

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX
6ÈMES ÉTATS GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FAMILLE

Paris, 28 - 29 janvier 2010

**L'ACTE CONTRESIGNÉ PAR AVOCAT ET SES IMPLICATIONS EN DROIT
DE LA FAMILLE, DE LA FILIATION ET DU PATRIMOINE**

* * *

LES CONTRATS DE FAMILLE EN ITALIE

Milena PINI¹

Les avocats italiens ont suivi avec beaucoup d'intérêt le développement des travaux de la Commission Darrois et la demande de reconnaissance de l'*acte d'avocat* de la part des avocats français.

Même en Italie les avocats exercent dans le cadre du droit de la famille, avant tout, des activités de consultation, négociation et médiation, dans l'intérêt du client et visant à trouver un accord avec l'autre partie.

La diffusion des procédures fondées sur des méthodes de négociation, médiation et conciliation en dehors de toute instance judiciaire n'est pas qu'une réponse aux carences du système judiciaire, mais représente plutôt une solution du conflit basée sur la mise en valeur du pouvoir d'autodétermination des parties impliquées et sur la poursuite future des leurs rapports.

La meilleure solution pour les sujets impliqués dans un conflit familial est sans aucun doute d'arriver à une médiation entre les positions et les revendications réciproques, de trouver une solution co-partagée qui puisse permettre, surtout en présence d'enfants, la poursuite d'une relation entre les parents, fondée sur le dialogue et la collaboration.

La reconnaissance, en France, d'effets de droit à l'acte contresigné par un avocat, pourrait donc ouvrir en Italie la possibilité d'obtenir une loi similaire.

¹ Avocat au Barreau de Milan; président de l'Association Italienne des Avocats de Famille et mineurs, AIAF Lombardie et membre de l'exécutif nationale (www.aiaf-avvocati.it); président du Centre étude FAMILY LAW IN EUROPE (www.familylawineurope.eu).

L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE DES EPOUX DANS LA LEGISLATION ITALIENNE

La législation italienne, après la réforme du droit de la famille en 1975 et du divorce en 1987, laisse beaucoup d'espace à la négociation entre époux, pendant le mariage comme lors de la phase de crise de la relation conjugale.

1. Pendant le mariage, les époux, étant égaux en droits et en devoirs, peuvent établir l'adresse de leur vie familiale par un accord écrit (aux termes de l'art. 144 cod. civ.², dans les limites prévues par l'art.160 cod. civ.³).

Cela ne se produit pas souvent, mais un tel acte sous seing entre les parties, rédigé presque toujours en consultation avec un avocat, peut se révéler utile en cas de séparation future pour en établir les conditions économiques, si par exemple les époux se sont accordés pour que la femme abandonne son travail pour se consacrer à la famille et aux soins des enfants, ou bien si on s'est accordé sur le déplacement de la famille dans une autre ville ou un autre pays.

2. En cas de crise de la relation, les époux peuvent s'accorder entre eux sur les conditions de la séparation (ladit «**séparation consensuelle**»⁴, qui représente en Italie environ 75% des séparations conjugales). Cet accord est l'expression de l'autonomie de négociation des époux, reconnue par la jurisprudence, qui affirme constamment le droit de chacun conjoint à "*conditionner son propre consentement à la séparation personnelle à un accord général satisfaisant à ses intérêts économiques, mais seulement si une lésion des droits indérogeables ne soit pas mise en œuvre avec une telle composition*" (Cass. sent. n. 3940/1984; Cass. 21.12.87 n. 6424; Cass. 15.3.91 n. 2788; Cass. 1.10.2002, n. 3401).

Dans l'accord de séparation on peut faire rentrer "*tout arrêté éventuel visant à régler l'organisation économique par suite de la séparation, y compris ceux qui concernent la jouissance et la propriété des biens, et qui reconnaissent aux deux époux ou à un d'entre eux*

² **Art. 144 cod. civ. (Adresse de la vie familiale et résidence de la famille)**

Les époux s'accordent sur l'adresse de la vie familiale et ils établissent la résidence de la famille selon les exigences de tous les deux et celles qui concernent en premier la famille elle-même.
Chacun des époux détient le pouvoir de mettre en place l'adresse établie.

³ **Art. 160 cod. civ. (Droits indérogeables)**

Les époux ne peuvent pas déroger, ni aux droits ni aux devoirs prévus par la loi en vertu du mariage.

⁴ **Art. 150 cod. civ. (Séparation personnelle)**

La séparation personnelle des époux est acceptée.

La séparation peut être judiciaire ou consensuelle.

Le droit de demander une séparation judiciaire ou l'homologation de la séparation consensuelle n'est du ressort que des époux.

Article 158 cod. civ. (Séparation consensuelle)

La séparation par le seul consentement des époux n'est pas effective sans l'homologation du juge.

Si l'accord des époux concernant la garde et l'entretien des enfants est en contraste avec l'intérêt de ceux-ci, le juge convoque à nouveau les époux, en leur indiquant les changements à être effectués dans l'intérêt des enfants et, en cas de solution inapte, il peut refuser à l'état l'homologation.

la propriété exclusive de chaque bien, meuble ou immeuble, soit en accomplissant le transfert, soit en engageant les époux à le respecter" (Cass. 15.05.1997, n. 4306; Cass. 1.10.2002, n. 3401; Cass. sent. n. 24321/2007; Cass. 16.02.2009 n. 2997).

L'accord de séparation est presque toujours rédigé en consultation et avec la représentation d'un avocat, mais la loi n'est pas claire à cet égard et certains tribunaux permettent aux époux de présenter directement, sans aucune assistance légale, un recours pour la séparation consensuelle.

Cela a malheureusement donné lieu à la présence sur internet de certains sites où on peut trouver des formulaires vagues et très générales concernant une séparation à faire soi-même.

Le procès de séparation consensuelle prévoit une audience de comparution devant le Président du Tribunal pour la souscription de l'accord, et ensuite une audience suivante de la Chambre du Conseil qui homologue le procès-verbal⁵.

La reconnaissance de l'acte d'avocat permettrait aux justiciables d'avoir plus souvent recours à la consultation et à l'assistance d'un avocat, ils auraient donc la garantie d'obtenir un accord complet et qualifié, qui puisse correspondre à leur situation spécifique.

En outre, s'il n'y ait pas d'enfants et qu'une évaluation du juge dans l'intérêt du mineur ne soit pas nécessaire, l'audience de comparution des époux qui précède l'homologation pourrait être éliminée.

Une telle proposition avait été présentée en Italie en novembre 2008 par un parti de majorité (PDL) qui prévoyait cependant le transfert de la compétence concernant les séparations consensuelles du juge au notaire.

Une réponse rapide de la part des avocats a arrêté pour le moment cette proposition de loi.

3. Quant au divorce, la législation italienne ne prévoit pas la possibilité de demander le divorce au lieu de la séparation et pour entamer un procès de divorce, soit-il un «**divorce conjoint**»⁶, il faut laisser passer trois ans à partir de la date de comparution des époux devant le Président du Tribunal dans le processus de séparation.

⁵ **Article 711 cod. proc. civ. (Séparation consensuelle)**

En cas de séparation consensuelle prévue par l'article 158 du code civil, le président, après le recours des deux époux, a le devoir de les écouter dans le jour qu'il a établi et les concilier à la façon indiquée dans l'article 708. (1)

Si le recours a été présenté par un seul des époux, on applique l'article 706, dernier paragraphe.

Si on n'arrive pas à une conciliation, on donne acte dans le procès-verbal du consentement des époux à la séparation et des conditions concernant les époux mêmes et les enfants.

La séparation consensuelle devient efficace par homologation du tribunal, qui pourvoit dans la Chambre de Conseil après la relation du président.

Les conditions de la séparation consensuelle peuvent être modifiées aux termes de l'article précédent.

⁶ **Loi 1.12.1970, n. 898 "Discipline des cas de dissolution du mariage", comme modifiée par la Loi 6.03.1987, n. 74**

Art. 4 (Demande pour obtenir la dissolution ou la cessation du mariage)

1. La demande pour obtenir la dissolution du mariage ou la cessation des effets civils du mariage sera posée au tribunal relatif au lieu de la dernière résidence commune des époux, ou, en manque de celle-ci, le lieu où le conjoint convenu a domicile ou résidence. Si le conjoint convenu réside à l'étranger ou se rend introuvable, la demande sera posée au tribunal du lieu de résidence ou de domicile de l'appelant et, si celui-ci aussi réside à l'étranger, à n'importe

Dans le «**divorce conjoint**» les parties s'accordent à nouveau sur la réglementation de leurs rapports économiques et parentales.

Cependant il n'est pas possible de définir, dans la séparation, les accords économiques en vue du divorce, puisqu'ils seront frappés de nullité par la jurisprudence de la Cassation.

En effet, on soutient que ces accords pourraient limiter la liberté d'une partie, en particulier celle du conjoint qui est plus faible d'un point de vue économique, à présenter des requêtes dans le procès de divorce successif.

Mais cela est bien sûr en contraste avec la réalité, puisque les avocats perçoivent toujours plus le désir des clients de mettre fin à tout rapport économique avec l'autre partie, à partir déjà du moment de la séparation.

Les avocats effectuent aussi très souvent des **transactions économiques en vue du divorce**, en se rapportant aux normes du droit civil, et en étant pourtant tout à fait conscient qu'elles pourraient être frappées de nullité, si l'une des parties le conteste durant le divorce.

4. Les accords stipulés entre époux, dans la séparation et dans le divorce, sont sujets à la clause *rebus sic stantibus*, et donc ils sont limités dans le temps et peuvent être modifiés par rapport aux changements successifs de la situation de fait.

La crise économique a récemment créé plusieurs difficultés aux familles et l'exigence de modifier des accords économiques précédents a augmenté.

Mais le temps du processus est très long.

La jurisprudence reconnaît aux époux la **possibilité de s'accorder sur des nouvelles stipulations**, sauf si le changement concerne la garde, le placement, ou l'entretien des enfants.

En particulier, la Cour de Cassation reconnaît la **validité des accords entre époux** qui modifient les accords précédents introduits dans le procès-verbal de séparation consensuelle homologué ou dans l'arrêt de divorce, même si pour que ces accords soient efficaces, en cas de non-exécution, une disposition judiciaire se rend nécessaire.

Pour que les conditions déterminées précédemment soient valides, ou bien pour ce qui concerne la souscription du procès-verbal de séparation consensuelle, la jurisprudence demande au contraire qu'elles n'interfèrent pas avec l'accord formel ou qu'elle répondent davantage à l'intérêt de la partie.

quel tribunal de la République. La demande jointe peut être posée au tribunal du lieu de résidence ou de domicile de l'un ou l'autre conjoint.

..... *Omissis*

16. La **demande jointe** des époux de dissolution ou cessation des effets civils du mariage qui indique aussi complètement les conditions relatives aux enfants et aux rapports économiques, sera posée en faisant recours au tribunal dans la Chambre de Conseil. Le tribunal, une fois écoutés les époux, après avoir vérifié l'existence des conditions de loi et avoir évalué la correspondance des conditions à l'intérêt des enfants, prend une décision à moyen d'un arrêt. Si le tribunal reconnaît que les conditions concernant les enfants sont en contraste avec les intérêts de ceux-ci, on applique la procédure du paragraphe 8.

Il est évident que la reconnaissance de l'acte d'avocat, même dans ce cadre, entraînerait des bénéfices indéniables pour les justiciables.

5. Même en cas de réconciliation des époux à la suite d'une séparation prononcée par jugement, il y a l'exigence de s'adresser à un avocat.

La réconciliation, selon l'orientation de la jurisprudence de la Cassation, doit être caractérisée *"par le rétablissement complet de la cohabitation conjugale à travers la reprise de ces rapports, matériels et spirituels, propres au mariage"*.

Il est donc nécessaire de donner une certitude à cette nouvelle situation, qui se reflète sur le régime patrimonial des époux (puisque la séparation prononcée par jugement entraîne la transformation du régime de communauté légale en régime de séparation des biens) et empêche la proposition de la demande de divorce.

La loi prévoit que les époux puissent faire cesser d'un commun accord les effets de la séparation à travers une "déclaration expresse", mais elle n'en indique pas la forme, et cela peut se produire même au moyen d'un **acte sous seing rédigé par avocat**.

La réconciliation rétablit automatiquement le régime patrimonial légal de communauté qu'il y avait à l'origine, mais pour rendre opposable à un tiers le rétablissement de la communauté, la déclaration doit être annotée dans le registre des actes de mariage (art. 63, lett. g) et art. 69, lett. f)), D.P.R. 03/11/00, n. 396; Cass. 5.12.2003, n. 18619).

6. Les accords pour la liquidation et le partage du régime matrimonial.

Dans la législation italienne on trouve la règle de la communauté légale, à laquelle les époux peuvent déroger, en choisissant le régime de séparation de biens, à travers une simple déclaration au moment du mariage, ou bien par la suite, à moyen d'une convention qui sera rédigée par le notaire.

La communauté légale cesse d'être en vigueur dans le moment où la séparation personnelle (consensuelle ou judiciaire) devient définitive. A ce moment, il est nécessaire de partager les biens, immeubles et meubles, qui étaient en commun.

Une telle pratique est effectuée principalement en consultation avec un avocat et, en présence d'une quantité considérable de biens, on rédige souvent un acte sous seing qui définit l'accord de partage des biens communs.

On peut effectuer une expertise de la valeur des immeubles et des meubles de valeur et on rédige un inventaire de tous les biens, de crédits et dettes envers les tiers, en indiquant la valeur. Ensuite les époux procèdent au partage des biens d'un commun accord.

Dans le cas où il y ait des biens immeubles ou des actions de société, il est toutefois nécessaire de s'adresser à un notaire aussi, afin de reproduire le contrat de partage dans un acte notarié, qui sera ensuite transcrit dans le registre public.

* * *

L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE DES CONCUBINS ET LE MANQUE D'UNE LOI SUR LE CONCUBINAGE EN ITALIE.

L'Italie s'obstine à ne pas avoir une loi sur le concubinage, malgré l'augmentation constante des familles de fait par rapport aux mariages. Cette carence législative a des conséquences qui dépassent les frontières nationales, puisqu'en Italie il est interdit de transcrire dans les registres d'état civil les PACS français ou les mariages entre homosexuels, célébrés dans certains Pays européens et on ne permet même pas la réunion familiale du citoyen extracommunautaire avec son concubin.

L'activité de consultation et de rédaction de contrats menée par un avocat se réalise donc pleinement aussi dans le cas du concubinage.

Le système juridique italien ne reconnaît à présent aucun devoir mutuel d'entretien pendant la période du concubinage. La plupart des auteurs et des arrêts excluent en effet que l'on puisse appliquer analogiquement aux concubins le devoir de contribution prévu pour les époux par l'art. 143 du Code civil, en dehors du cas d'un accord sur ce point.

Cependant, après une lente évolution, la jurisprudence reconnaît l'existence parmi les concubins d'une obligation naturelle d'entretien et de contribution, qui englobe (mais seulement sur le plan du simple devoir moral et non pas de l'obligation civile) tous les devoirs de contribution généralement existant entre mari et femme. Cela signifie que, bien que les concubins ne peuvent réclamer aucun droit, les prestations éventuellement accomplies pour satisfaire à ce devoir moral et social de contribution ne sont pas susceptibles d'être répétées et sont valides, sans que soit nécessaire l'adoption de formes particulières (art. 2034 du Code civil). Aucune obligation de verser une pension n'est imposable au concubin à la rupture de la vie commune, pas même si la rupture de la vie commune est injustifiée.

On peut assurément compter aussi la possibilité de conclure des contrats de concubinage, par le biais desquels les concubins peuvent régler des aspects tels que les obligations d'entretien, la propriété de biens acquis pendant le concubinage et les réclamations d'ordre financier à la cessation du rapport.

Une autre raison pour laquelle le contrat de concubinage n'a pas encore eu de succès en Italie se rattache au fait que le système italien s'inspire du principe qui interdit les **pactes successoraux** (art. 458 cod. civ.⁷).

La loi italienne n'accorde au concubin survivant aucun droit sur le patrimoine du concubin décédé. Bien sur rien n'exclut que le concubin prévoit dans son testament des droits en faveur de son partenaire, mais le survivant sera traité comme un tiers quelconque.

Les concubins peuvent stipuler entre-vifs des accords destinés à produire des conséquences au moment du décès de l'un d'entre eux. Il faudra pourtant, pour éviter l'interdiction des pactes successoraux, que les effets de ces contrats puissent être vus comme découlant non pas du décès du concubin, mais du contrat stipulé entre-vifs. On peut penser, par exemple, au contrat d'assurance-vie, ou à un contrat de rente viagère.

* * *

LA SUCCESSION *MORTIS CAUSA* ET L'AUTONOMIE DE NEGOCIATION DES PERSONNES.

En Italie, une réforme approuvée en 2006 (L. 14.02.2006, n. 55)⁸ a introduit les « **pactes de famille** » pour la transmission de père en fils des fonds de commerce et des parts des sociétés : le **principe de l'interdiction absolue des pactes successoraux** a été ainsi brisé et on ne peut pas exclure que dans le futur des nouvelles réformes donnent à tout le monde cette possibilité.

Actuellement les pactes de famille ne peuvent être conclus que par acte public, à moyen d'un notaire.

* * *

⁷ **Art. 458 co. civ. (Défense de pactes successoires)**

Sauf pour ce qui est disposé par les articles 768 bis et suivants, toute convention à travers laquelle quelqu'un dispose de sa propre succession est frappée de nullité. Il est également frappé de nullité tout acte avec lequel quelqu'un dispose des droits qui lui peuvent revenir sur une succession qui n'est pas encore ouverte, ou renoncement à ceux-ci.

⁸ **Art. 768 Bis cod. civ. (Notion)**

Il est défini pacte de famille le contrat avec lequel, dans la mesure où les dispositions en matière sont impliquées et dans le respect des différentes typologies de société, l'entrepreneur transfère, complètement ou en partie, l'entreprise, et le titulaire de participations de société transfère, complètement ou en partie, ses quote-part à un ou plusieurs descendants.

Article 768 Ter cod. civ. (Forme)

A peine de nullité le contrat doit être conclu par acte public.

AUTONOMIE DE NEGOCIATION DES PARTIES ET LEGISLATION EUROPEENNE : L'ATTENTE POUR LE REGLEMENT ROMA III.

Le règlement Roma III, dont le but est de modifier les règles de compétence juridictionnelle en matière de crise conjugale et aussi d'introduire des principes communautaires dans la loi applicable aux conflits transfrontaliers, pourrait donner plus d'importance à la volonté des parties dans le choix du juge ainsi que de la loi applicable aux conflits.

Actuellement un débat concernant les formes que tel accord devrait prendre est en cours, même en garantie du fait que les époux soient tout à fait conscients des conséquences de l'accord.

L'Italie pourrait alors être forcée à modifier son orientation législative et jurisprudentielle, en donnant donc plus d'importance dans son propre règlement à l'autonomie de négociation des époux et des concubins.