

## La contractualisation de la solidarité familiale : tendances et résistances en Italie

(Luciano Olivero)

Pour analyser le contexte et les limites dans lesquels s'opère la contractualisation en droit italien, il nous faut tracer quelques lignes de distinction. Deux, notamment :

- 1) La première concerne les modèles familiaux et sépare la simple cohabitation / union de fait des mariage et « *unione civile* » homosexuelle, dont la discipline est quasiment identique ;
- 2) La seconde considère de manière séparée les aspects physiologiques de la vie familiale de ses aspects pathologiques.

- A) Pour ce qui est de la « **physiologie** » de la vie familiale, **il existait**, en Italie aussi, le « **contrat de mariage** » : il s'agissait d'un contrat solennel, rédigé par un notaire. C'était l'apanage des classes sociales supérieures (haute bourgeoisie et noblesse) et le premier code civil italien le plaçait en tête de la liste des contrats. Le contrat de mariage était immuable pendant toute la durée du mariage tout comme le mariage lui-même qui était à l'époque indissoluble. Et par ce contrat les futurs époux (et parfois leurs familles) déterminaient comment et dans quelle mesure ils contribueraient aux charges du mariage: le plus souvent l'épouse apportait sa dot, et le mari ses revenus.

Sans jamais avoir été abrogé, ce type de contrat est devenu de plus en plus rare en pratique et obsolète depuis le début du XXe siècle; la dot, quant à elle, a été officiellement abrogée en 1975. Le code civil italien actuel ne mentionne plus le « contrat de mariage » d'antan, sauf dans deux articles où il est resté figé. Ainsi, dans le mariage, le « contrat » et la « solidarité familiale contractualisée » ont disparu. Du moins en apparence.

- B) Récemment, toutefois, on retrouve une **allusion au contrat**, où le **mot contrat** se réfère à la gestion du ménage, comme dans la loi de 2016 qui a réglé, entre autres, la cohabitation de fait (« *convivenza di fatto* » en italien).

Il faut préciser que chez les cohabitants /partenaires (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas mariés pour les couples hétérosexuels - ni unis civilement pour les homosexuels) il n'existe aucune obligation **légale** de contribuer aux charges du ménage, car cette obligation découle seulement du mariage et de « *l'unione civile* ». La situation est différente lorsqu'il y a des enfants, mais en ce cas l'obligation d'entretien naît du fait même de la procréation et relève de la responsabilité parentale.

Ainsi, entre cohabitants /partenaires, la solidarité est *spontanée*, mais elle peut se renforcer et devenir une véritable obligation (non seulement naturelle, mais une véritable obligation civile) si les partenaires décident de conclure un contrat, que la loi définit comme un "**contrat de cohabitation**". Il s'agit d'un contrat solennel, enregistré au registre de l'état civil, dans lequel les parties peuvent décider d'établir d'un commun accord:

- a) leur résidence commune;
- b) le régime patrimonial de la communauté de biens et des acquêts. Ce régime qui – comme nous le verrons – est *légal* dans le cas du mariage et de l'union civile, peut donc devenir le régime *contractuel* de l'union libre.

c) et surtout dans ce type de contrat, les parties peuvent établir les modalités de contribution aux besoins de la vie commune, selon leurs moyens financiers, ce qui peut légitimer, du moins en théorie, un **large éventail** d'accords.

Il s'agit dans la pratique du même éventail que celui que les cohabitants / partenaires dans le cadre de l'union libre avaient déjà l'habitude de conclure pour régler leur ménage, avant même la loi de 2016 : donation, achat d'un bien en communauté ordinaire ; constitution d'un droit d'habitation sur le bien d'une partie au profit de l'autre; fixation du montant que chaque partie s'engage à payer chaque mois pour contribuer aux besoins du ménage, etc.

C) Nous traitons ici du **mariage** et de l'**union civile**. Là aussi, les règles de gestion du ménage ont toujours leurs **racines dans la volonté** des parties, **mais la forme juridique** avec laquelle cette volonté se matérialise **n'est plus appelée "contrat"**. L'on a déjà constaté, en effet, que le « contrat de mariage » a disparu depuis longtemps.

En outre, le régime dit « **primaire** », c'est-à-dire l'obligation mutuelle de collaboration, d'assistance matérielle et de contribution aux charges du mariage (art. 143 c.civ.it.), est régi selon le **principe de l'accord** (l'art. 144 c.civ.it. utilise le verbe « *concordano* » qui signifie être d'accord *concorder*, non *contracter*). Ceci s'explique par le fait que le "régime primaire" comprend également les accords qui ne sont pas de nature **patrimoniales**. C'est le seul qui puisse être « contractualisé » selon la définition de "contrat" du code civil, comme par exemple, un accord sur la résidence ou la vie sexuelle.

Il en est de même en matière de régime patrimonial proprement dit, celui qu'on appelle le régime « **secondaire** », où le code n'utilise pas non plus le mot contrat; le législateur a préféré les termes de «**conventions matrimoniales**» (« *convenzioni matrimoniali* »).

Ces conventions, rédigées par un notaire, permettent de choisir entre les différents régimes patrimoniaux admis par la loi italienne: la communauté de biens, limitée aux achats effectués après le mariage, qui est le régime légal, c'est-à-dire le régime automatiquement établi à défaut de choix; la séparation des biens; le fonds patrimonial qui permet de destiner aux besoins de la famille certains biens, meubles ou immeubles, ceux-ci répondant exclusivement des dettes familiales; et enfin la communauté conventionnelle qui est un régime de communauté auquel les époux peuvent apporter quelques modifications par rapport à la discipline de la communauté légale.

**Ces conventions matrimoniales sont-elles de véritables contrats ?** Le législateur n'a pas tranché. La meilleure doctrine décrit les conventions matrimoniales comme des contrats, tout comme en Belgique. Cependant, il n'y a pas d'unité de vision sur ce point.

En tout cas, qu'il s'agisse d'un contrat véritable ou non, les **lacunes** de la réglementation de ces conventions matrimoniales doivent être comblées ; et pour les combler, il est nécessaire de se référer à la réglementation générale des contrats, comme par exemple en matière de vices de consentement.

**Mais le point fondamental est un autre** : qu'il s'agisse de contrats ou non, l'on ne peut que remarquer que de tels accords **offrent à l'autonomie contractuelle des parties une liberté d'expression plutôt réduite** :

- En premier lieu, parce que le choix est limité à **quatre** régimes ;
- En second lieu, la liberté contractuelle est restreinte parce que la marge de modification de la réglementation de ces régimes est, quant à elle, encore une fois extrêmement limitée, du fait qu'il s'agit d'une discipline constituée principalement de normes impératives.

En bref, dans le mariage et l'union civile, c'est-à-dire lorsque le couple a choisi de donner une forme légale à son union, le législateur a entendu **canaliser** l'autonomie privée en quelques **lignes**

**directrices bien définies**, représentées par l'un des 4 régimes patrimoniaux qui peut être choisi avec une « convention ».

**Tout ceci anéantit-il l'autonomie contractuelle ? Non, bien sûr.**

Surtout lorsque le couple choisit comme régime patrimonial le régime de la séparation des biens qui est, en fait, un **non-régime**, une sorte d'**enveloppe vide** puisqu'il laisse les biens des deux époux complètement divisés et qu'il est devenu désormais le régime le plus adopté aujourd'hui en Italie.

**Des accords typiquement contractuels** peuvent **naître** parallèlement au régime de séparation des biens, pour régler certains aspects de la solidarité familiale. Nous pensons par exemple à l'achat d'un bien immobilier que les parties qui sont en régime de séparation de biens peuvent soumettre aux règles de la communauté ordinaire ou au contrat de mandat par lequel l'un des époux confie à l'autre l'administration de biens personnels au profit de toute la famille.

**Toutefois, une limite incontournable, doit être considérée**: ces contrats "**complémentaires**" ne peuvent concerner que des **aspects particuliers, limités** et viser des **biens spécifiques**. Ainsi, ces contrats ne permettent en aucun cas d'établir un régime patrimonial **alternatif** aux quatre régimes prévus par la loi.

D) Quelque chose de semblable se produit aussi à l'autre bout de la chaîne, lorsque la contractualisation concerne les aspects **pathologiques** de la vie du couple.

À nouveau, une liberté contractuelle plus large peut être admise pour les **cohabitants / partenaires** de fait, qui, n'étant pas mariés, **ne doivent pas être canalisés** vers une procédure typique et rigide pour se quitter comme la séparation et le divorce.

Pour les autres, la loi prévoit un **certain nombre de procédures** favorisant une issue à **l'amiable** du mariage ou de l'union civile. L'on peut citer la séparation *consensuelle* ou le divorce par *demande conjointe* ; il existe aussi la séparation ou le divorce avec *médiation d'avocats*, soumise au contrôle du ministère public ou encore directement devant l'officier de l'état civil, ceci sans avocat à condition qu'il n'y ait pas d'enfants à charge et qu'il n'y ait pas de transferts patrimoniaux.

**Or, ces accords conclus pendant et à l'interne de la procédure de séparation ou de divorce constituent-ils de véritables contrats ? Oui selon la majorité de la doctrine. Non pour les juges**, selon lesquels l'accord n'a pas d'efficacité en l'absence d'aval de la part du Tribunal, du Ministère public ou de l'Officier de l'état civil.

1) Pourtant – encore une fois et en cas de **lacunes** à combler – tout ceci n'empêche pas de faire référence à la réglementation générale des contrats pour les aspects qui concernent l'accord, tels que vices du consentement, simulation, etc.

2) Surtout, ceci n'a aucun effet sur la validité des accords *a latere*, c'est-à-dire **en marge de l'accord principal** et qui **complètent** ceux qui sont validés par l'Autorité publique. Il est nécessaire cependant que ceux-ci :

- constituent une amélioration ou qu'ils soient complémentaires aux accords validés par l'Autorité publique, comme par exemple la promesse de céder un bloc d'actions pour compenser les obligations que l'autre conjoint a assumées au moment de la séparation ;
- Ou encore qu'ils permettent d'éviter un contentieux judiciaire comme la transaction avec laquelle les parties se transfèrent des biens immeubles et renoncent à interjeter appel de la décision du tribunal.

**La nature contractuelle de tels accords en marge de l'accord validé par le juge est certaine, aussi bien selon la doctrine que la jurisprudence.**

3) Enfin, si les parties ne veulent pas être canalisées vers les procédures classiques de séparation et de divorce, si elles **ne sont pas intéressées par les effets typiques que ces procédures garantissent** (comme par exemple obtenir une séparation de corps légale qui permette de demander le divorce, obtenir un titre exécutoire pour imposer l'exécution forcée d'un paiement), elles peuvent **gérer contractuellement l'ensemble de la crise conjugale**. On parle alors d'un contrat de **séparation de fait**, qui contractualise la crise familiale.

Aujourd'hui un tel contrat ne serait plus considéré à priori comme nul et non avenue.

En conclusion, quelles sont les limites posées par cette contractualisation de la crise conjugale en analysant tous les scénarios possibles?

a) certaines limites concernent l'indisponibilité de certains droits et libertés : on ne peut renoncer aux aliments au sens strict, même en cas de pauvreté ; on ne peut s'engager à ne plus se remarier ;

b) une limite plus générale concerne la **possibilité de révision** des accords si les conditions dans lesquelles ils ont été conclus changent, et ceci selon le principe « *Rebus sic stantibus*, les choses demeurant en l'état »: cela **fragilise** la « force de loi » du contrat entre les parties, mais c'est inévitable. L'on pense par exemple à une révision à la hausse de la contribution pour les enfants si les dépenses qui les concernent ont augmenté.

c) en dernier lieu, il nous faut citer la limite la plus idéologique, qui est cultivée surtout par les juges: la nullité des accords sur la crise conjugale lorsqu'ils ont été conclus avant la crise elle-même et, a fortiori, s'ils l'ont été avant le mariage ou « *l'unione civile* ».

Cette limite dérive d'une tradition profonde. Aucune ombre ne doit être jetée sur une relation que seule la mort peut dissoudre, selon une vision quelque peu archaïque et assez utopiste.

Lausanne, 3 juin 2022

(SB, 18 juin 2022)

(Revisione Laffaille 26 dicembre 2023)

(Pub. su Iris 28.12.23)