quotité de réserve, il serait souhaitable de prévoir la même solution en droit italien, à la lumière d'un cadre de règles qui protégeraient le renonçant, car son choix doit être le résultat d'une libre et personnelle détermination et non d'une coercition extérieure, même si elle est fondée sur un principe irréprochable.

Dans ce cas, l'ordre public, considéré comme limitant le pouvoir du de cujus de disposer à titre gratuit, et la liberté, s'ajoutent ou se combinent pour se limiter réciproquement.

Le système juridique coordonne ces deux principes solennels en empêchant l'un de prévaloir sur l'autre, parce qu'il s'agit de trouver et de garder un équilibre qui respecte la structure générale du droit positif et de la personne en même temps.

Paragraphe 2 Le droit successoral du couple pacsé/d'unis civils et des concubins.

Une problématique s'est posée en ce qui concerne la matière successorale des pacsés/unis civils et des concubins.

Si encore en France la différence avec le mariage est évidente, car il ne subsiste pas de régime spécifique pour les partenaires pacsés, le droit italien a en revanche établi des prévisions expresses pour réglementer ces situations.

De ce fait, on analysera le régime successoral des pacsés/unis civil (A) et le régime successoral des concubins en France et en Italie (B).

A- Le régime successoral des pacsés/unis civil.

La discipline du Pacs ne comprend pas la réglementation des successions. A la différence de ce qui est établi en matière du mariage, où le conjoint est un successible nécessaire, le pacsé n'a en fait aucun droit si un testament ne l'a prévu. Toutefois, depuis 2006, un correctif a été introduit : en vertu de l'article 515-6 du code civil, en fait, il faut assurer le droit du partenaire survivant à la jouissance gratuite du logement pendant un an, ou s'il est loué, il faut lui payer le loyer pendant un an.

L'alinéa 21 de l'art. 1 de la loi Cirinnà, dans la partie dédiée aux unions civiles, permet en revanche l'application de certains articles du Code civil en matière de succession aux membres de ce couple.

En particulier, il s'agit des dispositions concernant le Capo X Titre II du Livre II du Code civil qui disciplinent la succession des « legittimari », qui ont droit à la moitié du patrimoine du partenaire prédécédé, sauf s'il y a d'autres légitimaires.

De ce fait, on constate l'application de la réglementation en matière de mariage⁵⁹⁰, qui, pour autant, perd de plus en plus sa singularité : le partenaire uni civil est considéré comme un conjoint car il est héritier de son partenaire, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'une disposition testamentaire expresse.

L'évolution est donc très évidente dans le droit italien, qui s'affranchit de l'équivalence « conjoint marié – décès - droit à la réserve » pour prévoir ce droit aussi au profit du partenaire uni civil. Cet état de fait est l'expression de la logique solidaire qui caractérise le lien de couple, en droit italien, dans toutes ses phases, sans la limiter au mariage.

B – Le régime successoral des concubins en France et en Italie.

Les deux systèmes juridiques se taisent –car rien n'est prévu - en matière de succession pour les concubins.

Cet état de fait n'est-il pas en contradiction avec l'esprit des temps, car on ne peut plus dire que le couple est seulement celui qui est marié.

Le recours au testament est donc satisfaisant dans la mesure où les concubins peuvent se choisir comme héritiers, mais non dans la mesure où le concubinage constitue l'expression du libre choix de l'individu d'adhérer à un modèle de couple qui est différent du mariage mais qui ne peut pas, pour cette raison, refuser l'existence de certains devoirs qui sont nécessairement liés à la structure du couple.

⁵⁹⁰ Sur ce point, A. GNANI, *ouvrage citée*, p. 11. L'Auteur affirme que le fondement de cette prévision se trouve dans la constatation que le lien affectif réciproque qui caractérise cette union fonde le droit à la « *legittima* » héréditaire.

Dans cette première section, l'examen est parti de l'étude des principes gérant la succession des mariés, pour vérifier si des mécanismes permettent de dépasser (et à quelle conditions) la rigidité qui a toujours caractérisée la matière.

En fait, la réserve est un moyen prévu pour protéger le conjoint survivant et lui attribuer de la richesse « familiale » en quantité satisfaisante, car il faut tenir compte de la présence ou non d'autres légitimaires, comme les enfants par exemple.

En matière du pacs/union civile et du concubinage, cette impérativité est en revanche tempérée ou complètement exclue. La perte de singularité du mariage est évidente en droit italien, qui adopte la technique du « rinvio » pour mettre sur le même plan les mariés et les unis civils. Ces derniers sont assimilés aux conjoints dans le cas où le lien cesse par prédécès de l'un des partenaires, de sorte que la solidarité subsiste et permet aux survivant de bénéficier d'un traitement qui découle d'un régime automatique et n'est pas subordonné à l'existence d'un testament.

Section 2 La succession héréditaire en cas de crise dans la vie de couple.

Le droit de la famille en matière successorale vise à régler également la phase post mortem dans le cas de relâchement ou de dissolution du lien conjugal. Dans ce domaine, on constate que la procédure est strictement encadrée, même si on la place pour certains cas dans l'autonomie des parties, alors qu'auparavant, elle était exclue.

De ce fait, les deux législateurs ont pris en compte les hypothèses où le décès survient alors que l'une de ces deux procédures est en cours, la première se différenciant de la deuxième car le lien marital est encore existant, s'agissant de séparation et non du divorce. Ce dernier, en fait, supprime le lien marital et de cette façon le marié perd son état d'époux, avec l'exclusion de plusieurs avantages qui sont par contre reconnus à l'époux séparé.

De ce fait, on analysera la législation en matière de divorce pour le conjoint survivant (Paragraphe 1) et la législation successorale en matière de pacs et de concubinage en cas de rupture (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La législation en matière de divorce pour le conjoint survivant.

Le divorce supprime le lien marital. Ce dernier se dissout, de telle façon que les deux conjoints ne peuvent plus bénéficier des avantages liés à l'état conjugal, comme prévu en revanche, en matière de séparation lorsque l'un des époux est décédé.

Les deux systèmes juridiques s'accordent sur le fait que la solidarité conjugale disparaît, de sorte qu'aucun avantage ne peut être réclamé par les ex conjoints dans le cas de mort de l'autre. Le cadre se présente identiquement dans les deux droits, à la différence toutefois que la loi

italienne fait persister une assistance pour le conjoint le plus faible, qui ne cesse pas dans le cas où un divorce a été prononcé et après la mort.

De cette façon, seront examinées les conséquences du divorce dans le cas du décès du conjoint divorcé en France (A) et les conséquences du divorce dans le cas du décès du conjoint divorcé en Italie (B).

A – Les conséquences du divorce dans le cas du décès du conjoint divorcé en France.

La loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce a maintenu les droits successoraux de tout conjoint survivant séparé de corps (sauf renonciation dans la convention homologuée), en cohérence avec l'article 732 du Code civil qui affirme qu' : « Est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé ».

Le divorce prononcé prive, donc, le conjoint survivant de sa qualité de successible. En revanche, cette conséquence n'est pas prévue si le conjoint a seulement engagé une instance en divorce et dans ce cas la qualité de successeur persiste.

De ce fait, la prestation compensatoire, qui a un caractère alimentaire et indemnitaire, constitue l'élément central qui permet de rééquilibrer les intérêts patrimoniaux des ex - mariés, et qui est susceptible de s'appliquer à toutes les formes de divorce y compris en cas de divorce prononcé aux torts de l'époux demandeur au regard des circonstances particulières de la rupture.

Il s'agit, en fait, d'une prestation visant à équilibrer le niveau de vie entre les conjoints, qui constitue le règlement financier principal de l'après-divorce, y compris dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal et dans le divorce pour faute aux torts exclusifs.

Toutefois, il faut considérer qu'après la mort de l'obligé, il y a plusieurs exigences à prendre en compte, comme celles des légitimaires et celles des héritiers, de sorte que l'actif successoral peut être insuffisant pour satisfaire ce but.

Face à cette constatation, le texte de l'art. 280 du Code civil établit qu'« à la mort de l'époux débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession. Le paiement est supporté par tous les héritiers, qui n'y sont pas tenus personnellement, dans la limite de l'actif successoral ».

Le législateur français pose en fait cette obligation à la charge de l'hérédité, parce que l'obligation de gérer l'état de besoin de l'ex conjoint se traduit dans une obligation générale, à la charge de tous.

Les héritiers peuvent/doivent payer personnellement la prestation ou demander une modification des modalités convenues, comme s'ils étaient à la place du décédé obligé.

Pour autant, même si on constate que toutes les obligations maritales personnelles et patrimoniales cessent par le divorce, de sorte que le conjoint divorcé n'est plus considéré comme un légataire, le lien solidaire persiste envers le plus faible.

Par le mariage on assiste, en fait, à la création d'un lien, qui n'est pas anéanti par le fait que le divorce exclut le conjoint divorcé du groupe des légataires, car la loi lui reconnaît droit à la prestation compensatoire après le décès de l'obligé, s'agissant d'un droit iure proprio du conjoint, qui n'a aucun lien avec la succession.

B- Les conséquences du divorce dans le cas du décès du conjoint divorcé en Italie.

Le « scioglimento » du mariage ou ladite cessation de ses effets civils peuvent être comparés à ce qui se passe lors de la résiliation d'un contrat, quand les rapports réciproques entre les parties cessent, même si les conséquences s'inscrivent dans un cadre plus vaste qui doit tenir compte du fait que le mariage demeure une institution caractérisée par certains aspects qui ne peuvent pas faire l'objet d'une exception.

En particulier, si l'extinction d'un contrat a comme effet la libération des parties des obligations auparavant convenues, le divorce a comme effet

celui de supprimer le lien d'alliance instauré par le mariage entre les conjoints, de sorte qu'ils sont libres de se remarier.

De ce cadre découle logiquement l'interdiction de réclamer leurs droits sur le patrimoine de l'ex conjoint décédé, car la succession sera dévolue sur la base de ce qu'il a disposé par le testament et dans le respect des dispositions impératives en matière de réserve héréditaire.

De ce fait, il est évident qu'on ne peut plus parler de solidarité conjugale. Toutefois, la rigueur de cette affirmation, qui ne semble pas laisser place aux principes posés en matière de thèse institutionnelle du mariage, au profit d'une vision individualiste de l'union maritale, est modérée par le législateur italien, qui entend, à l'instar du droit français, bien considérer l'existence de l'état de besoin de l'un des deux époux.

En fait, comme le législateur le prévoit en France, la loi italienne fait persister une obligation à la charge de l'hérédité au profit de l'ex conjoint qui bénéficiait d'un assegno de divorce, ce qui permet d'affirmer qu'il y a une évolution dans le droit de la famille, l'exigence d'assister le conjoint le plus faible ne cessant pas dans le cas où un divorce a été prononcé après la mort.

A la lumière de cela, on peut donc dire que le législateur ne s'est jamais affranchi de la conviction selon laquelle l'union entre deux personnes est caractérisée par l'exigence impérative de sauvegarder le groupe que la communauté de vie et de toit a créé pendant le mariage.

L'époux peut donc demander - par recours au Tribunal - le versement de la prestation alimentaire, les conjoints étant les premiers obligés à se donner assistance matérielle réciproques, comme le Code civil le prévoit, même si dans le cas de divorce il s'agit d'une solidarité atténuée.

De la même façon, il faut constater que le droit italien établit le versement de la pension de réversion pour le conjoint divorcé, à condition qu'il perçoive l'assegno divorzile.

Cette prestation est toujours envisagée dans le contexte de la solidarité post conjugale.

Il est clair, de ce fait, que le législateur italien donne reconnaissance aux principes d'égalité et de solidarité des articles 2, 29 et 38 de la Const., de

sorte que la solennité du pacte conclu avec le mariage engage les conjoints au-delà de sa cessation.

(Paragraphe 2) La législation successorale en matière de pacs et de concubinage en cas de rupture.

Dans ce paragraphe, on étudiera la réglementation en matière de droits successoraux reconnus aux partenaires survivants en cas de rupture du pacs/union civile (A) et la réglementation en matière de droits successoraux reconnus aux partenaires survivants en cas de concubinage (B).

A-Réglementation en matière de droits successoraux reconnus aux partenaires survivants en cas de rupture du pacs/union civile.

Le terrain de la solidarité entre partenaire pacsés ou unis civils s'arrête en l'absence d'une rupture décidée par les membres du couple pacsé.

Tant le régime légal français que celui italien n'ont rien prévu en ce cas. Cet état de fait est encore plus évident là en droit italien, qui régit la réglementation de l'union civile avec la technique législative du « rinvio » et ne fait pas référence aux articles 548 du Code civil et 578 du même Texte de loi. Ces derniers concernent la réserve au profit du conjoint séparé et la succession légitime du conjoint séparé. De plus, il renvoie aux artt. 566 - 580 du Code civil italien, qui réglementent la succession légitime des parents proches.

De ce fait, les ex partenaires sont considérés comme deux étrangers.

Cette logique ne semble pas aller dans la direction de la perte de singularité du mariage, mais ce silence législatif ne peut pas être regardé comme un refus des législateurs de réglementer les couples para conjugaux, pour les laisser dans l'indifférence juridique.

B - La réglementation en matière de droits successoraux reconnus aux partenaires survivants en cas de concubinage.

En matière de concubinage, si une rupture a été décidée par les parties, aucun droit peut être demandé dans le cas de prédécès à titre successoral. Les deux droits se taisent sur ce point, de sorte que dans l'indifférence juridique on ne peut demander aucune prestation.

Ceci serait la preuve la plus évidente de la persistance d'une différenciation entre mariage et concubinage : une preuve du fait que le mariage ne perd pas son exclusivité. En réalité, comme déjà affirmé pour le pacs/union civile, la subsistance d'un régime privilégié pour la reconnaissance de droits successoraux pour le conjoint divorcé constitue une expression d'une conception de la famille qui n'est plus d'actualité. Après la fin du lien il est évident que la solidarité n'a plus raison d'exister là où le lien s'est interrompu par une décision des parties. Ces dernières décident elles-mêmes de ne plus donner suite au lien et de redevenir étrangères l'une à l'autre. Donc, le mécanisme de la solidarité doit faire l'objet d'une modification en matière du mariage aussi.

Dans cette section, l'analyse a eu pour objet la réglementation du post mortem dans le cas où le mariage est dissous par divorce ou les partenaires d'un lien para conjugal ne sont plus en couple.

En matière de mariage, la solidarité persiste, là où en matière d'unions para conjugales, les deux législateurs ont adopté la solution opposée, c'est-à-dire celle qui supprime toute possibilité de secours en cas de rupture. Ces dernières prévisions ne sont pas toutefois à rejeter, car si un lien ne subsiste pas pour des raisons liées à la volonté des parties, il n'est pas logique de prévoir des mécanisme visant à maintenir en vigueur l'« obligation de solidarité » .

- CONCLUSION Titre II DEUXIEME Partie -

Un lien peut se dissoudre par le décès ou par la décision des parties.

Dans ce Titre, la recherche a visé à vérifier si un rôle est reconnu aux parties dans la phase de dissolution du lien conjugal qui les unissait.

A côté du divorce et de la séparation de corps prononcés par un juge, il existe un autre mode de rupture du mariage, confié aux avocats (en France) et aussi à l'officier d'état civil (en Italie).

En France, la procédure par avocats se présente sous forme de convention sous signature privée, contresignée par avocats et déposée au rang des minutes d'un notaire, en cas de séparation de corps ou du divorce : cela signifie que ce sont les parties qui « deviennent » en quelque sorte, juges de leur crise, ce qui était auparavant strictement interdit au motif qu'il s'agissait de droits dont les époux ne pouvaient disposer.

Une procédure similaire, caractérisée par l'absence de contrôle judiciaire, est admise en Italie devant l'Officier de l'état civil: toutefois, cet état de fait n'est pas admissible, car les problématiques concernant l'état de la personne nécessitent du contrôle d'une autorité supérieure, garant de l'équilibre entre intérêts opposés et contraires, pour trouver la juste solution aux conflits réciproques.

La privatisation ne peut pas signifier une perte du pouvoir de contrôle de l'Etat ou une réduction de ce dernier au minimum, car on ne peut pas accepter ce que l'autonomie privée est parfois à même de produire : inégalités et préjudices au détriment des parties les plus faibles, au niveau personnel et économique (en France, ce contrôle est censé être assuré par les avocats).

Une autre chose est la privatisation de la succession : reconnaître un noyau dur, la réserve, nécessairement prévue pour le conjoint, puis, permettre au de cujus de se déterminer comme il le souhaite est un choix de liberté conforme au principe de solidarité entre les membres du couple.

Pour cette raison, à la lumière de cette constatation, le cadre juridique établi en cette matière pour le pacs et les concubinages paraît critiquable: tout se passe comme s'il n'y avait pas de lien unissant les parties, comme s'il s'agissait de deux étrangers. Il est vrai que le testament est un moyen légal pour dépasser ce vide législatif, mais ce silence n'est plus acceptable au regard de ce qui a été vérifié dans le Titre I de cette Partie II. Les pacsés bénéficient de plus en plus d'un statut et d'une protection presque identique à celle des époux. Alors, pourquoi leur refuser le statut réservé aux mariés au stade de la succession ?

La réserve héréditaire au profit du conjoint répond à une logique précise qui est de perpétuer l'aide mutuelle après la mort du conjoint. Il est souhaitable que cette logique soit étendue aux partenaires et aux concubins.

Dans ce domaine en effet, le mot - clé devrait être « solidarité »: vivre ensemble ou mieux, avoir vécu ensemble, ne doit pas emporter cessation de tous mécanismes d'assistance mutuelle au niveau matériel, si l'un des deux partenaires se trouve dans l'état de besoin.

- CONCLUSION PARTIE II-

On pouvait s'interroger aujourd'hui sur la perte de singularité du mariage. Cette union n'est plus le seul mode de conjugalité : la reconnaissance légale du pacs et de l'union civile d'une part, et le concubinage d'autre part, a permis d'affirmer qu'il y a d'autres modes de conjugalité à même de donner une protection équivalente ou similaire à celle découlant du mariage.

En fait, on a constaté que le droit du pacs/union civile se rapproche de plus en plus des lois régissant le mariage, longtemps considéré comme le statut de base pour la vie de couple.

En particulier, cet aspect est très évident dans la loi italienne : le législateur de la Loi Cirinnà a pris une position qui n'a pas d'égale en France, car il a conçu la « clause d'équivalence » par laquelle il rapproche de manière significative les deux statuts, sauf expresse exclusion.

Pour cette raison, l'union civile produit, par exemple, des effets sur l'état civil, de sorte que les parties ne demeurent pas célibataires, comme en France, mais unies civilement ; de plus, l'organisation patrimoniale de la famille est encadrée à la lumière des prévisions de la communauté légale, qui est le régime basique patrimonial de la famille mariée.

Toutefois, en France aussi, on a pu constater une évolution, car, avant tout, il faut enregistrer la déclaration de constitution du pacs à la mairie, ce qui permet de dire que le pacs ne reste pas complètement dans une « somnolence » juridique, par rapport à la solennité du mariage.

On a vu que plusieurs éléments refusent la thèse selon laquelle le pacs/union civile est simplement un lien entre deux parties, car il s'agit d'un lien caractérisé par un cadre de droits et devoirs réciproques qui ne peuvent pas faire l'objet d'une exception, si non dans les limites indiquées par le législateur.

Moins évidente, mais toutefois perceptible, est l'évolution en matière du concubinage, qui reste par plusieurs aspects, effectivement, une union libre.

Malgré cette constatation, on ne peut pas admettre totalement que le concubinage est dans le domaine de la liberté totale : où il est question de droit des personnes, la liberté n'est jamais totale, car il y a une protection qu'il faut assurer, de sorte que les exigences de solidarité et assistance mutuelle entre les concubins sont présentes.

A cet égard, on peut constater que le législateur italien a prévu une protection semblable à celle accordée après la dissolution du mariage, en prévoyant (pour un temps préétabli) le versement d'une prestation économique au profit de l'ex concubin qui n'a pas les moyens pour vivre après la rupture.

Donc, la liberté qui semblait valorisée par la loi n'est pas totale, car il faut toujours trouver un compromis entre celle-ci et les exigences impératives qui concernent la protection de la personne humaine.

La manifestation de la liberté des conjoints se manifeste encore dans deux domaines : celui de la séparation/divorce et celui de la succession, ce qui a démontré que le droit de la famille manifeste de nos jours une tendance vers la privatisation des rapports familiaux, apportant une réduction de l'intervention judiciaire et une valorisation de la règle privée.

En matière de séparation et de divorce par consentement mutuel, le législateur ne renvoie plus nécessairement à un traitement judiciaire⁵⁹¹, mais, lorsque les époux sont d'accord, à une procédure alternative qui se déroule, en France, en présence des avocats des parties⁵⁹² et, en droit italien, également devant le Maire officier de l'état civil⁵⁹³.

De même, le droit réglant le *post mortem* du *de cujus* dans le contexte familial est aujourd'hui caractérisé par une évolution qui a mené vers l'affranchissement du caractère institutionnel du mariage.

En fait, au principe selon lequel le mariage établissait un lien qui durait au-delà de la mort de ses membres a été substitué le principe selon lequel les époux peuvent décider comment régler leur patrimoine après la mort.

⁵⁹¹ Pour le droit français, art. 297 – 1 du Code civil; pour le droit italien, art. 151 du Code civil.

⁵⁹² Pour le droit français, loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et portant diverses dispositions relatives au divorce et à la séparation de corps par consentement mutuel et en matière de protection juridiques des majeur Pour le droit italien, D.L. 132/2014 art 6.

⁵⁹³ D.L. 132/2014 art. 12.

En réalité, cette évolution est évidente dans le droit français, car celui italien se montre plus réticent à admettre des mécanismes qui assouplissent la solidarité conjugale. De ce fait, il est évident que le mariage établit un lien qui n'est plus indissoluble quant à l'acte qui le constitue, mais non à l'égard de certains effets qui en découlent.

Cet état de fait est confirmé par la possibilité, en droit français, de régler la succession entre les conjoints en vertu de pactes qui n'entament pas la violation de l'interdiction des pactes successoraux, mais cela n'est pas prévu par le droit italien: aucune renonciation n'est possible avant l'ouverture de la succession.

Une évolution de la réglementation du post mortem vers l'affranchissement du côté institutionnel typique du mariage est par contre évident dans le cas de pacs⁵⁹⁴ et concubinage.

A cet égard, les législateurs ont adopté un mécanisme qui valorise totalement le libre choix des individus qui peuvent décider, si et comment, gratifier leur partenaire au moyen d'un testament.

Le secours post mortem entre parties n'est plus une obligation, mais le résultat d'un choix qui prévaut au détriment de la logique solidaire qui était originellement typique des liens de couple.

⁵⁹⁴ Pour les unis civils il existe le droit à la réserve (art. 1 al. 21 Loi Cirinnà, qui renvoie à ce qui est établi en matière de succession des mariés).

CONCLUSION GENERALE

Historiquement, le droit italien a été influencé par le droit français.

Les réformes du droit de la famille en France ont précédé celles italiennes concernant le même sujet : l'égalité entre les conjoints et l'identique dignité personnelle, le divorce, la filiation, le pacs et le concubinage, le mariage pour tous.

Entre les deux systèmes juridiques, on constate, de ce fait, plusieurs similitudes et de constants échanges qui inspirent les réformes de droit formel et substantiel, ce qui confirme qu'aujourd'hui encore l'harmonie juridique est très présente entre le droit français et le droit italien en matière de droit de la famille.

Toutefois, le législateur français, depuis la Révolution, s'est libéré de tous les obstacles religieux qui encore de nos jours empêchent le droit italien d'accepter un principe total de laïcité et permettent de reconnaître la validité du mariage religieux comme fait privé.

Ce dernier ne connaît pas en fait de sanctions, à l'instar de ce qui est en revanche établi par le droit français : un mariage ne peut jamais être considéré comme un fait produisant des effets « inter partes », car il concerne l'ordre public, comme le législateur français l'a bien compris.

Celui de la laïcité est, en outre, le même principe qui a inspiré en France le mariage pour tous, dans une logique qui renforce le pluralisme, l'égalité et la volonté personnelle, tandis que la loi italienne se tait à cet égard, alors même que le mariage des couples de même sexe ne pourra rester longtemps dans l'indifférence juridique.

De ce fait, on a constaté que si la famille mariée demeure, on rencontre aussi aujourd'hui des familles à géométrie variable, qui trouvent leur protection dans les dispositions prévues par les institutions européennes, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne le prévoient, pour faire respecter toutes les diverses configurations familiales possibles, avec et sans enfants.

Ce sont les individus qui « construisent » leur famille, qui choisissent le modèle le plus proche de leurs aspirations, car le *consortium vitae* n'est plus conçu dans la logique du droit public, où tout se réduisait à la prééminence des intérêts généraux du système de l'Etat, qu'il fallait préserver, même s'il s'agit en réalité d'une liberté encadrée : la liberté de l'individu n'est en effet, jamais totale⁵⁹⁵, car il développe sa vie dans la société⁵⁹⁶, où il y a des règles impératives à respecter pour éviter les situations comme la polygamie et l'inceste.

Le seul élément confirmant un rôle de la volonté est le consentement : le mariage ne peut jamais être le résultat d'une décision prise par autrui : s'il y a suspicion d'union forcée, le législateur français prévoit une audition des futurs conjoints pour vérifier leur volonté réelle de se marier, tandis que la loi italienne prévoit un « remède » successif, car l'art. 122 du Code civil fait référence à une contestation par le « conjoint » (pas par le futur marié) dont le consentement a été obtenu par le dol ou la violence.

Mais quant aux conditions de fond du mariage, elles n'ont pas été modifiées, à l'exception, en France, de la suppression de la condition d'altérité de sexe, ce que l'Italie n'admet pas actuellement, où le cadre juridique est toujours le même.

Quant aux effets produits par le mariage, les aménagements législatifs ont eu pour fin d'assurer une plus grande égalité entre les parties à l'égard des dispositions non impératives, pour lesquelles la loi reconnaît une marge de liberté que les parties peuvent gérer.

En fait, les modifications ont concerné l'assistance matérielle, au-delà de ce qui est dû par le régime primaire et le régime patrimonial de la famille dans les deux systèmes juridiques : la communauté légale est devenue le régime

⁵⁹⁵ C'est intéressant de souligner cette réflexion : La persistance d'un noyau dur du mariage implique de considérer son côté solidariste et communautaire, donc de continuer à encadrer le mariage comme statut (...), ce qui est compatible avec le divorce, l'égalité des conjoints et avec le principe de fixation par accord de la résidence familiale ; tout cela souligne que la privatisation du mariage ne pourra (peut-être) jamais être totale. E. BARGELLA, *ouvrage cité*, p. 367.

⁵⁹⁶ Pour cette raison, il faut penser que le mariage se caractérise pour la coexistence d'un côté de liberté et un côté de solidarité. F. D. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pp. 119 ss.

« naturel » de l'union maritale, même si dans une logique qui privilégie l'autonomie des époux, on devrait préférer celui séparatiste.

Si l'homme est toujours le « *faber suae fortunae* » (artisan de son destin), on peut exclure le partage des ressources pour des fins autres que ceux maritaux de base et il est possible de justifier des résidences séparées : dans ce cas, il n'y a pas d'atteintes à la communauté de vie au niveau moral, car les époux sont obligés de se respecter et de s'assister ou d'assister les enfants communs et de payer les dépenses contractées dans l'intérêt du foyer familial.

Dès lors, de ce fait, on peut se demander si les citoyens ne sont pas dissuadés de se marier et plutôt incités à se pacser, du moins, en France où le formalisme est allégé. En Italie, en revanche, la loi Cirinnà a assimilé de façon presque totale l'union civile au mariage, comme le démontre l'utilisation de la « clause d'équivalence ».

Dans ce pays, la liberté individuelle reste limitée, le dynamisme souhaité pour les couples de même sexe n'ayant pas abouti au nom de la stabilité des relations de couple, que le législateur italien préserve avec une législation vraiment détaillée par rapport à celle française.

On constate, en fait, que 35 alinéas réglementant la matière à l'art. 1 de la Loi Cirinnà, contre les 12 articles dans le Code civil français, ce qui confirme l'« institutionnalisation » de l'union civile, qui a un statut préétabli et non entièrement laissé à la gestion « autonome » des membres du couple. Cet état de fait est confirmé par le fait que le législateur italien utilise la formule « *istituisce* », ce qui se différencie du « pacte civil » (Pacs) en France.

La présence de la « *manus publica* » est évident dans la phase de la constitution de l'union, tandis qu'une marge de liberté est prévue dans la réglementation du rapport et de sa rupture, qui n'est pas précédée par une phase de séparation, comme cela se passe lorsqu'il y a une « simple » résiliation contractuelle.

Identiquement pour les concubinages : là où le législateur français s'est contenté d'un seul article du Code civil, l'article 515 -8, le législateur italien a prévu 29 alinéas sur ce sujet : le contrat de concubinage, la cessation du concubinage avec la prévision d'une somme pour le concubin le plus faible

au niveau économique et des règles pour la continuation du droit d'habitation dans le logement commun dans le cas du décès.

Il serait souhaitable que le législateur français s'en inspire car il s'agit d'un lien de couple, différent de celui du mariage, mais toujours impliquant une solidarité qui ne devrait pas s'effacer après la rupture.

Enfin, la manifestation la plus évidente de la liberté en la matière des liens de couple se révèle dans la phase de relâchement et de rupture du lien : ce qui auparavant était présenté comme indissoluble est de nos jours devenu un état qui peut se dissoudre à la lumière des volontés des parties, lorsqu'elles souhaitent récupérer leur liberté.

L'accent est mis à l'avenir vers plus de liberté individuelle, sans nécessité de comparution devant les Juges, car, si les deux époux sont d'accord, il suffit une procédure par avocats en France, ou – en Italie - devant le Maire, ce qui efface le rôle du Juge, « longa manus de la loi », appelé par statut à assurer une protection à l'époux le plus faible et aux enfants quand il y en a.

De ce fait, l'autonomie dans sa dimension d'« autòs - nomos » ou bien de création de la règle du cas concret règle la dissolution du foyer conjugal, lorsque l'unité des époux n'existe plus.

En conclusion, on constate la crainte du législateur à reconnaître des espaces de liberté sans renoncer du tout à son rôle de contrôleur : la contractualisation ne peut pas entraîner la diffusion des modèles de conjugalité caractérisés par une insuffisante stabilité.

La création de la règle du cas concret qui caractérise le contrat ne peut jamais concerner la phase de formation du lien familial.

Les parties peuvent choisir à quel modèle de famille adhérer et peuvent réglementer le déroulement de leur vie de couple selon leurs exigences spécifiques, mais rien ne peut permettre que leur autonomie soit étendue aux modalités de formation et aux conditions de fond du mariage.

L'Etat doit rester le gardien de la stabilité sociale, qui maintient des critères base, impératifs à respecter pour que le lien soit valide.

Le mariage, le pacs/union civile et dans une certaine mesure, le concubinage, réglementent la vie de couple, c'est-à-dire la vie des individus

en couple, sous la protection d'un Tiers (l'Etat), qui avec sa « longa manus » doit interdire et éviter toutes situations contraires à la dignité humaine.

BIBLIOGRAPHIE THÈSE :

TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

.

A. BENABANT, « L'ORDRE PUBLIC EN DROIT DE LA FAMILLE », IN L'ORDRE PUBLIC A LA FIN DU XXEME SIECLE, T. REVET (DIR.), DALLOZ, 1996.

S. BERNARD, M. FARGE, *LES MUTATIONS CONTEMPORAINES DU DROIT DE LA FAMILLE*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 2020.

P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *DROIT DES MINEURS*, DALLOZ, 2021.

V. BONNET, *DROIT DE LA FAMILLE*, LARCIER, 2021.

F. BOULANGER, *DROIT CIVIL DE LA FAMILLE*, TOME I, ASPECTS COMPARATIFS ET INTERNATIONAUX, ED. ECONOMICA, 1992.

Y. BUFFELAN LANORE, V. LARRIBAU TERNEYRE, *DROIT CIVIL. INTRODUCTION BIENS PERSONNES FAMILLE*, SIREY, 22° ED. 2021-2022.

P. COURBE ET A. GOUTTENOIRE, *DROIT DE LA FAMILLE*, DALLOZ, 6EME ED., 2021.

G. CORNU, *DROIT CIVIL, LA FAMILLE*, MONTCHRESTIEN, 9 EME ED., 2006.

F. DEBOVE- R. SALOMON ET T. JANVILLE, *DROIT DE LA FAMILLE*, VUIBERT, COLL. VUIBERT DROIT, 8 EME ED., 2012.

M. DOUCHY OUDOT, *DROIT CIVIL 1RE ANNEE. INTRODUCTION PERSONNES FAMILLE*, DALLOZ, HYPERCOURS, 2017.

J. GARRIGUE, *DROIT DE LA FAMILLE*, DALLOZ, HYPERCOURS, 2018.

M. GRIMALDI, *DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE 2018/19*, DALLOZ, 2017.

G. GOUBEUX ET P. VOIRIN, *DROIT CIVIL*, TOME 1, LGDJ, COLL. MANUEL, 34 EME ED., 2013.

J. HAUSER, S. S. CHAILLE DE NERE, *DROIT DE LA FAMILLE: DROITS FRANÇAIS, EUROPEEN, INTERNATIONAL ET COMPARE*, SOUS LA DIRECTION DE M. CRESPE ET M. HO - DACH, BRUYLANT, 2018.

B. HESS-FALLON, A. M. SIMON, *DROIT DE LA FAMILLE*, DALLOZ, 2020.

P. HILT, F. GRANET LAMBRECHTS, *DROIT DE LA FAMILLE*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE GRENOBLE, 2018.

H. FULCHIRON., *MARIAGE CONJUGALITE, PARENTE PARENTALITE*, SOUS LA DIRECTION DE H. FULCHIRON, DALLOZ, 2009.

M. C. LASSERRE S. DRUFFIN BRICCA, *DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE*, GUALINO, 2020.

A. LE BRAS-CHOPARD, *LE MARIAGE POUR TOUS*, DALLOZ, 2017.

P. MALAURIE ET H. FULCHIRON, *DROIT DE LA FAMILLE* : -LGDJ, 7E ED. 2020.

P. F. MONLAU, *LE MARIAGE DANS SES DEVOIRS, SES RAPPORTS ET SES EFFETS CONJUGAUX, AU POINT DE VUE* LEGALE, HYGIENIQUE, PHYSIOLOGIQUE ET MORAL, GARNIER, 1880.

P. MURAT (SS.DIR.), *DROIT DE LA FAMILLE* COLL. DALLOZ ACTION, 2020-2021

N. PETERKA, *REGIMES MATRIMONIAUX*, DALLOZ, HYPERCOURS, 2015.

C. RENAULT-BRAHINSKY, *DIVORCE SANS JUGE*, GUALINO, 2017.

C. RENAULT-BRAHINSKY, *DROIT DES REGIMES MATRIMONIAUX*, GUALINO, 2017.

J. REVEL, *LES REGIMES MATRIMONIAUX*, DALLOZ, 2018.

F.TERRE, CH.GOLDIE-GENICON, D.FENOUILLET, *DROIT CIVIL, LA FAMILLE*, 9° ED.
PRECIS DALLOZ, 2018.

DROIT ITALIEN

AA.VV., *COMMENTARIO BREVE AL DIRITTO DI FAMIGLIA*, SOUS LA DIRECTION DE A.
ZACCARIA, UTET, 2020.

AA.VV., *CODICE DELLE UNIONI CIVILE E DELLE CONVIVENZE*, GIUFFRÉ, 2017.

AA.VV., *COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE*, A CURA DI A. SCIALOJA, G. BRANCA,
BOLOGNA-ROMA, 2003.

AA.VV., *DIRITTO DI FAMIGLIA, FORMULARIO COMMENTATO, PROFILI SOSTANZIALI E
PROCESSUALI*,
WOLTERS KLUWER, 2019.

AA.VV., *FAMIGLIA, TRATTARIO DI DIRITTO CIVILE*, A CURA DI P. CENDON, GIUFFRÉ, 2015.

AA.VV., *LA SEPARAZIONE CONSENSUALE*, IN *LA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI*,
TRATTATO DI DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE GIÀ DIRETTO DA A. CICU E F.MESSINEO,
L.MENGONI E CONTINUATO DA PIERO SCHLESINGER, GIUFFRÉ. 2015.

F. ANELLI, M. SESTA, *REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA*, MILANO, 2016.

T. AULETTA, *IL DIRITTO DI FAMIGLIA*, 4^A ED., GIAPPICHELLI, 1997.

T. AULETTA, *ALIMENTI E SOLIDARIETÀ FAMILIARE*, GIUFFRÉ, 1984.

L. BARBIERA, *IL MATRIMONIO*, WOLTERS KLUWER, 2006.

L. BARBIERA, *IL DIVORZIO DOPO LA SECONDA RIFORMA*, ZANICHELLI, 1988.

G. BONILINI, *MANUALE DI DIRITTO DI FAMIGLIA*, UTET, 2006.

G. CASSANO, E. PERUZZINI, *LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELLA FINE DEL MATRIMONIO*, GIUFFRÉ, 2019.

A. CICU, *IL DIRITTO DI FAMIGLIA, TEORIA GENERALE*, ROMA, 1914, p. 215.

M. COCUCCIO, *DIVIETO DI PATTI SUCCESSORI E PATTO DI FAMIGLIA*, GIUFFRÉ, 2015.

M. CONFORTINI, *LA COMUNIONE CONVENZIONALE TRA CONIUGI*, IN AA.VV., *IL DIRITTO DI FAMIGLIA*, VOL. II, IL REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA, A CURA DI G. BONILINI ET C. CATTANEO, UTET, 2007.

G. CONTIERO, *IL TRATTAMENTO ECONOMICO NELLA SEPARAZIONE E DIVORZIO*, GIUFFRÉ, 2019.

F. CORSI, *IL REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA*, GIUFFRÉ, 1979.

G. DOSI, *LA NUOVA DISCIPLINA DELLE UNIONI CIVILI E DELLE CONVIVENZE, COMMENTO ALLA LEGGE 20 MAGGIO 2016, N. 76, AL D.P.C.M. 23 LUGLIO 2016, N. 144, E AL D.M. 28 LUGLIO 2016*, GIUFFRÉ, 2016.

G. FERRANDO, *IL NUOVO DIRITTO DI FAMIGLIA*, VOL. II, BOLOGNA, 2008.

A. LEONARDI, D. CHINDEMI, *MANTENIMENTO DEL CONIUGE E DEI FIGLI NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO*, GIUFFRÉ, 2016.

T. RITUNNO, *I RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI, UNIONI CIVILI E CONVIVENTI DI FATTO*, IN AA, VV., *LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELLA FINE DEL MATRIMONIO*, A CURA DI R. CLARIZIA, G. CASSANO, M. CALCIANO, GIUFFRÉ, 2019.

F. SANTORO PASSERELLI, DEI DIRITTI E DEI DOVERI CHE NASCONO DAL MATRIMONIO IN COMMENTARIO AL DIRITTO ITALIANO DELLA FAMIGLIA, A CURA DI G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, II VOLUME, CEDAM, 1992.

M. SESTA, *MANUALE DI DIRITTO DI FAMIGLIA*, CEDAM, 2007.

P. ZATTI, *TRATTATO DI DIRITTO DI FAMIGLIA, FAMIGLIA E MATRIMONIO*, VOLUME I, MILANO, 2002.

OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, TRAVAUX COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES, THÈSES, COURS.

N. AREJ-SAADE, *L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET SES LIMITES EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE: ANALYSE DE DROIT COMPARE FRANCO-LIBANAIS*, THESE DE DOCTORAT SOUS LA DIRECTION DE MME S. FERRE ANDRE, FACULTE DE LYON. 2013.

C. ATIAS, *PHILOSOPHIE DU DROIT*, PUF, 4EME EDITION, 2016.

R. CABRILLAC, *LIBERTES ET DROITS FONDAMENTAUX 2020*, DALLOZ, 2020.

N. CARIAT, *ARTICLE 7*, SOUS LA DIRECTION DE F. PICOD ET S. VAN DROOGREBOECK, *CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE, COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE*, BRUYLANT, 2017.

V. EGEA, LA CONTRACTUALISATION DU LIEN FAMILIAL : L'APPORT DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE, IN C. SIFFREIN BLANC, J. P. AGRESTI, E. PUTMANN, COLLOQUE *LIEN FAMILIAL, LIEN OBLIGATIONNEL, LIEN SOCIAL*, LIVRE I, PRESSE UNIVERSITAIRE D'AIX MARSEILLE, 2013, P. 108.

J. L. HALPERIN, *HISTOIRE DU DROIT PRIVE FRANÇAIS DEPUIS 1804 (2012)*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 2012.

A. LEBORGNE, *DROITS FONDAMENTAUX DE LA FAMILLE. DROITS FONDAMENTAUX DANS LA FAMILLE. IN: ANNUAIRE INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, 23-2007, 2008. CONSTITUTION ET LIBERTE D'EXPRESSION - FAMILLE ET DROITS FONDAMENTAUX. PP. 503-520.*

M. C. NAJM, *PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET CONFLIT DE CIVILISATIONS, DALLOZ, 2005.*

M. H. NOUISSER, *LES CONJUGALITES: ETUDE COMPARATIVE FRANCE-MAGHREB, THESE DE DOCTORAT, DIRECTRICE : MME G. LARDEUX, UNIVERSITE D'AIX EN PROVENCE, 2016.*

C. POLI, *L'UNITE FONDAMENTALE DES ACCORDS AMIABLES, THESE DE DOCTORAT, DIRECTEUR : M.*

H. BARBIER ; UNIVERSITE D'AIX MARSEILLE, 2018.

J. POUMARÈDE, « MARIAGE, CONCUBINAGE OU LA QUADRATURE du cercle ? », dans NEIRINCK Claire (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité, Actes du colloque de Toulouse, 21 juin 2007, Aix en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, Page 18.*

J. POUSSON-PETIT, A. POUSSON, *L'AFFECTION ET LE DROIT, EDITION DU CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, 1990.*

C. SIFFREIN BLANC, J. P. AGRESTI, E. PUTMANN, *ACTES DU COLLOQUE, LIEN FAMILIAL, LIEN OBLIGATIONNEL, LIEN SOCIAL. LIVRE I; PRESSE UNIVERSITAIRE D'AIX MARSEILLE.*

F. SUDRE, « RAPPORT INTRODUCTIF », *LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE FAMILIALE AU SENS DE LA*

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, DROIT ET JUSTICE, BRUYLANT, 2002.

J. URBAN, LA RECEPTION DE LA POLYGAMIE AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT CANADIEN PAR RAPPORT AU MARIAGE ET A SES EFFETS, THESE DE DOCTORAT, UNIVERSITE DE PERPIGNAN. 2017.

DROIT ITALIEN:

M. BIANCA, *DIRITTO CIVILE*, GIUFFRÉ, 2001.

C. BENANTI, DAL SISTEMA ALLE RIFORME: L'ASSEGNO DI DIVORZIO, IN *QUALE DIRITTO DI FAMIGLIA PER LA SOCIETÀ DEL XXI SECOLO?* A CURA DI UGO SALANITRO, PACINI, 2020.

A. CATAUDELLA, LA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO, IN *SEMINARI DI DIRITTO DI FAMIGLIA*, A CURA DI M. DE TILLA E U. OPERAMOLLA, GIUFFRÉ, 2005.

F. GAZZONI, *DIRITTO PRIVATO*, ESI, 2011.

G. FREZZA, *I LUOGHI DELLA FAMIGLIA*, GIAPPICHELLI, 2004.

F. MACIOCE, COABITAZIONE E CASA FAMILIARE, IN AA.VV., *SEMINARI DI DIRITTO DI FAMIGLIA*, A CURA DI M. DE TILLA E U. OPERAMOLLA, GIUFFRÉ 2005.

A. NICOLUSSI, PARADIGMI DELLA FILIAZIONE, IN *QUALE DIRITTO DI FAMIGLIA PER LA SOCIETÀ DEL XXI SECOLO?* A CURA DI UGO SALANITRO, PACINI, 2020 .

L. OLIVERO, *L'INDISPONIBILITÀ DEI DIRITTI: ANALISI DI UNA CATEGORIA*, GIAPPICHELLI, 2008.

M. PARADISO, *I RAPPORTI PERSONALI TRA CONIUGI. ARTT. 143-148*, IN *CODICE CIVILE. COMMENTARIO*. DIRETTO DA P. SCHLESINGER, GIUFFRÉ, 1990.

E. QUADRI, *CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE IN TEMA DI RAPPORTI PATRIMONIALI NELLA FAMIGLIA*, IN *IL SISTEMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA DOPO LA STAGIONE DELLE RIFORME*, ATTI DEL CONVEGNO 27 – 29 SETTEMBRE 2018 CATANIA, A CURA DI U. SALANITRO.

E. QUADRI, *PROFILI ATTUALI DEL DOVERE DI CONTRIBUZIONE*, IN AA. VV., *SEMINARI DI DIRITTO DI FAMIGLIA*, A CURA DI M. DE TILLA E U. OPERAMOLLA, GIUFFRÉ 2005.

C. RIMINI, *ASSEGNO DIVORZILE E REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA: LA RIDISTRIBUZIONE DELLA RICCHEZZA FRA CONIUGI E LE FRAGILITÀ DEL SISTEMA ITALIAN*, IN *QUALE DIRITTO DI FAMIGLIA PER LA SOCIETÀ DEL XXI SECOLO?* A CURA DI UGO SALANITRO, PACINI, 2020.

A. RUGGIERI, *MODELLO COSTITUZIONALE E CONSUETUDINI CULTURALI IN TEMA DI FAMIGLIA, FRA TRADIZIONE ED INNOVAZIONE*, IN *IL SISTEMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA DOPO LA STAGIONE DELLE RIFORME, ATTI DEL CONVEGNO 27 – 29 SETTEMBRE 2018, CATANIA*, A CURA DI U. SALANITRO.

L. SCARANO, *COABITAZIONE E CASA FAMILIARE*, IN AA.VV., *SEMINARI DI DIRITTO DI FAMIGLIA*, A CURA DI M. DE TILLA E U. OPERAMOLLA, GIUFFRÉ 2005.

M. C. VENUTI, *LA GENITORIALITÀ NELLA COPPIA OMOAFFETTIVA*, IN *QUALE DIRITTO DI FAMIGLIA PER LA SOCIETÀ DEL XXI SECOLO?* A CURA DI UGO SALANITRO, PACINI, 2020.

DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

B. BEIGNIER, J.-M. DO CARMO SILVA, S. TORRICELLI-CHRIFI, *DECLIN DE LA RESERVE HEREDITAIRE*, IN *LE LAMY DROIT DES REGIMES MATRIMONIAUX, SUCCESSIONS ET LIBERALITES – EXPERT*, 4/2018.

C. BRENNER – J. COMBRET, *DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL DE-JUDICIARISE. – ASPECTS PRATIQUES, MUTUEL DÉJUDICIARISÉ. – ASPECTS PRATIQUES, JURIS CLASSEUR CIVIL CODE > ART. 229-1 A 229-4, FASC. UNIQUE* DATE DU FASCICULE : 5 OCTOBRE 2018, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 25 FEVRIER 2020

J. CARBONNIER, *AUTORITE PARENTALE. EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE*, JURIS CLASSEUR NOTARIAL, REPERTOIRE DATE DU FASCICULE : 26 DECEMBRE 2013, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 3 MAI 2019.

DICIONNAIRE PERMANENT DROIT DES ETRANGERS, *MARIAGE ET UNIONS HORS MARIAGE*, ED. LEGISLATIVES CONTENU MIS A JOUR EN JANVIER 2022.

C. CLÉMENT, C. LABRUSSE-RIOU, M. O. METRAL STICKER, MARIAGE, IN ENCYCLOPÆDIA UNIVERSALIS [EN LIGNE], [HTTP://WWW.UNIVERSALIS-EDU.COM.LAMA.UNIV-AMU.FR/ENCYCLOPEDIE/MARIAGE/](http://www.universalis-edu.com.lama.univ-amu.fr/encyclopedia/mariage/)

B.COLOMBET, A. GOUTTENOIRE, DIVORCE, IN ENCYCLOPÆDIA UNIVERSALIS [EN LIGNE],: [HTTP://WWW.UNIVERSALIS-EDU.COM.LAMA.UNIV-AMU.FR/ENCYCLOPEDIE/DIVORCE/](http://www.universalis-edu.com.lama.univ-amu.fr/encyclopedia/divorce/)

S. DEVILLE ET M. NICOD, *RESERVE HEREDITAIRE – REDUCTION DES LIBERALITES – SANCTION DES LIBERALITES EXCESSIVES, SECTION 1^{RE} - ACTION EN REDUCTION*, REPERTOIRE DE DROIT CIVIL, AVRIL 2020.

V. EGEA, *LIBERALITES – ACTIONS EN JUSTICE COMMUNES A TOUTES LES LIBERALITES — A - INTRODUCTION DE L'ACTION EN REDUCTION*, 49, REPERTOIRE DE PROCEDURE CIVILE, DECEMBRE 2012 (ACTUALISATION : DECEMBRE 2019).

J.F.ESCHYLLE, *MARIAGE . – CONDITIONS*, JURIS CLASSEUR PROCEDURES FORMULAIRE, FASC. 10, DATE DU FASCICULE : 27 DECEMBRE 2016, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 27 DECEMBRE 2016, ACTUALISE PAR SYLVAIN THOURET.

N. FRICERO, *SYNTHESE - PROCEDURE DE DIVORCE*, JURISCLASSEUR DIVORCE, DATE DE FRAICHEUR : 12 JUILLET 2021.

F. GRANET-LAMBRECHTS ART. 515-1 A 515-7-1 - FASC. UNIQUE : LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ, JURIS CLASSEUR CIVIL CODE > ART. 515-1 A 515-7-1. FASC. UNIQUE : LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ, DATE DU FASCICULE : 1ER DECEMBRE 2017, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 1ER DECEMBRE 2017.

M. LAMARCHE, J. J. LEMOULAND, *MARIAGE: CONDITIONS DE FORMATION*, PART. II, CONDITIONS DE FORME, TIT. 1 - FORMALITES PREPARATOIRES, CHAP. 1 - PUBLICATIONS [399](#) - [414](#), *REPertoire DE DROIT CIVIL*, JANVIER 2004, ACTUALISE AOUT 2017.

M. LAMARCHE, J.J. LEMOULAND, *Mariage: généralité*, par § 3 - Nature juridique, définition et caractères du < mariage > [32](#) - [52](#). *Répertoire de droit Civil* Janvier 2014 (actualisation : Février 2017).

V. LARRIBAU-TERNEYRE, *MARIAGE. – ORGANISATION DE LA COMMUNAUTE CONJUGALE ET FAMILIALE. – PRINCIPES DIRECTEURS DU COUPLE CONJUGAL : RECIPROCITE DES DEVOIRS ENTRE EPOUX (C. CIV., ART. 212). – PRINCIPES STRUCTURANT LA COMMUNAUTE FAMILIALE : DIRECTION CONJOINTE DE LA FAMILLE ET CONTRIBUTION CONJOINTE AUX CHARGES DU MARIAGE (C. CIV., ART. 213 ET 214), JCI NOTARIAL REPERTOIRE, FASC. 10. DATE DU FASCICULE : 1ER FEVRIER 2016, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 1ER MAI 2017.*

J.-J. LEMOULAND, *FAMILLE, REPERTOIRE DE DROIT CIVIL*, SEPTEMBRE 2015 (ACTUALISATION : JANVIER 2019).

M. MATHIEU, *DONATION-PARTAGE. – EFFETS. – PUBLICITE FONCIERE*, JURISCLASSEUR NOTARIAL FORMULAIRE FASC. 50, DATE DU FASCICULE : 17 MARS 2014, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 6 JUIN 2019.

S. MAZEAUD-LEVENEUR, NOM DES ÉPOUX .
– DROIT D'USAGE DU NOM DU CONJOINT, JURISCLASSEUR CIVIL CODE, FASC., 50, DATE DU FASCICULE : 21 NOVEMBRE 2018, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 21 NOVEMBRE 2018.

G. RAYMOND, M. C. DELFOSSE, *MARIAGE. – LES CONDITIONS A REUNIR DANS LA PERSONNE DES EPOUX, FASC. 10 ; JURISCLASSEUR CODE CIVIL ART. 143 – 147. DATE DU FASCICULE : 24 JANVIER 2014, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 12 JUIN 2017.*

J. C. SAINT-PAU, JOUISSANCE DES DROITS CIVIL . – DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVEE. – DEFINITION CONCEPTUELLE DU DROIT SUBJECTIF, JURISCLASSEUR CIVIL CODE > ART. 9, FASC. 10, DATE DU FASCICULE : 16 MARS 2016, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 16 MARS 2016.

F. SAUVAGE, DONATIONS . – LIBERALITES-PARTAGES, ACTUALISATION PAR F. FRULEUX, JURISCLASSEUR ENREGISTREMENT TRAITE, FASC. 70 : DATE DU FASCICULE : 1ER NOVEMBRE 2014, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 20 JANVIER 2020.

P. SILMUR: COMMUNAUTÉ LÉGALE. – ADMINISTRATION DES BIENS COMMUNS. – REPARTITION LEGALE DES POUVOIRS, JURISCLASSEUR CIVIL CODE, FASC. 10, DATE DU FASCICULE : 20 MARS 2019, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 20 MARS 2019.

M. STORCK, SEPARATION DES BIENS. – GESTION DES PATRIMOINES DES EPOUX. – DISSOLUTION. LIQUIDATION DU REGIME, JURIS CLASSEUR CIVIL CODE ART. 1536 A 1543. FASC. 20 DATE DU FASCICULE : 15 SEPTEMBRE 2018, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 31 AOUT 2019.

C. WATINE-DROUIN , SEPARATION DE CORPS . – CAUSES. PROCEDURE. EFFETS, JURISCLASSEUR CIVIL CODE > ART. 296 A 304, FASC. UNIQUE : DATE DU FASCICULE : 21 OCTOBRE 2018, DATE DE LA DERNIERE MISE A JOUR : 20 AVRIL 2019.

Droit italien

P. BARCELLONA, VOCE FAMIGLIA (DIR. CIV.) IN ENCICLOPEDIA DIRITTO, XVI, GIUFFRÉ, 1967, p. 783.

F. FINOCCHIARO, MATRIMONIO, IN COMMENTARIO DEL CODICE CIVILE, SCIALOJA, BRANCA, II VOLUME, SUB ARTT. 84-158, ZANICHELLI, 1993.

A. C. JEMOLO, *DIVORZIO*, IN *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, XIII, GIUFFRÉ, 1964.

E. LUCCHINI GUASTALLA, *AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA [ANNALI VI, 2013]*,
IN AA.VV., *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, GIUFFRÉ, 2013.

ARTICLES

DROIT FRANÇAIS

AA.VV., *DROIT DE LA FAMILLE*, CHRONIQUE SOUS LA DIRECTION DE A. GOUTTENOIRE
ET P. MURAT AVEC H. BOSSE-PLATIERE ET M. FARGE ET Y. FAVIER ET M. LAMARCHE
ET M. REBOURG, IN *LA SEMAINE JURIDIQUE* EDITION GENERALE N° 8, 19 FEVRIER 2018.

J. P. AGRESTI, *QUE RESTE-T-IL DU DIVORCE SANS JUGE DE 1792*, REVUE DE DROIT DE
FAMILLE, 01/01/2017.

S. AMRANI-MEKKI. *LA LIBERTE CONTRACTUELLE EN DROIT PROCESSUEL DE LA FAMILLE*,
IN *GAZETTE DU PALAIS* - 11/04/2017.

L. ARSENE, *DE LA VALIDITE DU MARIAGE RELIGIEUX, NON PRECEDE DU MARIAGE CIVIL*,
CONTRACTE EN FRANCE PAR DEUX ETRANGERS H P. 270, IN *HEINONLINE.FR*.

N. BAILLON-WIRTZ, *REFORME DE LA JUSTICE LA LOI DU 23 MARS 2019 ET LES
NOUVELLES MESURES DE DEJUDICIARISATION DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE*, IN
REVUE JURIDIQUE PERSONNES ET FAMILLE, N° 5, 1ER MAI 2019.

I.Barrière Brousse, *Mariage . – Effets*. App. Art. 144 à 227, *Juris Classeur Civil
Code*, , Fasc. 40 : n -Date du fascicule : 20 Mai 2016, Date de la dernière mise
à jour : 20 Mai 2016.

B. BEIGNIER, LE PACS EN QUESTION, ASPECTS CIVILS, *IN* LE PACS, DR. FAMILLE 1999, HORS SERIE, CHRON. 9, P. 35, *IN* 176-37PACS 1999/PACS 2006 : DEUX REGIMES OPPOSES, *IN* LE LAMY DROIT DES REGIMES MATRIMONIAUX, SUCCESSIONS ET LIBERALITES.

S. BEN HADI, *CONCUBINAGE – EXISTENCE DU CONCUBINAGE*, *IN* REPERTOIRE DE DROIT CIVIL, OCTOBRE 2016, ACTUALISATION: DECEMBRE 2019.

C. BERTRAND, C. LETELLIER, *MARIAGE, PACS, CONCUBINAGE ET PREVOYANCE : LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION S'INVITE AU CŒUR DES FAMILLES*, SEMAINE SOCIALE LAMY, N° 1474, 10 JANVIER 2011 .

H. BOSSE-PLATIER, *NATURE JURIDIQUE ET EVOLUTION DU PACS*, CHAPITRE 151, *DALLOZ ACTION DROIT DE LA FAMILLE*, 2020-2021.

H. BOSSE-PLATIERE ; J. PIERROT-BLONDEAU, *DROIT A LA PRESTATION COMPENSATOIRE*, CHAPITRE 135, *IN* *DALLOZ ACTION DROIT DE LA FAMILLE*, 2020-2021.

B. BEIGNIER ET S. TORRICELLI-CHRFI, *SUCCESSIONS-LIBERALITES - LA RENONCIATION ANTICIPEE A L'ACTION EN REDUCTION : L'AUDACE RECOMPENSEE*, *LA SEMAINE JURIDIQUE NOTARIALE ET IMMOBILIERE* N° 24, 17 JUIN 2016, 1199.

M. BIEGELMANN-MASSARI, *QUAND LE CODE CIVIL INTERDIT LE MARIAGE ET MARIE LES DEFUNTS*, *ETUDES*, P. 165.

J. -R. BINET, *EN PACS, TROMPE QUI VEUT !* *DROIT DE LA FAMILLE* N° 7-8, JUILLET 2015.

C. Brenner, *Réserve héréditaire. Quotité disponible. – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve*, *JurisClasseur Civil Code* > Art. 912 à 930-5, Date du fascicule : 15 Mars 2017, Date de la dernière mise à jour : 15 Mars 2017.

J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Les notions à contenu variable en droit, Bruylant, 1984, p. 99 et s.

A. CHASSIN, *LA NOTION DE CONJOINT*, IN *L'ESSENTIEL DROIT DE LA FAMILLE ET DES PERSONNES* - N°07. DATE DE PARUTION : 01/07/2018.

J.-M. COQUEMA ET C. BARTHELET, *COUPLES, PATRIMOINE: LES DEFIS DE LA VIE A 2. ANALYSE COMPAREE DE LA NATURE JURIDIQUE DU MARIAGE, DU PACS ET DU CONCUBINAGE*. 106^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, IN *LA SEMAINE JURIDIQUE - NOTARIALE ET IMMOBILIERE*, 2010.

M. CRESP, *LE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE DE DEMAIN : UN DROIT SANS JUGE?*, *DALLOZ ACTUALITE* 27 FEVRIER 2014.

L. DE SAINT PERNE, *LA PRISE EN COMPTE DE L'INTERET DE L'ENFANT DANS LE DIVORCE SANS JUGE*, *REVUE JURIDIQUE PERSONNES ET FAMILLE*, N° 7-8, 1^{er} JUILLET 2018.

J.B. DONNIER, *SYNTHESE - INDIVISION LEGALE. NOTION. OBJET*, IN *L'ESSENTIEL*, 2 AVRIL 2020.

M. DOUCHY OUDOT, *CONTENTIEUX FAMILIAL*, *RECUEIL DALLOZ*, NUMERO 9, 03/2019.

E. DUBUISSON, *LE MARIAGE HOMOSEXUEL ET LA PLACE DANS LA NATURE DE L'HOMME*, IN *RECUEIL DALLOZ*, 15 NOVEMBRE 2012, N° 39.

A. FAUTRE-ROBIN, C. BERANGER, *LE DIVORCE SANS JUGE : REGARDS CROISES SUR UNE REFORME CONTROVERSEE*, IN *REVUE JURIDIQUE PERSONNES ET FAMILLE*, N° 1, 1^{er} JANVIER 2017.

Y. FAVIER, *CHAPITRE 122 – SEPARATION DE FAIT – SECTION 2 - PACTES DE SEPARATION AMIABLE*, 122.21. *ÉVOLUTION*, IN *DALLOZ ACTION DROIT DE LA FAMILLE*, 2020 -2021 .

Y. FAVIER, *LA FAMILLE ET L'EUROPE : LA CONCURRENCE DES DROITS DANS LA VIE PRIVEE ET FAMILIALE*, DANS *RECHERCHES FAMILIAL*, 1/2008, N. 5.

D. FENOUILLET, *DIVORCE SANS JUGE - LE DIVORCE SANS JUGE. RAPPORT DE SYNTHESE*, IN *DROIT DE LA FAMILLE*, N° 9, SEPTEMBRE 2019.

Y. FLOUR ; M. GRIMALDI, CHAPITRE 511 - *PACTE CIVIL DE SOLIDARITE (PACS)*, IN SECTION 1 - DEFINITION ET NATURE DU PACS, 511.11. LA CREATION DU PACS : UNE HISTOIRE BREVE ET MOUVEMENTEE, IN *DALLOZ ACTION*, DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE.

H. FULCHIRON, *LE « MARIAGE POUR TOUS » EST D'ORDRE PUBLIC EN MATIERE INTERNATIONALE*, *RECUEIL DALLOZ*, NUMERO 8,02/2015.

H. Fulchiron, *Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance?*, *Revue internationale de droit comparé*, Volume 62, NUMERO 2, 2010.

H. FULCHIRON, *DE L'INSTITUTION AUX DROITS DE L'INDIVIDU : REFLEXIONS SUR LE MARIAGE AU DEBUT DU XXI^E SIECLE*, IN *ÉCRITS REDIGES EN L'HONNEUR DE JACQUES FOYER*, ÉCONOMICA, 2008.

H. FULCHIRON, *LE NOUVEAU PACS EST ARRIVE*, ISSU DE DEFRENOIS - N°21 - PAGE 1621, DATE DE PARUTION : 15/11/2006, ID : AD2006DEF1621N1 , REF : DEFRENOIS 15 NOV. 2006, N° AD2006DEF1621N1.

E. GALANT, *DROIT DE LA FAMILLE, DROITS FRANÇAIS, EUROPEEN, INTERNATIONAL ET COMPARE*, *REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE*, 2018, P. 1077.

K GARCIA, *CAS DE DIVORCE*, ESSENTIEL, 4 MARS 2020.

M. GRIMALDI, *LIBERTE CONTRACTUELLE ET ORDRE PUBLIC DE LA FAMILLE*, *GAZETTE DU PALAIS - HORS-SERIE 2* - DATE DE PARUTION : 11/04/2017, P. 11.

M. GRIMALDI, *LA DONATION-PARTAGE EST UNE DONATION DE LOTS, ET NON UN PARTAGE DE BIENS DONNES*, REVUE TRIMESTRIELLE DROIT CIVIL, 2019.

A. KARM, *DROITS ET DEVOIRS EXTRAPATRIMONIAUX DES EPOUX*, IN *ESSENTIEL*, 04.07.2019, DATE DE FRAICHEUR 15 MAI 2021.

M. JAOL, *D'UN DEVOIR DE FIDELITE A UN DEVOIR DE LOYAUTE : LE DEVOIR DE FIDELITE DANS LE MARIAGE FAIT-IL ENCORE SENS ?*, IN *REVUE JURIDIQUE PERSONNES ET FAMILLE: TOUTE L'ACTUALITE JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE*, 12/2019, NUMERO 12.

J. MASSIP, *AUDITION DES FUTURS EPOUX AVANT LA CELEBRATION D'UN MARIAGE ET RESPONSABILITE DES OFFICIERS D'ETAT CIVIL*, DEFRENOIS 15 AVRIL 2007, N° JP2007DEF0535N1, P. 535.

S. MIRABAIL, *CONCUBINAGE ET CHARGES DE LA VIE COMMUNE*, GAZETTE DU PALAIS - N°07 – 19.02.2019.

S. MIRABAIL, *MARIAGE - LE MARIAGE : ENTRE MODERNITE ET TRADITIONS - ETUDE PAR SOLANGE MIRABAIL*, DROIT DE LA FAMILLE N° 3, MARS 2018, ETUDE 7.

M. MULLER, *L'INDEMNISATION DU CONCUBIN ABANDONNE SANS RESSOURCES*, D. 1986. CHRON. 328, SPEC. P. 332, IN S. BEN HADJ YAHIA, *CONCUBINAGE – RUPTURE DU CONCUBINAGE*, PAR. 259.

A.L. NACHBAUM-SCHNEIDER, *LA RESERVE : UNE INSTITUTION A CONSERVER*, IN REVUE LAMY DROIT CIVIL, N° 174, 1ER OCTOBRE 2019.

S. NYCOLET., *EGALITE PROFESSIONNELLE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES : LA FIN DU LAXISME?*, IN *LES CAHIERS DU DRH*.

C. PERES ET P. POTENTIER, *RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR « LA RESERVE HEREDITAIRE*, DEFRENOIS 23 JANV. 2020, N° 156.

F. PERROTIN, *LEGS : VERS UNE REFORME DE LA RESERVE HEREDITAIRE ? ISSU DE PETITES AFFICHES - N°015 - DATE DE PARUTION : 21/01/2020 ID : LPA149F9 REF : LPA 21 JANV. 2020, N° 149F9.*

V. POURE, *LOI DE MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXI^E SIECLE - LE TRANSFERT DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE A L'OFFICIER DE L'ETAT CIVIL : ENTRE COMPETENCES NOUVELLES ET NATURELLES, DROIT DE LA FAMILLE N° 1, JANVIER 2017, DOSSIER 6.*

M. REBOURG, *REGIMES MATRIMONIAUX - LA PRIMAUTE DU DEVOIR DE SECOURS ENTRE EPOUX SUR LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES DECOULANT DE LA PARENTE, DROIT DE LA FAMILLE N° 3, MARS 2011, ETUDE 7.*

É. ROUSSEAU, *LA CONFORMITE DU CHANGEMENT DE REGIME MATRIMONIAL A L'INTERET DE LA FAMILLE APRES LE 25 MARS 2019 – RECUEIL DALLOZ, D. 2019. 2259, 28.11.2019 INTRODUCTION.*

A. SERIAUX, *MARIAGE, UNE DEFINITION CIVILE DU MARIAGE (PRIERE D'INSERER) », (2005) 29 RECUEIL DALLOZ SIREY1966.*

P. SIMLER, *LA MESURE DE L'INDEPENDANCE DES EPOUX DANS LA GESTION DE LEURS GAINS ET SALAIRES, LA SEMAINE JURIDIQUE NOTARIALE ET IMMOBILIERE N° 26, 2, 9 JUIN 1990, 100869.*

S. THOURET, *LE PACS : TECHNIQUES DE REDACTION ET ESQUISSE DE CONTRAT, PETITES AFFICHES - N°50, - PAGE 4, DATE DE PARUTION : 10/03/2000, ID : PA200005001 , REF : LPA 10 MARS 2000, N° PA200005001, P. 4.*

DROIT ITALIEN

D. ACHILLE, *NOTA A: CASSAZIONE CIVILE, 04 DICEMBRE 2015, N.24755, SEZ. II, SUCCESSIONE NECESSARIA: LA CORTE DI CASSAZIONE RIBADISCE IL PRINCIPIO DELLA LEGITTIMA IN NATURA*, IN *DIRITTO & GIUSTIZIA*, FASC.44, 2015, PAG. 25.

G. AMADIO, *LA CRISI DELLA CONVIVENZA, LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA N. 12/2016*, P. 7.

R. AMAGLIANI, *APPUNTI SU AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA: NUOVE FRONTIERE DELLA NEGOZIALITÀ*, IN *I SINGOLI CONTRATTI*, 6/2014, P. 582 SS.

T. AULETTA, *LA LETTURA DELLA CASSAZIONE, PRIMA SEZIONE, SULLA NATURA ED I CRITERI FISSATI DA S.U. 18287/2018 RIGUARDO ALL'ASSEGNO DI DIVORZIO*, IN *FAMILIA*, 2020, PP. 50 SS.

T. AULETTA, *I RAPPORTI PERSONALI TRA UNITI CIVILMENTE*, IN WWW.JUSCIVILE.IT/CONTRIBUTI/2017/20.

T. AULETTA, *DISCIPLINA DELLE UNIONI NON FONDATE SUL MATRIMONIO: EVOLUZIONE O MORTE DELLA FAMIGLIA?* IN *LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE N. 3/2016*, P. 395.

T. AULETTA, *AMMISSIBILITÀ NELL'ORDINAMENTO VIGENTE DEL MATRIMONIO FRA PERSONE DEL MEDESIMO SESSO*», *NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA*, N. 7-8/2015, P. 10.

T. AULETTA, *DAL CODE CIVIL DEL 1804 ALLA DISCIPLINA VIGENTE: CONSIDERAZIONI SUGLI ITINERARI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA*, IN *FAMILIA*, FASC.3, 2005, PAG. 405.

L. BALESTRA, *UNIONI CIVILI E CONVIVENZE DI FATTO: BREVI OSSERVAZIONI IN ORDINE SPARSO*, IN *GIUSTIZIACIVILE.COM*, 20 APRILE 2016, P. 4.

C. BENANTI, *DAL SISTEMA ALLE RIFORME: L'ASSEGNO DI DIVORZIO*, IN U. SALANITRO, *QUALE DIRITTO DI FAMIGLIA PER LA SOCIETÀ DEL XXI SECOLO?* PACINI, 2020.

E. BIVONA, *LIBERTÀ E RESPONSABILITÀ DEI CONIUGI NEGLI ACCORDI PERSONALI*, IN *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE*, 4/2020.

E. BIVONA, *L'OBBLIGO DI FEDELITÀ DOPO LA STAGIONE DELLE RIFORME*, IN WWW.FAMILIA.IT.

F. D. BUSNELLI, *LIBERTÀ E RESPONSABILITÀ DEI CONIUGI NELLA VITA FAMILIARE*, IN *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE*, 1973, P. 143.

G. BONILINI, *LO SCIoglimento dell'Unione Civile per Morte, o Dichiarazione di Morte Presunta, di una delle sue Parti*, IN *FAMIGLIA E DIRITTO*, 2017, 6, 596.

G. BRUNELLI, *DIMENSIONE ANTIDISCRIMINATORIA DEL PRINCIPIO DI EGUALIANZA E DIRITTO FONDAMENTALE DI CONTRARRE MATRIMONIO*, IN WWW.ARTICOLO29.IT, *GENIUS* 02/2014, P 6.

M. D'AMICO, *"FAMIGLIA E FAMIGLIE" FRA PRINCIPI COSTITUZIONALI ED EUROPEI*, *GENIUS* 2/2015, IN WWW.ARTICOLO29.IT, P. 152.

F. DAL CANTO, *LE COPPIE OMOSESSUALI DAVANTI ALLA CORTE costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in www.associazioedeicostituzionalisti.it.

G. DE CRISTOFARO, *LE "UNIONI CIVILI" FRA COPPIE DEL MEDESIMO SESSO. NOTE CRITICHE SULLA DISCIPLINA CONTENUTA NEI COMMI 1°-34° DELL'ART. 1 DELLA L. 20 MAGGIO 2016, N. 76, INTEGRATA DAL D.LGS. 19 GENNAIO 2017, N. 5*, IN *NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE*, 2017, 1, P. 101 SS.

E. A. EMILIOZZI, *I DIRITTI PATRIMONIALI NELLA CRISI DELLA CONVIVENZA DI FATTO*, *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE*, V. 64, N. 5, (2018), PP. 1324-1353.

R. FADDA, *MODELLI FAMILIARI, ELASTICITÀ DELLA CAUSA MATRIMONIALE E ACCORDI SUI DOVERI CONIUGALI*, IN *WWW.RIVISTA DI DIRITTO CIVILE* N. 5/2018, P. 1188.

C. FAVILLI, *LO STATO DI BISOGNO POST- CONVIVENZA: IL DIRITTO AGLI ALIMENTI*, 30 DICEMBRE 2017, IN *WWW.FAMILIA.IT*

G. FERRANDO, *LE UNIONI CIVILI. PRIME IMPRESSIONI SULLA RIFORMA*, IN *WWW.GENIUS.IT*, VOL. 2/2016, P. 6 SS.

G. FERRANDO, *MATRIMONIO SAME SEX: CORTE DI CASSAZIONE E GIUDICI DI MERITO A CONFRONTO*, NOTA A CASS. 9 FEBBRAIO 2015 N. 2400 E A TRIB. GROSSETO, 26 FEBBRAIO 2015, IN *CORR. GIUR.*, 2015, PP. 915 SS.

M. GATTUSO, *“MATRIMONIO”, “FAMIGLIA” E ORIENTAMENTO SESSUALE: LA CASSAZIONE RECEPISCE LA “DOPPIA SVOLTA” DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO*, IN *WWW.ARTICOLO29.IT*.

F. GAZZONI, *LA FAMIGLIA DI FATTO E LE UNIONI CIVILI. APPUNTI SULLA RECENTE LEGGE*, IN *WWW.PERSONAEDANNO.IT*.

R. GELLI, *IL COGNOME NELLE UNIONI CIVILI: LA CONSULTA AVALLA IL RIPENSAMENTO DEL LEGISLATORE*, *FAMIGLIA E DIRITTO* N. 6/2019, P. 561 SS.

A. GNANI, *LA SUCCESSIONE NECESSARIA DOPO LA LEGGE 20 MAGGIO 2016*, *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE* N. 2/2019, P. 12.

I MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *SUL COME PER LA CORTE COSTITUZIONALE «LE UNIONI OMOSESSUALI NON POSSONO ESSERE RITENUTE OMOGENEE AL MATRIMONIO»*. OVVERO TECNICHE ARGOMENTATIVE IMPIEGATE PER MOTIVARE LA SENTENZA 138/2010, IN *CONSULTA ONLINE*, *WWW.DIRCOST.UNITO.IT*, 2010.

R. MASONI, *NOTA A: TRIBUNALE TORINO, 20 APRILE 2015, SEZ. VII, NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN AMBITO FAMILIARE E PROBLEMI PROCEDURALI CONNESSI*, IN *DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE (IL)*, FASC.4, 2015.

A.MELANI, *IL MATRIMONIO OMOSESSUALE DOPO LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA QUESTIONE RESTA APERTA*, IN WWW.FORUMCOSTITUZIONALE.IT.

G. OBERTO, *MUTUO DISSENSO E CONVENZIONE DI SEPARAZIONE DEI BENI*, IN *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE* N. 4/2019, P. 818.

L. OLIVERO, *UNIONI CIVILI E PRESUNTA LICENZA D'INFEDELITÀ*, *RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE*, 2017, P. 218.

L. OLIVERO, *L'INFIDELITE SANS ADULTERE A L'EPOQUE D'INTERNET – UNE COMPARAISON ENTRE LA FRANCE ET L'ITALIE*, *REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE*, 2/2015, P. 552.

R. PACIA, *UNIONI CIVILI E CONVIVENZE: PROFILI DI DIRITTO SUCCESSORIO*, IN *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE* N. 2/2019.

S. PELLEGATTA, *CONVIVENZA DI FATTO E DICHIARAZIONE ANAGRAFICA: NATURA COSTITUTIVA O PROBATORIA?*. COMMENTAIRE À *TRIB. MILANO SEZ. IX ORDINANZA, 31 MAGGIO 2016, L. 20-05-2016, N. 76, ART. 1.*, IN *FAMIGLIA E DIRITTO*, 2017.

S. PENASA, *MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI E DEI LORO FAMILIARI: OSSERVAZIONI A “CERCHI CONCENTRICI” SUL CASO COMAM C. ROMANIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA*, IN WWW.DIRITTOIMMIGRAZIONEECITTADINANZA.IT, 3/2018.

B. PEZZINI, *RICONOSCERE, NEGARE O GIUSTIFICARE LA DISCRIMINAZIONE MATRIMONIALE DELLE PERSONE OMOSESSUALI? A PROPOSITO DELL'INTERPRETAZIONE SISTEMATICO-ORIGINALISTA DEL MATRIMONIO NELL'ARTICOLO 29 COST.*, IN *ARTICOLO 29, RIVISTA GENIUS* 02/2014.

E. QUADRI, *“CONVIVENZE» E CONTRATTO DI CONVIVENZA*, IN WWW.JUSCIVILE.IT, P. 12.

A. RENDA, *LE RAGIONI DI UNA TEORIA NEO-ISTITUZIONALE DEL MATRIMONIO*, IN WWW.RIVISTADIRITTOCIVILE.IT, P. 1026.

C. RIMINI, *LEGGE 20 MAGGIO 2016 N. 76, ART. 1 C. 24*, IN M. SESTA (A CURA DI), *CODICE DELL'UNIONE CIVILE E DELLE CONVIVENZE*, MILANO, 2017, 1083.

R. ROMBOLI, *IL DIRITTO “CONSENTITO” AL MATRIMONIO ED IL DIRITTO “GARANTITO” ALLA VITA FAMILIARE PER LE COPPIE OMOSESSUALI IN UNA PRONUNCIA IN CUI LA CORTE DICE “TROPPO” E “TROPPO POCO”*, IN WWW.ASSOCIAZIONEDEICOSTITUZIONALISTI.IT.

F. SALERNO, *IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI ASSEGNO DI MANTENIMENTO NELLO SCIoglimento DEL MATRIMONIO E DELL'UNIONE CIVILE*, IN *RIVISTA DI DIRITTO CIVILE* N. 1/2021, P. 191.

M. SESTA, *LA DISCIPLINA DELL'UNIONE CIVILE TRA TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONA E CREAZIONE DI UN NUOVO MODELLO FAMILIARE*, IN *FAMIGLIA E DIRITTO*, 2016, P.886.

V. SCALISI, *FAMIGLIA E FAMIGLIE IN EUROPA*, IN *RIV. DIR. CIV.*, 2013, I, P. 8.

P. SCHLESINGER, *COMMENTARIO AL DIRITTO ITALIANO DELLA FAMIGLIA*, DIRETTO DA CIAN – OPPO – TRABUCCHI, PADOVA, 1992, P. 73.

V. SCIARRINO, *FAMIGLIA E IMPRESA: CONVIVENZA, CONFLITTI E TRAPASSO*, IN *DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE (IL)*, FASC.2, 1 GIUGNO 2019, P. 784.

A.SEMPRINI, *LA PROGRESSIVA EROSIONE DELLA LEGITTIMA IN NATURA*, *DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE (IL)*, FASC.3, 1.09.2017, P. 1054.

M. SESTA, *MATRIMONIO E FAMIGLIA A CINQUANT'ANNI DALLA LEGGE SUL DIVORZIO*, IN *RIVISTA DIRITTO CIVILE*, 2020.

M. SESTA, *LA DISCIPLINA DELL'UNIONE CIVILE TRA TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONA E CREAZIONE DI UN NUOVO MODELLO FAMILIARE*, IN *FAMIGLIA E DIRITTO*, 2016, 10, p. 881.

I. SPEZIALE, *LO SCIoglimento DELL'UNIONE CIVILE NEL CONFRONTO CON LA CRISI DEL MATRIMONIO*, IN *CORRIERE GIURIDICO*, 11/2021, p. 1362 ss.

B. TOTI, *OLTRE UNA CERTA ETÀ UN FIGLIO È ORMAI UN ADULTO (RECENTI ORIENTAMENTI SUL MANTENIMENTO DEL FIGLIO MAGGIORENNE)*, IN *WWW. LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE* 2/19, p. 374.

C. TRIPODINA, *L'ARGOMENTO ORIGINALISTA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI*, IN *ARCHIVIO DI DIRITTO E STORIA COSTITUZIONALI*, *WWW.DIRCOST.UNITO.IT*, 2010, p. 18.

M. WINKLER, *IL NUOVO ISTITUTO DELL'UNIONE CIVILE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO*, IN *UNIONE CIVILE E CONVIVENZA*, MILANO, 2016, p. 70.

A. ZACCARIA, *L'OPPONIBILITÀ DEL CONTRATTO DI CONVIVENZA*, *STUDIUM IURIS*, p. 711.

P. ZATTI, *FAMILIA, FAMILIAE, DECLINAZIONI DI UN'IDEA. VALORI E FIGURE DELLA CONVIVENZA E DELLA FILIAZIONE*, IN *FAMILIA*, 2002, p. 337 ss.

JURISPRUDENCES - NOTES, COMMENTAIRES, OBSERVATIONS

CJUE, 5 juin 2018, n° C-673/16, *Coman et Hamilton*, in <https://curia.europa.eu/juris/document/documents>.

CEDH

CEDH, *Orlandi c. Italie*, 14.12.2017, Requête nn° 18766/11 36030/11 in www.dalloz.fr.

CEDH, *Schalk contre Autriche*, 24.6.2010, Requête n° 30141/04, in www.dalloz.fr.

CEDH, *Karner c. Autriche*, 24.7.2013, Requête n°40016/98 in www.dalloz.fr.

CEDH, *Kozak contre Pologne*, 2.03.2010, Requête n° 13102/02 www.dalloz.fr.

CEDH, *E. B. c. France*, 22.1.2008, Requête n° 55374/13, in www.dalloz.fr.

CEDH, *Chapin et Charpentier c. France*, 9.6.2010, Requête n° 40183/07. in www.dalloz.fr.

CEDH, *Sheffield et Horsham* 30.7.1998, Requête nn° 22985/93 et 23390/94 in www.dalloz.fr.

CEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21.12.1999, Requête n°. 33290/96, in www.dalloz.fr.

CEDH, *Rees c. Royaume Uni* 10.10.1986, Requête n° 9532/81, in www.dalloz.fr.

Droit français

Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2019, n° 18-13663, ECLI:FR:CCASS:2019:C100259, FS–PB (cassation) Issu de L'ESSENTIEL *Droit de la famille et des personnes* - n°06 - page 8, Date de parution : 01/06/2019.

Civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, F-P+B, n° 18-12.311, in www.dalloz-actualite.fr/flash.
Cour De Cassation, 1^{ère} Sect., 28.2.2018 n. 17-10-876, in P. Murat, *Droit de la famille*, Dalloz, 2020- 2021, p. 554.

Cass. 1re civ., 15 nov. 2017, n° 16-25.700 : JurisData n° 2017-022782.

Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2017, n° 16-20156, in S. Deville, Gaz. Pal. 27 mars 2018, n° 316 n. 7, p. 65.

Cass. Civ. 1^{re}, 10 févr. 2016, n° 15-10.150, in www.dalloz.fr.

Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-18.301 : JurisData n° 2009-050891.

Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, in https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_9963.html.

Cass. 1re civ., 19 oct. 2004, n° 03-11.699 in www.dalloz.fr.

Cass. 2e civ., 4 mars 1998, n° 95-10.729, in www.dalloz.fr.

Civ.1° 19 mars 1991, n°88-19.400, Defrénois 1991.942, in S. Ben Hadj Yahia, Concubinage – Effets du concubinage, Répertoire de droit civil, octobre 2016.

Cass. civ., 6 avr. 1903, DP 1904, I, p. 395, concl. Baudoin, S. 1904, 1, p. 273, Partie 3 Les couples Le mariage Etude 307 Les conditions de formation du mariage. Section I Différence de sexe, 307-9. Avant la loi du 17 mai 2013 : la prohibition du mariage entre personnes de même sexe, Sous la direction scientifique de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Lamy droit des personnes et de la famille, Mis à jour 10/2016.

CA Paris, 23 sept. 2010, RG : n° 09-01961), in Etude 270, Montant de la prestation compensatoire, Le Lamy Patrimoine.

CA Paris, pôle 3, 2e ch., 29 mars 2016, n° 14/24212 : *JurisData* n° 2016-006100.

CA Poitiers, 4e ch., 23 mars 2016, n° 15/00412 : *JurisData* n° 2016-005910.

C.A. Nancy, 3^e ch. civ., 15 janv. 2016, n RG : 15/00048 in *Analyse Jurisdata*.

CA Rennes 5 mai 2015, n° 211, 14/01737 : *JurisData* n° 2015-011466.

Cour d'appel, Orléans, Chambre de la famille, 22 Mars 2011 - n° 10/00680, *JurisData* : 2011-005357.

CA Versailles, 28 avr. 1994 : JurisData n° 1994-053002 ; RTD civ. 1995, p. 331, n° 13, obs. J. Hauser.

CA Paris, 1re ch. A, 3 juill. 1991 : JurisData n° 1991-022647.

CA Limoges, 1re civ., 4 oct. 1990 : JurisData n° 1990-046137.

Cour constitutionnelle n° 2015-9 LOM du 21 octobre 2015, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/20159LOM.htm>.

Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419, in www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419DC.htm.

Droit italien

Cass Civ. 31.03.2021 in www.dejure.it.

Cass. 7 ottobre 2019, n. 24934, *Il familiarista.it*, 24 février 2020.

Cass. civ. 15.05.2019_n. 13000 http://www.rivistafamilia.it/wp-content/uploads/2019/06/Cass.-civ.-15.05.2019_n.-13000.pdf.

Cass. civ. sez. un., 11.07. 2018, n. 18287 in www.dejure.it.

Cass. civil SS.UU., n. 18287/2018, in *www.dejure.it*.

Cass. civ. n. 11504/2017 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ., sect. I, 21 avril 2015, n. 8097 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ., décision 170/2014, in *www.dejure.it*.

Cass. Civ., 11 juill. 2013 n. 17199 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ., n. 3407 del 12/02/2013, in *www.dejure.it*.

Cass. civ., sez. I, 11 janvier 2013, n. 601 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ., Pr. Section Civile, n. 3407 del 12/02/2013, in *www.dejure.it*.

Cour de Cassation I Sez. civ., 15.03. 2012, n. 418 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ 15.09.2011 n. 18853, in *www.dejure.it*.

Cass civ. 18853 du 15.9.2011 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ. 10 oct. 2008 n. 2502, in *www.dejure.it*.

Cour de Cassation, section Troisième, n. 23725 16.09.2008 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ. 10 mai 2005 n. 9801 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ, décision n. 13298/2004, in *www.altalex.it*.

Cass., Sez III, 15.03.2006, n. 5684 in *www.dejure.it*.

Cass. Civ., sect. I, 15.03.2002, n. 4184 in *www.dejure.it*.

Cass. civ. sez. un. 29 novembre 1990, nn. 11489, 11490, 11491, 11492, in *www.dejure.it*.

Corte costituzionale, 20.07.2011 n. 245, in *www.consultaonline.it*.

Corte costituzionale, n. 138/2010, in *www.consultaonline.it*.

Corte costituzionale, 16 dicembre 1970, n. 188 in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 801.

Corte App. Brescia sent. n. 343, 07.03.2017 in *www.dejure.it*.

Tribunale Milano sez. IX, 19/01/2016, (ud. 14/12/2015, dep. 19/01/2016) in *www.dejure.it*.

Corte d'Appello Milano, sez. Persone, Minori, Famiglia, 16 ottobre 2015.

Tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014, in *www.articolo29.it*.

Trib. Genova, 30 ottobre 2013, in *http://www.articolo29.it*.

Trib. Nicosia, ord. 14 décembre 2010, in *www.minoriefamiglia.it*.

Trib. Firenze, ord. 30 avril 2009, in *http://www.articolo29*.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	p. 7
PREMIÈRE PARTIE : Le recul (partiel) du caractère institutionnel du mariage.	p. 19
TITRE I Les conditions de formation du mariage	p. 23
CHAPITRE I Les indices du retrait partiel du caractère institutionnel du mariage.....	p. 26
Section 1. Les différentes thèses sur la nature juridique du mariage.....	p. 27
Paragraphe 1. Les différentes théories sur le recul du caractère institutionnel du mariage.....	p. 30
A. Les thèses sur la nature institutionnelle du mariage en France.....	p. 31
B. Les thèses sur la nature institutionnelle du mariage en Italie.....	p. 36
Paragraphe 2. Les thèses sur la nature contractuelle du mariage.....	p. 40
A. La diffusion de la thèse contractuelle du mariage en France.....	p. 41
B. La diffusion de la thèse contractuelle du mariage en Italie.....	p. 46
Section 2. La condition d'altérité de sexe.....	p. 53
Paragraphe 1. L'exigence de la condition d'altérité de sexe.....	p. 54
A. Les thèses hostiles à la reconnaissance du droit au mariage pour les homosexuels en France.....	p. 57

B. Les théories concernant l'exclusion du mariage pour tous dans le droit italien.....	p. 62
Paragraphe 2. L'évolution en la matière.....	p. 64
A. L'adoption de la loi qui admet le mariage homosexuel.....	p. 65
B. La persistance du refus de l'ouverture du mariage pour tous en Italie.....	p. 68
CHAPITRE II La persistance d'une dimension institutionnelle lors de la formation du mariage.....	p.76
Section 1. Les conditions de validité du mariage.....	p. 78
Paragraphe 1. Les conditions de fond.....	p. 78
A. Le consentement dans l'hypothèse du mariage posthume.....	p. 82
B. Le consentement lorsque les futurs mariés sont des mineurs.....	p. 87
Paragraphe 2. Les conditions de forme.....	p. 90
A. La procédure des publications.....	p. 91
B. La dispense des publications dans le cas de mariage en extremis.....	p. 98
Section 2. Le choix du célébrant de l'union maritale.....	p. 104
Paragraphe 1. Le rôle du mariage religieux en France.....	p.105
A. L'ordre impératif des célébrations civile et religieuse du mariage.....	p. 105

B. Le rôle exclusivement privé du mariage religieux.....	p. 108
Paragraphe 2. Les mariages admis dans le droit italien.	p. 109
A. Le mariage religieux canonique avec effets civils.....	p. 111
B. Le mariage religieux a – catholique.....	p. 114
Titre II Les effets découlant de la célébration du mariage.....	p. 120
CHAPITRE I. Les effets du mariage sur le plan personnel entre impérativité et aménagement conventionnel.....	p. 122
Section 1. L'égalité entre les époux comme fondement de certaines relations bilatérales et envers les enfants.....	p. 124
Paragraphe 1. Devoirs incontournables entre les conjoints.....	p. 126
A. La réciprocité du devoir de fidélité.....	p. 127
B. L'assistance morale entre les époux.....	p. 130
Paragraphe 2. Devoirs impératifs à l'égard des enfants.....	p. 134
A. L'exercice conjoint de l'autorité parentale.....	p. 134
B. L'impérativité de l'obligation d'entretien de l'enfant par les conjoints.....	p. 138
Section 2. Aménagement conventionnel des effets personnels du mariage.....	p. 142

Paragraphe 1. Le rôle accru de l'exercice de l'autonomie en ce qui concerne
certains rapports de nature personnelle entre les conjoints.
.....p. 143

A. Le devoir de communauté de
vie.....p. 143

B. Le choix d'un nom familial
commun.....p. 146

Paragraphe 2. La reconnaissance du droit des époux de gérer de façon autonome
leur revenus
professionnels.....p. 151

A. L'accès libre de la femme mariée au monde du
travail.....p. 151

B. Liberté de perception et de disposition des gains et des
salaires.....p. 153

CHAPITRE 2. Le règlement des effets du mariage sur le plan patrimonial entre
impérativité et
liberté.....p. 158

Section 1. La matière patrimoniale entre statut impératif et autonomie des membres
du couple.....p. 160

Paragraphe 1. Devoir impératif de contribution des
époux.....p. 161

A. Charges du mariage
.....p. 162

B. Le mécanisme de la
solidarité.....p.164

Paragraphe 2. L'autonomie des conjoints dans la gestion de leurs ressources patrimoniales en dehors du statut impératif.....	p. 167
A. L'exploitation du fonds de commerce.	p. 168
B. <i>L'impresa familiare</i>	p. 171
Section 2. La matière des régimes matrimoniaux.....	p. 176
Paragraphe 1. Le régime communautaire.	p. 177
A. La communauté légale.....	p. 180
B. La communauté conventionnelle.	p. 183
Paragraphe 2. La formation de masses séparées des biens.....	p. 186
A. La séparation des biens conventionnelle.....	p. 187
B. Le « fondo patrimoniale » italien.....	p. 190
DEUXIEME PARTIE : La perte de singularité du mariage.....	p. 201
Titre I Les nouveaux modes de conjugalité.....	p. 202
CHAPITRE I. Le rapprochement du pacs et de l'union civile au mariage.....	p. 205
Section 1. Les aspects généraux du Pacs et de l'union civile.....	p. 208
Paragraphe 1. Nature du pacs et de l'union civile.....	p. 210
A. La nature juridique du Pacte civil de solidarité.....	p. 210
B. La nature juridique de l'union civile.....	p. 214

Paragraphe 2. La réglementation en matière de filiation des enfants nés de ces unions, dans les deux systèmes juridiques.....	p. 217
A. Les fondements du refus à l'adoption pour les couples non mariés et l'existence d'éléments qui peuvent faire évoluer le cadre juridique à ce sujet en France.....	p. 218
B. Les fondements du refus à l'adoption pour les couples non mariés et l'existence d'éléments qui peuvent faire évoluer le cadre juridique à ce sujet en Italie.....	p. 222
Section 2. L'organisation patrimoniale des couples pacsés ou unis civilement.....	p. 228
Paragraphe 1. Les différences entre les régimes patrimoniaux des parties en droit français et italien.	p. 229
A. L'évolution de l'organisation patrimoniale des pacsés dans le droit français.....	p. 230
B. L'état de fait établi par la loi Cirinnà en Italie en la matière de l'organisation patrimoniale des unis civilment.....	p. 231
Paragraphe 2. Le déroulement de la procédure de dissolution du pacs et de l'union civile.....	p. 233
A. La réglementation de la rupture sur le plan personnel.....	p. 234
B. La réglementation de la rupture sur le plan patrimonial.....	p. 238
CHAPITRE II. Le rapprochement de l'union libre ou concubinage au mariage.....	p.242
Section 1. Le déroulement de la vie de couple des concubins.....	p. 244

Paragraphe 1. Les caractères généraux du concubinage.....	p. 245
A. L'évolution de la réglementation du concubinage en droit français.....	p. 246
B. L'évolution de la réglementation du concubinage en droit italien.....	p. 250
Paragraphe 2. Les aspects économiques.....	p. 253
A. La gestion des ressources économiques dans le concubinage en France.....	p. 254
B. La gestion des ressources économiques dans le concubinage en Italie.....	p. 256
Section 2. Analyse des effets concernant la dissolution du lien entre les concubins et de la phase du post mortem.....	p. 260
Paragraphe 1. Les problématiques liées à la cessation du concubinage.....	p. 261
A. La cessation du concubinage.....	p. 261
B. Les effets que la rupture du concubinage entraîne.....	p. 264
Paragraphe 2. Les problématiques liées au décès de l'un des membres du couple des concubins.....	p. 266
A. Le point de la situation au décès de l'un des concubins en droit français et italien.....	p. 266
B. Les effets du décès sur le logement commun.....	p. 268
Titre II La reconnaissance de la règle privée lors de la dissolution du mariage.....	p. 276

CHAPITRE I. La réglementation « privée » de la crise conjugale.....	p. 277
Section 1 La déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps.....	p. 281
Paragraphe 1. La procédure de divorce par consentement mutuel	p. 283
A. Le divorce par consentement mutuel en France.....	p. 283
B. Le divorce par consentement mutuel en Italie.	p. 286
Paragraphe 2. La séparation de corps.....	p. 289
A. L'examen du formalisme des procédures de séparation en France.....	p. 289
B. L'examen du formalisme des procédures de séparation en Italie.....	p. 293
Section 2. La réglementation économique de la crise familiale.....	p. 298
Paragraphe 1. Les enjeux de l'évolution de la conception de la famille en matière de paiement de la prestation économique découlant de la séparation ou du divorce.....	p. 298
A. L'évolution en la matière de paiement de la prestation compensatoire en France ou assegno di divorzio en Italie.....	p. 298
B. L'évolution en la matière de paiement de la pension alimentaire en France et de l'assegno di separazione en Italie.....	p. 305
C. Paragraphe 2. L'exclusion de l'accomplissement de contrôle sur l'équité de la prestation économique découlant de la séparation ou du divorce, par l'Officier de	

l'état	civil	en	
Italie.....			p. 308
A. La	séparation	devant	l'officier d'état civil.....p. 308
B. Le	déroulement	du divorce	devant l'officier d'état civil.....p. 311
CHAPITRE II	La réglementation	« privée »	de la succession.....p. 315
Section 1	Les principes généraux réglant la succession du couple marié et pacsé/des concubins.....		-.....p. 316
Paragraphe 1.	Le maintien des principes d'ordre public en matière successorale.....		p. 317
A. Le droit à la réserve héréditaire en droit français et italien.....			p. 317
B. Les moyens juridiques pour lutter contre les violations des droits du conjoint réservataire.....			p. 321
Paragraphe 2.	Le droit successoral du couple pacsé/d'unis civils et des concubins.....		p. 325
A. Le régime successoral des pacsés/unis civil.....			p. 325
B. Le régime successoral des concubins en France et en Italie.....			p. 326
Section 2	La succession héréditaire en cas de crise dans la vie de couple.....		p. 328
Paragraphe 1.	La législation en matière de divorce pour le conjoint survivant.....		p. 328
A. Les conséquences du divorce dans le cas du décès du conjoint divorcé en France.....			p.329

B. Les conséquences du divorce dans le cas du décès du conjoint divorcé en Italie...	p 330
Paragraphe 2. La législation successorale en matière de pacs et de concubinage en cas de rupture.....	p. 332
A. Règlementation en matière de droits successoraux reconnus aux partenaires survivants en cas de rupture du pacs/union civile.....	p.332
B. La règlementation en matière de droits successoraux reconnus aux partenaires survivants en cas de concubinage.....	p. 333
Conclusion	générale
.....	p. 340