

LE DIVORCE EN ITALIE

Prof. Dr. R. SACCO

Le problème

Peu après l'unité de l'Italie des projets de loi concernant le divorce ont commencé à être déposés à la Présidence de la Chambre ou du Sénat. Des débats parlementaires ont été ouverts. Mais c'est seulement en 1970 que, pour la première fois, la loi italienne a admis que le mariage puisse être dissous du vivant des époux.

Les choix nécessaires ont été faits par le législateur ordinaire, et par le peuple.

La constitution de l'année 1948 ne prend aucune disposition en la matière: la proposition pour introduire dans le texte constitutionnel le principe de l'indissolubilité du mariage fut rejetée.

Toutefois un problème juridique préliminaire pouvait naître à cause de la situation juridique existant entre la République italienne et l'Eglise Chrétienne catholique romaine. L'Eglise catholique — dont sont adeptes, dans leur grande majorité, les Italiens — estime avoir la compétence exclusive pour régler le mariage de ses adeptes, et considère le mariage comme indissoluble. Un Concordat, conclu en 1929 entre l'Eglise et l'Etat, après une longue période d'hostilité, accorde au mariage religieux (canonique), sur les registres de l'état civil, les effets du mariage civil. Un article de la Constitution de 1948 confie au Concordat la tâche de régler les rapports entre l'Etat et l'Eglise. La question qui a été posée consiste à savoir si l'Etat est libre de dissoudre ce

mariage religieux, que la religion considère comme indissoluble, et que le Concordat considère comme un mariage civil valable. L'existence du problème a conduit le législateur italien vers une subtilité. Le phénomène que les Italiens appellent couramment «divorzio» (divorce) porte, dans la loi, une dénomination plus soignée. S'il s'agit d'un mariage purement civil, le divorce s'appelle «dissolution du mariage»; si nous sommes en présence d'un mariage religieux enregistré, le juge prononce la «cessation des effets civils découlant de la transcription du mariage».

L'introduction du divorce a soulevé, en Italie, de vives oppositions. Dans ce climat, il a été possible de rassembler le nombre d'électeurs qui est nécessaire pour demander qu'un référendum populaire décide de l'abrogation de la loi. Le référendum a rejeté la proposition pour l'abrogation de la loi (59 % des voix, contre 41 %).

Les choix possibles

Quels sont les choix fondamentaux qu'a dû faire le législateur italien au moment où il introduisait le divorce dans son système?

Devait-il remplacer par le divorce la séparation des corps, ou devait-il laisser que les deux procédures subsistent l'une à côté de l'autre, avec des tâches et des fonctions bien spécialisées?

Devait-il remettre la dissolution du mariage à la pure volonté des époux, et de ce fait reconnaître le divorce par consentement mutuel, ou même par volonté unilatérale d'un des époux, où devait-il soumettre le divorce à l'existence d'une juste cause, constatée par le tribunal?

Devait-il concevoir le divorce comme une sanction menaçant celui des époux qui violerait ses obligations, ou comme un remède auquel on il aurait recours si le mariage, pour n'importe quelle raison, a fait faillite, et que le vie en commun des époux est devenue impossible?

L'expérience des autres

Naturellement, le législateur italien a trouvé des suggestions, plus que dans ces schémas abstraits, dans les solutions déjà mises à l'épreuve dans les Pays qui ont précédé l'Italie dans le chemin du divorce.

Ces expériences avaient étalé, devant les yeux des législateurs et des juristes, trois modèles de divorce, différant l'un de l'autre.

Le premier de ces modèles trouve son origine dans la grande Réforme religieuse qui a secoué le monde chrétien occidental (catholique) au cours des XVI^e et XVII^e siècles. Si la conception catholique traditionnelle avait refusé, jusque là, toute idée de divorce, et avait demandé à l'Etat de soumettre au droit et à l'autorité de l'Eglise toute la matière du mariage, en revanche les Eglises réformées ont élaboré une doctrine de mariage plus sensible au but de l'institution, à savoir l'union spirituelle et matérielle des époux: d'où la conséquence que, dans certains cas limites, l'époux serait admis à se libérer d'un rapport auquel il lui serait impossible de se sentir lié. Nous trouvons en Angleterre et dans les Pays scandinaves, jusqu'à une époque récente, des solutions qui trouvent là leurs racines. Jusqu'en 1937, le droit anglais admettait le divorce dans le seul cas d'inconduite sexuelle d'un des époux (adultère, rapt, sodomie, bestialité). En Suède est cause de divorce non seulement l'adultère, mais également l'abandon. L'Etat renonce ici à prétendre de l'époux innocent une soumission aux devoirs du mariage, qui serait cruelle pour celui qui doit la subir, et qui ne semble pas correspondre aux intérêts de la société.

D'ailleurs cette image de la dissolution du lien, conçue comme remède à la frustration des buts du mariage (et notamment, des attentes d'un époux) ne pouvait manquer de produire une prolifération des causes de divorce. L'Angleterre accorde aujourd'hui à ses justiciables le divorce comme remède pour l'abandon, la cruauté, l'aliénation

mentale. La Suède prévoit, comme causes de dissolution du mariage, la maladie vénérienne, l'alcoolisme, l'absence, l'aliénation mentale, certaines infractions pénales. L'accès au divorce fonctionne ici comme «garantie des qualités» de la contrepartie.

Angleterre et Suède refusent d'ailleurs l'idée du divorce par consentement mutuel. La loi se refuse à confier la stabilité du mariage au caprice des époux. De même, des règles de détail sont mises en application pour rendre plus difficile, ou moins commode, la dissolution du lien.

Un deuxième modèle de divorce tire son inspiration de la philosophie du XVIII^e siècle, des conquêtes de la révolution française, et du code Napoléon. Le mariage y est conçu comme un contrat civil. L'Etat a, seul, la tâche de le régler. Il peut être résolu, comme tout contrat, en cas d'inexécution (excès, sévices, injures, adultère) ou par consentement mutuel. L'expérience a suggéré plus tard aux Français, de supprimer dissolution par consentement mutuel. Nous avons ici le modèle typique de divorce-sanction.

L'introduction du divorce dans les systèmes juridiques considérés n'exclut pas la possibilité d'une séparation. Séparatives, parmi lesquelles la partie intéressée va choisir.

Le modèle socialiste du mariage entraîne un modèle socialiste de divorce. Le mariage a ici, naturellement, un caractère laïque. La séparation est inconnue. Le divorce est admis, mais il est entouré, ici et là, de nombreuses difficultés. Plus précisément, nous trouvons que toute révolution socialiste, à son début, reconnaît la possibilité de divorcer facilement. Plus tard (réforme soviétique de 1944, lois des années '50 et '60 dans les démocraties populaires) le droit fait son possible pour mettre un frein aux divorces. Au cours des dernières années les possibilités ouvertes au divorce ont connu un nouvel essor en Union Soviétique et ailleurs.

Dans les Pays socialistes, le divorce est conçu comme le remède de la désunion. Là où la législation socialiste est

plus sévère, le consentement mutuel ne suffit pas pour la dissolution du mariage; et le divorce ne pourrait pas être prononcé, s'il est contraire à l'intérêt de la société. Là où la législation socialiste est plus libérale, le divorce par consentement mutuel est admis, et l'intérêt de la société n'empêche pas le divorce si la désunion des époux est constatée.

S'il est facile de souligner quels sont les schémas législatifs adoptés pour mettre le divorce à la portée du justiciable, il est moins facile de dire quelles sont les formes juridiques qui expriment la méfiance du droit à l'égard du divorce.

Sûrement, le droit se méfie du divorce. Presque partout, le consentement mutuel n'est pas admis pour dissoudre le mariage. Ici et là, l'intérêt de la société fait obstacle au divorce. Ici et là, le mariage trop récemment célébré est à l'abri de toute atteinte. Quels sont donc les intérêts que la prudence du législateur veut sauvegarder? Il s'agit évidemment d'intérêts autres que ceux des époux: il faudrait peut être mentionner à ce propos l'intérêt des enfants, ou l'intérêt social à décourager, par la menace du malheur personnel, les mariages décidés avec légèreté.

On pourrait poser encore une dernière question - et le législateur italien o sûrement considéré cet aspect dt problème - : si un intérêt social, collectif à la stabilité du mariage subsiste, est-ce que les armes que l'on adopte normalement pour réduire la liberté de divorcer sont suffisantes?

De nombreux Pays se refusent à reconnaître le divorce par consentement mutuel. Mais il n'est pas difficile pour les époux, s'ils se sont mis d'accord pour reprendre leur liberté, de mettre en scène la preuve (notamment, par aveu) d'une faute, et faire découler de cette preuve le droit au divorce.

La règle italienne

Le législateur italien, qui s'engageait sur le chemin du divorce, a choisi la prudence.

Il ne reconnaît pas le divorce par consentement mutuel. Et il est très froid à l'égard du divorce-éclair.

Le divorce italien est axé sur deux règles, dont l'une est destinée à une très rare application, tandis que l'autre va dominer la pratique. La première règle comporte que certains crimes plus graves, et certaines infractions pénales commises au détriment des membres de la famille, autorisent l'époux innocent à invoquer le divorce immédiat. La deuxième règle autorise l'époux séparé à demander le divorce, si la séparation a duré un certain nombre d'années (normalement, cinq).

Le législateur a voulu choisir l'idée du divorce-remède. Ses préférences sont exprimées à l'art. 1 de la loi, en vertu duquel «le juge prononce la dissolution du mariage... lors qu'il constate... que l'union spirituelle et matérielle des époux ne peut être maintenue ni reconstituée, pour une des causes prévues à l'art. 3». L'art. 3 nous offre donc l'inventaire et le devoir de prononcer le divorce. Cet inventaire nous dira si la loi a su être fidèle à son plan, d'utiliser le divorce comme remède, et de refuser l'idée de divorce comme sanction.

D'un côté, si l'infraction pénale commise au détriment d'un époux donne à celui-ci le droit à la dissolution, il est difficile de ne pas voir ici l'idée de sanction.

D'un autre côté, si la base du divorce est, dans la presque totalité des cas, la séparation, l'on pourra chercher l'origine du divorce dans le fait qui a été mis à la base de la séparation. Nous pourrions dire que le divorce italien est une sanction ou un remède dans la mesure où la séparation des corps est une sanction ou un remède.

Au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le divorce, la séparation était réglée par le *codice civile*. Celui-ci voyait dans la séparation la conséquence du consentement mutuel, de la condamnation à certaines sanctions pénales graves, de l'adultère, de l'abandon, des excès, des

séances, des menaces, des injures. Le régime de la séparation faisait respirer un air français - et tout un climat de «sanction» - qui s'accordait mal avec les idées d'un Parlement partisan du divorce remède.

La réforme du droit de famille, de 1975, a donné au législateur l'occasion pour harmoniser les grands principes énoncés en matière de séparation. La vieille liste des «fautes», que la loi italienne avait trouvée toute faite dans le modèle français, fait place désormais à une seule hypothèse, que la loi décrit par une formule très générale: la séparation est accordée «si surviennent des événements qui rendent intolérable le maintien de la vie en commun, ou qui causent un préjudice grave à l'éducation des enfants».

La nouvelle conception de la séparation comme remède avait suggéré au rédacteur du projet d'interdire au juge de statuer à l'égard de la faute des époux. Il fallut modifier la solution, puisque la loi sur le divorce rattache certaines conséquences à la «responsabilité» de l'époux qui a causé la désunion.

Les conséquences du divorce

Le législateur italien qui a introduit dans son système juridique le divorce a dû en déterminer les effets.

L'état personnel de l'époux divorcé ne pose pas de problèmes. L'époux divorcé est libre. Des droits et devoirs patrimoniaux peuvent en revanche survivre à la dissolution du mariage. Ces droits et devoirs sont prévus par un article qui laisse au juge un pouvoir discrétionnaire très large. Nous pouvons interpréter qu'une obligation sera imposée à l'un des époux dans les hypothèses qui suivent :

— si le divorce a ôté à l'autre époux le droit à l'entretien, et que celui-ci ne fut pas responsable de la désunion;

— si l'autre époux a donné des apports à la formation du patrimoine de l'époux débiteur;

— si la situation économique de l'autre époux s'est dégradé à cause des devoirs que lui a imposés le mariage; etc.

En cas de mort du divorcé, la retraite qui est normalement réservée à la veuve, peut être affectée, partiellement, à la première épouse.

Au moment du divorce, le tribunal confie la garde des enfants mineurs à l'un des époux qui va exercer ses pouvoirs sous le contrôle du juge des tutelles. Ainsi le parent divorcé est-il traité par la loi avec une méfiance qui ne saurait pas frapper le parent veuf.

**Rodolfo Sacco professeur ordinaire de droit privé comparé
à la Faculté de droit de l'Université de Torino**