

## RAPPORT ITALIEN

par

**Attilio Guarneri**

*Professeur à l'Université Bocconi de Milan*

### Les minorités en droit civil

1. La doctrine civiliste italienne n'est pas accoutumée à appréhender le concept de minorité, à la différence des spécialistes de droit public, de droit des affaires et de théorie générale du droit.

Aucun article n'est consacré au mot "*minoranza*" dans chacune des trois principales encyclopédies juridiques italiennes (*Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano; *Digesto delle discipline giuridiche italiane*, UTET, Torino; *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Treccani, Roma) ; de même le terme ne figure dans les tables des matières d'aucune des plus importantes revues de droit civil.

La raison de cette absence est que le droit civil est traditionnellement caractérisé par la notion d'"*autonomie*", selon laquelle chacun modifie sa situation juridique conformément à sa propre volonté, par opposition au droit public, où domine le principe d'"*autorité*".

En revanche, on rencontre en droit civil le concept de "minorité" par opposition à celui de "majorité".

La doctrine civiliste italienne a traité le principe de majorité de façon générale, dans le but d'analyser son développement historique et de répondre à la question de sa légitimation dans les catégories traditionnelles (cf. E. Ruffini Avondo: *Il principio maggioritario – profilo storico*, Torino, 1927; L. Barassi: *Il principio maggioritario nel diritto privato*, en *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 87; F. Galgano, voce *Principio di maggioranza*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, 547; AA.VV.: *Problemi storici e attuali del principio maggioritario*, en *Ann. Perugia*, 1980, 211) ; mais à ce niveau de recherche, le terme de comparaison est celui d'"unanimité", et non celui de "minorité".

De même, la doctrine italienne préfère le terme d'"*individuo*" à celui de "*minoranza*", pour l'opposer au concept de majorité. On remarque ici l'influence évidente de la terminologie du législateur constitutionnel, qui fait de la protection de l'individu une valeur fondamentale du système juridique. En particulier, il faut souligner l'importance des garanties énoncées par les articles 2 et 3 de la *Costituzione*, qui prescrivent que: "La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu, que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité..."; "Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions

politiques, de conditions personnelles et sociales. Il appartient à la République d'écartier les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant effectivement la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays".

Ces règles posent des principes généraux pour la protection de l'individu aussi bien que des minorités. De cette façon, des questions relatives aux minorités en droit civil sont bien présentes dans le débat juridique italien, en dépit de l'absence d'un concept général de minorité.

2. Avant de répondre à la question de la protection des minorités dans les groupements de droit civil pourvus de la personnalité morale en droit italien, des considérations préalables s'imposent.

La première est que la perspective dans laquelle la doctrine italienne pose la question n'est pas celle du rapport entre majorité et minorité, mais plutôt celle des pouvoirs de chaque membre au sein de la personne morale : une fois le principe majoritaire reconnu comme modalité principale de fonctionnement, y compris dans les groupements de droit civil, les droits de chaque membre sont établis en fonction du contrôle afin de garantir les intérêts individuels de participation.

Nous pouvons à ce propos examiner certaines règles qui prévoient des droits pour les membres individuels envers les groupements pourvus de la personnalité morale.

En ce qui concerne les associations, il faut distinguer au préalable entre le régime de droit civil - prévu en particulier par le *codice civile* de 1942 - et les garanties constitutionnelles (de 1948): le premier se concentre sur les problèmes de fonctionnement de l'institution, tandis que les secondes visent le développement de la protection de l'individu dans les groupements.

Pour ce qui est du régime des associations pourvues de la personnalité morale dans le *codice civile*, les sociétaires ont les droits suivants:

Droit de provoquer la réunion de l'assemblée générale:

Ce droit est exercé à la demande motivée de la minorité de 1/10 des membres (art. 20, comma 2 c.c.) ; les administrateurs ont le devoir de convoquer l'assemblée ; à défaut, le président du tribunal supplée à cette carence par le biais d'une ordonnance de convocation contre laquelle il n'y a pas d'appel.

Droit d'information:

Pour l'approbation du bilan, le code prévoit la convocation obligatoire de l'assemblée générale une fois par an (art. 20 comma 1 c.c.); à propos de cette convocation, est aussi prévue de façon tacite (cf. en doctrine P. Rescigno: "*La lezione di E. Ruffini sul principio di maggioranza*" en *Persona e comunità* III, Padova 1988, 80,) l'obligation pour les organes associatifs compétents d'informer les membres, à peine d'invalidité des délibérations de l'assemblée (Cass. civ. 22.4.1982, n. 2493, en *Dir. e giur.*, 1991, 835) ; il n'y a pas pour autant de formes imposées, sauf lorsque les statuts les prévoient (Trib. Roma 7.11.1991, en *Giur. it.*, 1992, I, 2, 542).

En ce qui concerne le droit de consulter les registres associatifs, la jurisprudence reconnaît le droit pour chaque membre de consulter l' "*albo*

*dei soci*", dans la limite du respect de la « *privacy* ». En revanche, le droit de consulter le livre des réunions du conseil d'administration n'est pas reconnu (Trib. Tempio Pausania 20.3.1995, en F. Galgano: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1996, 280).

Droit de contester en justice la validité des décisions prises:

Ce droit est prévu par le *codice civile* (art. 23 c.c.): chaque membre est investi du droit de demander l'annulation des délibérations "*contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto*", sans préjudice des droits des tiers, et peut éventuellement demander au tribunal ("*sentiti gli amministratori ... quando sussistono gravi motivi*") la suspension de l'exécution des délibérations prises illicitement.

La jurisprudence a également reconnu ce droit en cas d'abus de majorité, lorsque la délibération est destinée à poursuivre des buts extra-statutaires propres à quelques sociétaires.

Droit de veto:

La loi n'impose aucune délibération à l'unanimité dans la réglementation des associations; elle exige en revanche des majorités qualifiées pour la modification de l'acte constitutif et des statuts (quorum de présence 3/4, majorité relative) et pour la dissolution de l'association (majorité de 3/4 des membres) (art. 21 c.c.).

Par contre, d'importantes prérogatives visent à préserver la liberté des sociétaires : il s'agit avant tout du droit de retrait (*ad nutum*), sauf en présence d'une obligation de ne pas se retirer pendant un certain temps dans les statuts (art. 24 comma 2 c.c.); la jurisprudence protège fermement ce droit en déclarant nulles les clauses qui l'excluent ou en rendent l'exercice trop difficile (Pret. Roma 15.3.1972). Cependant, l'exclusion d'un associé ne peut être décidée par l'assemblée que pour "*gravi motivi*" et, dans ce cas, la personne exclue a le droit de contester en justice cette décision dans un délai de six mois (art. 24, comma 3 c.c.) ; la jurisprudence exige que l'exclusion soit motivée de façon bien spécifique (cf. App. Bologna 22.6.1972 en *Giur. merito*, 1973, I, 267).

Au dessus de cette discipline, se placent les règles constitutionnelles qui garantissent la liberté d'association: en particulier l'article 18 de la *Costituzione*, qui peut être considéré comme une disposition générale.

Des auteurs (cf. en particulier F. Galgano: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1996, 1 ss) interprètent cet article au regard du principe d'égalité formelle et substantielle posé par l'articles 3 de la *Costituzione*, lequel évoque le "*pieno sviluppo della persona umana*" (plein épanouissement de la personne humaine) comme but suprême du droit d'association; la conséquence de cette interprétation est de renforcer la liberté de l'individu dans les associations et de le protéger contre les abus de la majorité, y compris au niveau des contenus statutaires contraires à ce principe.

Cette interprétation a été suivie par la jurisprudence pour étendre les garanties prévues pour les membres des associations dotées de la personnalité morale aux membres des associations sans personnalité morale (cf. Cass. civ. 3.4.1978 n.1498) (pour une interprétation contraire, proche de la théorie de la "*pluralità degli ordinamenti giuridici*" de Santi Romano cf.

P. Rescigno: *La tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, in *Persona e Comunità*, Padova, 1988, 251).

En ce qui concerne les sociétés dans le système juridique italien, il faut analyser le régime de la *società semplice*, la seule forme sociale tournée vers une activité non commerciale.

Il s'agit d'un type de société original, "inventé" par le législateur italien de 1942, sans homologue dans les autres systèmes; sa particularité est bien mise en relief par le thème de la protection des minorités, comme en témoignent les nombreuses oeuvres italiennes qui se sont penchées sur les "rapports entre majorité et unanimité dans les sociétés de personnes" (cf. A. Venditti: *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955; F. Galgano: *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960; A. Serra: *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano 1980).

La première particularité à considérer est l'absence d'assemblée générale dans les sociétés de personnes italiennes: dans la *società semplice*, chaque associé dispose séparément d'un droit d'administration, sauf opposition préalable d'un autre associé (art. 2257 c.c.). Toutefois, les statuts peuvent prévoir l'administration conjointe de tous les associés (art. 2258, comma 1 c.c.) ou la réserver à la majorité (art. 2258, comma 2 c.c.).

Par conséquent, dans le cas où la loi prévoit le consentement des associés (ex.: opposition d'un associé à l'acte d'administration d'un autre associé (art. 2257 c.c.); administration conjointe (art. 2258 c.c.); délibération d'exclusion de l'associé (art. 2287 c.c.), etc.) il n'y a pas de véritable assemblée et la volonté générale peut se former sans aucune formalité. Par suite, la jurisprudence admet que les décisions des associés soient prises séparément, tacitement ou à l'insu de quelques associés, si leurs votes ne sont pas nécessaires pour atteindre le quorum (cf. Cass. civ. 21.4.1956, n.1217, en *Giust. Civ.*, 1956, I, 1922), donc même à l'insu des minorités (cf. Trib. Como 12.3.1987 in *Riv. notar.*, 1987, 1205).

Cependant la protection des minorités est réalisée de la façon suivante:

#### Droit de veto:

C'est la principale garantie pour les minorités; pour nombre de délibérations, le *codice civile* exige un vote à l'unanimité ou accorde un droit de veto aux associés; par conséquent, une partie de la doctrine a affirmé que le principe de l'unanimité était fondamental dans les sociétés civiles et qu'il fallait l'appliquer dans le silence de la loi (cf. F. Galgano: *op. ult. cit.*; contra A. Serra: *op. ult. cit.* et en jurisprudence: Cass. civ. 28.3.1960, n. 652, en *Riv. dir. comm.* 1960, II, 287).

#### Droits d'information:

Ils sont prévus par le *codice civile*, en particulier au profit des associés dépourvus de tout pouvoir d'administration, pour encourager le contrôle et la participation à l'activité sociale. Ces droits d'information et d'inspection sont notamment: le droit de consulter tous les documents sociaux et de recevoir des nouvelles de l'activité des administrateurs, ou encore le droit à la reddition de comptes (art. 2261 c.c.); la jurisprudence a étendu ces garanties pour l'associé non administrateur, avec la création d'un droit général à "*l'espressione della propria volontà nello svolgimento della vita sociale*" (Trib. Napoli 7.10.1986 en *Le Società*, 1987, 389).

Droit de contester en justice la validité des décisions prises:

Bien que la loi ne le précise pas, la jurisprudence a reconnu à plusieurs reprises ce droit pour chaque associé dans le cas de délibérations non valables ( cf. Cass. civ. 16.7.1976 n. 2815 in *Giust. civ.*, 1976, I, 1580: cas d'une décision nulle en l'absence de vote unanime).

La jurisprudence reconnaît aussi à l'associé le droit de contester en justice le bilan (Trib. Catania, 31.10.1985, en *Giur. comm.*, 1986, II, 444).

3. La gestion du pouvoir disciplinaire dans les groupements de droit civil est, en droit italien, un thème central pour décrire le difficile rapport entre l'autonomie de l'association et la protection constitutionnelle de l'individu. Elle a donné lieu à un important débat doctrinal, en particulier en matière d'associations (cf. *ex multis*: P. Rescigno: *La giustizia interna nelle associazioni private*, en *Persona e Comunità*, I, Bologna 1966,122; Volpe Potzolu: *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977; D. Vincenzi Amato, *Associazioni e tutela dei singoli*, Napoli, 1984; Urcioli, *La tutela del singolo nei partiti politici*, Napoli 1990; L. Venditti, *Autotutela sindacale e dissenso*; G. Liace *L'esclusione del socio nelle società di persone*, en *Contratto e impresa*, 2000, 1473).

Le *codice civile* confère un régime particulier à l'exclusion de l'associé des groupements pourvus de personnalité morale ; la doctrine et la jurisprudence ont souvent étendu les garanties prévues pour l'individu sur la base des règles constitutionnelles.

Il faut distinguer le régime des associations de celui des sociétés civiles. A cet égard, il faut observer notamment que la catégorie de "l'abus de minorité" est aujourd'hui présente en droit des affaires, mais pas encore de façon nette en droit privé (cf. M.P. Martines, *L'abuso di minoranza* en *Le società* 1997, 1027).

La matière des sanctions disciplinaires dans les associations est emblématique du rapport entre l'autonomie de l'association - en particulier en ce qui concerne la protection de l'obstruction des membres - et les limitations prévues par le droit constitutionnel afin de garantir la participation de l'individu aux associations (cf. P. Rescigno, *op. ult. cit. supra*).

Aujourd'hui, la légitimité du pouvoir disciplinaire de l'association est reconnue par la doctrine en général. Pourtant, on a essayé de limiter ce pouvoir en le ramenant au modèle de la peine contractuelle, ou bien à la garantie prévue par l'article 2 de la *Costituzione*, et parfois en affirmant un *interesse legittimo* du membre à l'exercice légitime du pouvoir et à la motivation de la sanction (cf. De Giorgi, *Le persone giuridiche, associazioni, fondazioni* en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, tomo 2, Torino, 1999, 411 et Basile: *Gli enti di fatto*, dans le même *Trattato*, 503).

En ce qui concerne le régime des groupements dotés de la personnalité juridique, l'article 24 du *codice civile* prescrit que l'exclusion de l'associé, ultime sanction, ne peut être décidée que par l'assemblée (à la majorité) et en raison de *gravi motivi* ; dans ce cas, l'associé a le droit de plaider sa cause devant l'autorité judiciaire dans un délai de six mois.

En ce qui concerne la procédure, la jurisprudence exige la motivation de la sanction (Trib. Milano 3.10.1995, en *Le Società*, 1996, 543)

et considère comme des règles auxquelles les statuts ne peuvent pas déroger celles relatives au pouvoir des membres de saisir l'autorité judiciaire et celles relatives à la compétence de l'assemblée, au moins pour les groupements pourvus de la personnalité morale (Trib. Roma 25.1.1969, en *Giust. civ.*, 1969, I, 1159).

De plus, la jurisprudence a précisé la notion de "*gravi motivi*" dans chaque cas d'espèce, procédant à une appréciation « à demi entre légitimité et mérite ».

Elle a utilisé la catégorie de « l'abus de droit » par l'associé, mais seulement dans le cas d'une associée qui avait "abusé de son droit" d'introduire des invitées dans un club nautique à l'insu de son ex-mari (Pret. Bari 28.7.1982 en *Giur. it.*, 1983, I,2).

En ce qui concerne l'exercice abusif de droit d'information des minorités, deux arrêts en sens contraire peuvent illustrer la difficile question des limites entre le fonctionnement correct de l'association et le droit de participation de l'associé.

La *Corte d'Appello de Ancona* a confirmé l'exclusion d'un associé qui opposait son droit de contrôler et de consulter, à son gré, les actes d'administration, au motif que l'associé, *uti singulus*, ne peut pas exercer à son gré l'administration en dehors des espaces établis par les statuts, au point qu' "*il manifeste son mépris de la volonté et de l'ordre de l'association, pour faire triompher son ambition particulière et arrogante sur l'harmonie du groupement*" (App. Ancona 15.6.1966, en *Giur. it.* 1968, I, 2).

Par contre, le *Tribunale de Milan* a accueilli le recours d'un associé, lui aussi syndic, exclu en raison de ses nombreuses oppositions à l'approbation du bilan et de ses prétentions d'information (non satisfaites par l'association), dans la mesure où ces comportements entraînent dans le domaine de ses fonctions (Trib. Milano 3.10.1991, en *Giur. it.* 1992, I,2, 169).

La jurisprudence semble donc avoir posé comme limites à la participation de l'individu le respect de l'ordre de l'association.

L'article 2286 du *codice civile* énumère les cas d'exclusion facultative de l'associé ; ceux-ci sont: "*gravi inadempienze* des obligations prévues par la loi ou par le contrat social"; interdiction ou incapacité de l'associé; impossibilité survenue de la prestation du "*socio d'opera*". La doctrine considère qu'il s'agit là d'une illustration spécifique du régime de l'inexécution contractuelle, et non de celui des sanctions d'organisation.(cf. E. Bazzano, R. Dabormida, A. Morigi: *Società semplice e in nome collettivo*, Torino 1994, 81).

La procédure d'exclusion est particulière parce qu'il n'y a pas d'assemblée générale dans la *società semplice* et que la délibération peut être prise à l'insu de l'exclu: les seules garanties pour ce dernier sont l'obligation de préciser les motifs de l'exclusion et de les communiquer au destinataire qui peut les contester en justice dans un délai de 6 mois (art. 2287 c.c.). ; mais il n'y a pas de formes prescrites (Cass. civ. 9.5.1977 n. 1781, en *Giust. civ.* 1977, I, 1359).

En ce qui concerne l'exercice abusif des droits par les minorités, de nombreux arrêts ont admis l'existence de "*gravi motivi d'inadempimento*" des devoirs de coopération sociale ; ceux-ci sont: l'utilisation à des fins personnelles des biens de la société, à l'insu des autres associés (Trib.

Milano, 28.10.1993 en *Le società*, 1994, 369), l'inaction de l'associé administrateur (Trib. Milano, 29.9.1986, *Le società*, 1987, 384), la violation de l'obligation de non concurrence (Trib. Bologna, 6.12.1995, *gius*, 1995, 645) ou encore l'opposition systématique et capricieuse à l'approbation du budget (cf. F. Galgano, *Società in genere. Società di persone*, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1982, 327).

4. Le concept de minorité dans les groupements dépourvus de la personnalité morale a des conséquences juridiques sur la protection des individus dans les groupements.

C'est bien dans certains groupements dépourvus de la personnalité morale - comme le parti politique, le syndicat, la famille - que le débat sur la protection du plein épanouissement de la personne humaine garantie par la constitution (art. 2 et 3 cost.) a été le plus considérable (cf. P. Rescigno: *La tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, en *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 251).

C'est en particulier pour les associations libres qu'il est possible de vérifier les efforts réalisés par la doctrine et la jurisprudence afin d'étendre certaines garanties accordées pour les membres des groupements pourvus de la personnalité morale; dans ce cas, apparaît le contraste entre liberté d'association et liberté dans l'association.

D'un côté, le *codice civile* accorde aux associations non personnes morales la plus grande autonomie, renvoyant aux *accordi degli associati* (art.36 c.c.); l'autonomie, due à l'indifférence du législateur de 1942 pour cette organisation, est renforcée par la garantie constitutionnelle du droit d'association (art. 18 cost).

De l'autre côté, la *Costituzione* introduit la garantie du "plein épanouissement de la personne humaine... aussi bien dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité" (art.2 cost.) comme principe suprême du système; c'est sur ce principe que s'appuient les essais pour renforcer la liberté des individus dans les associations, y compris dans celles dépourvues de la personnalité morale.

Dès le début, la jurisprudence eut quelques peines à se déclarer compétente pour trancher les controverses internes aux associations libres, en particulier les partis politiques et les syndicats (V. G. Volpe Potzolu: *Il giudice e le associazioni: un rapporto sempre difficile* en *Contratto e impresa* 1994, 1053).

Mais à la fin des années 1960, la jurisprudence a changé et, se déclarant compétents, les tribunaux ont jugé que les règles -autres que le régime du "*riconoscimento*" - établies pour les associations pourvues de la personnalité morale pouvaient être appliquées aux associations qui en sont dépourvues, parfois directement, parfois par analogie (cf. Trib. Milano, 10.4.1972, en *Giur. it.*, 1973, I, II, 206).

En ce qui concerne la protection des minorités dans les associations dépourvues de la personnalité morale, beaucoup d'arrêts rendus en matière d'exclusion de l'associé ont étendu les règles de l'*associazione riconosciuta* à ces groupements. De cette façon, a été décidée : la nullité de l'exclusion *ad nutum* (Trib. Torino 15.2.1996, en *Le società* 1996, 1299); l'application de l'article 24 du *codice civile* dans la partie où il prévoit la nécessité de "*gravi motivi*" et le droit de l'exclu de plaider en justice (cf. App. Torino 10.2.1983,

en *Rass. Dir. civ.*, 1983, II, 840); l'obligation de motiver la délibération d'exclusion (cf. Trib. Milano 3.10.1995, en *Le Società*, 1996, 543).

Au commencement des années 1980, cette orientation de la jurisprudence a été étendue aux partis politiques et aux syndicats (cf. F. Galgano: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova 1996, 355).

Pour ce qui concerne la famille, on assiste à un essai progressif d'étendre les garanties de participation active de tous les individus qui vivent dans la famille et en particulier de sujets que nous pouvons appeler minorités (cf. en doctrine, P. Rescigno: *L'individuo e la comunità familiare*, en *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 231).

On se référera en particulier à certaines lois, comme la loi de réforme du *codice civile* en matière de famille (*legge* 151/1975) qui a assuré la traduction parfaite du principe constitutionnel de parité morale et juridique des époux (art.29 cost.), en supprimant la supériorité hiérarchique du mari.

On trouve d'autres signes de cette tendance à étendre la protection des sujets les plus faibles dans la famille, par leur participation active à la vie familiale, dans les règles qui prescrivent l'audition des enfants dans le cas du divorce (art. 6 l. 898/1970), ou de l'inclusion de l'enfant naturel dans la famille légitime (art. 252 c.c.).

Cependant, il faut reconnaître que la protection des enfants dans le système juridique italien est obtenue par l'entremise des parents. Il s'agit donc d'une protection de type paternaliste, comme en témoigne l'obligation d'entretien de l'enfant (art. 143 c.c.), étendue par la jurisprudence à l'entretien du fils majeur qui ne peut subvenir à ses besoins (cf. B. Levi, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*" en *NGCC*, 1998, II, 323).

5. La doctrine italienne s'est demandé quelle était la règle à appliquer dans les contrats qui confèrent un pouvoir de décision à une partie plurielle, et plus précisément s'il faut ou pas exercer une action en nullité relative (s.d. *annullamento*), en rescision, en résolution, etc. (cf. DE FERRA, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, 1967; IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, 1973; PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, 1973; BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, 1974; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, 1993; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2000).

Si quelques auteurs se prononcent en faveur de la nécessité du consentement général (BUSNELLI, *op. cit.* e Cass., 11 aprile 1983, n. 2558), la majorité de la doctrine est favorable au pouvoir d'initiative individuel (DE FERRA, IUDICA, SACCO e DE NOVA e BIANCA).

Dans le cas où la partie contractuelle plurielle constituerait un groupe organisé, le pouvoir d'initiative est demandé au représentant du groupe.

Donc à ce propos, il n'est pas possible de retrouver des problèmes de majorité/minorité, mais, au maximum, des problèmes d'unanimité/individualité.

6. Le droit italien se caractérise par l'option en faveur des principes de démocratie et de pluralisme idéologique, qui sont typiques de la conception libérale de l'État.

Par conséquent, la *Costituzione* attribue dignité et protection au principe de liberté de conscience religieuse, soit pour l'église catholique, traditionnellement majoritaire dans notre pays, soit pour les autres confessions religieuses.

L'article 8 de la *Costituzione* déclare solennellement que: "Toutes les confessions religieuses sont également libres devant la loi" et l'article 19 de la *Costituzione* affirme que: "chacun a le droit de professer librement sa propre foi religieuse en forme individuelle ou associée, de faire de la propagande pour sa foi et d'en exercer le culte en privé ou en public, pourvu qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes mœurs"

Toutefois, les confessions religieuses appartiennent à la catégorie des formations sociales où s'exerce la personnalité de l'individu; par conséquent le législateur s'emploie à garantir que, même dans celles-ci, les droits inviolables de l'homme soient garantis et respectés (art. 2 Cost.).

Dès lors, le thème de la protection de la confession religieuse se pose sous un double aspect: d'un côté il y a le droit des groupes religieux de professer librement leur propre foi religieuse, de l'autre il y a la protection de l'individu dans ces mêmes groupes.

Le système ne peut pas renoncer au contrôle sur les activités des confessions, mais les principes constitutionnels de démocratie et de pluralisme idéologique imposent de définir et de limiter ce contrôle.

Par conséquent, l'appréciation de la contrariété d'un mouvement religieux à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art.8 et 19 Cost) ne peut légitimer un jugement de fond sur les contenus particuliers des croyances, dans la mesure où un tel jugement impliquerait une hiérarchie de valeurs inadmissible en vertu des articles. 3 et 19 Cost.

Puisque le jugement doit se limiter à la forme, il faut préalablement établir la définition de la confession religieuse.

Le droit italien reconnaît pleine liberté d'organisation et d'autodétermination à un certain nombre de sociétés intermédiaires; celles-ci peuvent librement se doter de statuts autonomes ou bien ne pas prendre une "forme" associative (cf. P. RESCIGNO, *Interesse religioso e formazioni sociali*, en "*Persona e comunità II*", Padova, 1988).

De même la *Corte costituzionale* a décidé que les garanties constitutionnelles devaient être appliquées aussi bien pour les confessions structurées comme simples communautés de fidèles, sans organisation réglée par des statuts spéciaux (cf. Corte Cost., 27 aprile 1993, n. 195, en *Foro it.*, 1994, I, 2988 ss.).

De plus, le système italien reconnaît le principe, inhérent à l'État laïc, de l'"*autoqualificazione*", ou de l'"*autoriconoscimento*", selon lequel chaque mouvement peut s'attribuer la qualification de confession religieuse pour la jouissance des droits constitutionnels.

Au contraire, l'"*autoqualificazione*" n'est estimée suffisante ni pour la détermination du régime fiscal, ni pour l'obtention de subventions publiques, mais elle provoque seulement un renversement de la charge de la preuve (cf. COLAIANNI, voce "*Confessioni religiose*", in *Enc. Dir.*., *Aggiornam. IV*, 2000, 363 ss.).

En ce qui concerne la question fondamentale de la protection de l'individu dans les communautés religieuses, le droit pour les membres de se retirer, sans subir des pratiques de "*deprogramming*" ou d'autres influences

néfastes à leur liberté, constitue une expression importante de l'autonomie des individus (cf. P. RESCIGNO, *Fede religiosa e pluralismo delle ideologie*, en "Persona e comunità", Padova, 1988).

Ces éléments différencient les confessions religieuses du phénomène des sectes.

À l'égard de ce phénomène, l'Italie a suivi les indications de l'Union Européenne par la rédaction de rapports, dans le but d'évaluer l'activité de ces groupements, et en particulier la protection des adhérents.

À ce propos, il faut souligner l'absence de définition juridique précise de la "secte". Il s'agit d'une conséquence directe du choix du législateur de ne pas décider de ce qui est religieusement correct et de ce qui ne l'est pas, en vue de ne pas limiter les conduites des citoyens. (cf. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 1999, 70 ss)

Ces considérations ont influencé l'affaire de l'Église de scientologie, dans laquelle les juges, une fois reconnue la nature religieuse du mouvement en question, ont acquitté tous les membres de l'inculpation de délit d'association de malfaiteurs ex art.416 c.p. (cf. App. Milano, 5 octobre 2000, en *Foro it.*, 2001, II, 644 ss.).

Ces principes, affirmés dans un contexte multireligieux, sont valables aussi dans les rapports entre les différentes confessions: la jurisprudence a jugé que le fait pour un journal paroissial de qualifier les témoins de Jéhovah de "setta pseudo-religiosa", constituait un délit de diffamation écrite, sans retenir la justification du droit de critique ex art. 51 c.p., (cf. Cass. civ., 7 octobre 1998, n. 1693, en *Dir. eccles.*, 1999, II, 96 ss.).

Dans le but d'assurer un degré d'objectivité majeur dans la distinction entre confessions religieuses et sectes, conformément aux indications de l'Union Européenne et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, (cf. M. FORMICA, *Libertà religiosa e pratiche illegali delle sette e pericolo che esse rappresentano per la società e le persone*, en *Dir. fam. pers.*, 1998, 1288 ss.) a été constitué en 1998 l' *Osservatorio sulle libertà e istituzioni religiose* (OLIR) dans l'Université de Milano, avec la collaboration de l'Université de Genova et de l'Université de Salerno (cf. S. FERRARI, G.B. VARNIER, *Le minoranze religiose in Italia*, 1997, 12 ss.).

L'*Osservatorio* agit d'un côté avec la collaboration des autorités publiques et de l'autre avec les confessions religieuses, aux fins de recueillir des informations correctes et dignes de foi.

### Les minorités et le droit de la famille

Pivot de l'organisation de la famille, selon la *Costituzione*, le principe de l'égalité des époux est sanctionné solennellement par l'art. 29.2 qui affirme que «le mariage est ordonné sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi pour garantir l'unité familiale ».

Dans le respect de ce principe, la loi de réforme du droit de la famille (L. 19.5.75 n. 151) a reconnu aux époux une position d'absolue égalité morale et juridique, dans leurs rapports réciproques personnels et patrimoniaux, comme d'ailleurs avec leurs enfants. À ce propos, le nouvel article 143 c.c. dispose que «par le mariage, le mari et la femme acquièrent les mêmes droits et assument les mêmes devoirs ». En outre, aux termes de

la nouvelle lettre de l'art. 144 c.c., la direction de la vie familiale doit être établie d'un commun accord par les époux.

Cependant l'institution familiale est considérée comme une de ces formations sociales envisagées par l'art. 2 Const., dans lesquelles s'exprime la personnalité des individus : c'est donc en son sein que doivent être reconnus et garantis les droits inviolables de l'individu. C'est au milieu de ces droits fondamentaux, que se range le droit de liberté religieuse : tous ont le droit de professer librement leur propre foi religieuse dans quelque forme que se soit, individuelle ou associée, d'en faire la propagande et d'en exercer en privé ou en public le culte, à condition que ces rites ne portent pas atteinte aux bonnes mœurs.

C'est donc de cet ensemble de règles que découle la double importance de la famille, d'un côté société naturelle caractérisée par les droits et devoirs spécifiques de ses membres et, de l'autre, lieu de manifestation de la personnalité de l'individu.

Dans cette perspective toute affirmation relative aux droits et libertés de l'individu doit être coordonnée avec les exigences d'unité et harmonie familiales, surtout là où l'exercice de ces droits touche aussi les rapports avec les enfants. Aux termes de l'art. 30 Const. et de l'art. 145 c.c. les époux ont le droit et le devoir de garder, d'élever et d'instruire leurs enfants.

L'art. 30 Const. précité, qui se réfère également au «droit», et non simplement au «devoir» des parents d'élever leurs enfants, a pour objet d'éviter que le contenu de ce droit puisse être limité par quiconque, y compris le législateur, en imposant par exemple une certaine éducation religieuse. En effet, dans une législation démocratique fondée sur le principe d'égalité et sur le pluralisme idéologique, telle que la législation italienne, les modèles éducatifs les plus divers paraissent légitimes (cf. M. BESSONE, *L'ordinamento costituzionale del diritto di famiglia e le prospettive di evoluzione della società italiana*, in *Dir. fam. pers.*, 1976, I, 217 ss.).

Plus précisément, notre législation sauvegarde avec la rigueur nécessaire les valeurs d'autonomie et d'originalité de l'action pédagogique de la famille tout en excluant que les prétendus «principes éthiques communs à la plupart du peuple italien, certaines idéologies, les préceptes d'une quelconque religion même si elle regroupe le plus grand nombre, puissent d'une certaine façon être imposés à la famille comme le contenu nécessaire de la fonction éducative des parents» (IDEM).

Quant au milieu familial, le facteur religieux prend une importance juridique notamment dans les situations de conflit qui placent l'exercice de la liberté religieuse en contradiction potentielle avec d'autres valeurs et/ou intérêts, eux aussi objet de protection juridique : en effet, la jurisprudence (E. MATTU, *Libertà religiosa e diritto di famiglia: breve rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, I, 430 ss.) a souvent été appelée à déterminer si la conversion d'un époux pouvait avoir une importance en cas de :

- imputation de séparation ;
- placement et éducation religieuse des enfants.

La réforme précédemment évoquée de 1975 a abrogé la règle de l'imputation de la séparation. En application du nouvel art. 151 c.c., l'imputation constitue désormais un remède au défaut de l'entente conjugale

et non plus une sanction (cf. BESSONE, DOGLIOTTI, FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, Milano, 1994, I, 263).

Toutefois, lors du prononcé du jugement, le juge peut, le cas échéant, et sur demande, imputer la séparation à l'un des époux, en considération de sa conduite contraire aux devoirs dérivant du mariage.

Pour ce qui concerne plus particulièrement la liberté religieuse, la jurisprudence a affirmé que le fait pour l'un des conjoints de changer de croyance religieuse (en l'espèce, du catholicisme aux Témoins de Jéhovah), la participation aux pratiques religieuses collectives du nouveau culte, l'opportunité donnée aux enfants mineurs de connaître et d'apprécier cette nouvelle foi dans le but de leur éventuelle conversion, se reliaient à l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti. Aussi, malgré l'inévitable incidence de cette conduite sur l'harmonie du ménage, elle ne pouvait être considérée comme une cause d'imputation de la séparation, du moment qu'elle n'était pas incompatible avec les devoirs concurrents des époux établis par l'art. 143 c.c..

La simple conversion ne constitue donc pas *ipso jure* une violation des devoirs conjugaux. (cf. Cass. civ., n. 5937/1988; n. 4498/1985 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 125 ss., con nota di M. MANTOVANI).

Et pour la Cour de cassation, « ne rentre pas dans les devoirs conjugaux celui d'être fidèle à une certaine religion et/ou de rester dans la confession suivie au moment du mariage ». (cf. Cass. civ., n. 4892/1988, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, I, 479 ss.).

Au contraire, il a été jugé que la séparation était imputable à l'époux qui, opposé au changement de foi de l'autre époux, manifestait de l'intolérance envers les nouvelles convictions de son conjoint et entravait les pratiques religieuses de ce dernier. (cf. Trib. Patti, 10 décembre 1980, in *Dir. pers. fam.*, 1983, I, 111, con nota di M. CELI, *Apostasia di uno dei coniugi, separazione personale ed educazione religiosa dei figli*).

Le changement de foi religieuse d'un époux ne peut constituer un motif d'imputation de séparation que dans le cas où la conduite de ce dernier, bien qu'inspirée par des motifs idéologiques et liée à l'exercice des droits garantis par l'art. 19 Const., se traduirait dans des actes d'intolérance et d'agressivité. (cf. Cass. civ., 26 maggio 1990, n. 4920, in *Mass. Foro it.*, 1990, voce *Separazione dei coniugi*, n. 41, c. 2980 ; Trib. Bologna, 5 febbraio 1997, in *Dir. pers. fam.*, 1999, I, 157 ss.)

Aux termes de l'art. 155 c.c., le juge doit, lors du prononcé de la séparation, confier à l'un des époux la garde des enfants, en tenant compte exclusivement de leur intérêt moral et matériel.

À ce propos, il est unanimement admis que le parent auquel la séparation est imputée ne peut se voir retirer la garde des enfants et que l'on ne peut pas non plus confier la garde à l'un des parents sur la base de ses options politiques, religieuses, philosophiques ou existentielles, en vertu des artt. 3 et 30 Const. (da ultimo cf. Cass. civ., 7 febbraio 1995, n. 1401, in *Dir. eccl.*, 1996, II, 18 ss).

Bien qu'elle soit largement dépassée, il importe d'apprécier la vieille orientation suivie par le Tribunal de Ferrare (cf. Trib. Ferrara, 31 agosto 1948, in *Giur. it.*, 1948, I, 592) qui a refusé de confier la garde du mineur au père, en raison de l'athéisme de ce dernier.

La jurisprudence plus récente estime que les décisions concernant l'éducation religieuse des enfants, qui figurent parmi les décisions du « plus grand intérêt » citées par l'art. 155, comma 3 c.c., doivent être adoptées d'un commun accord par les deux parents, le juge intervenant seulement *ex art.* 316 c.c. en cas de désaccord persistant entre eux.

Toutefois la jurisprudence apparaît divisée à l'égard de l'extension de ce pouvoir d'intervention judiciaire.

D'après une première orientation, en cas de recours sur le fondement de l'art. 316 c.c., le juge ne pourrait pas se prononcer sur le choix idéologique à l'intérieur de la famille, soit parce que l'éducation des enfants relève exclusivement de la puissance parentale, soit parce qu'une telle décision permettrait un jugement de valeurs à l'égard des différentes confessions religieuses. Ce jugement de valeurs paraît inacceptable dans un droit tel que le nôtre, imprégné du pluralisme idéologique et du principe d'égalité. Le pouvoir d'intervention judiciaire devrait donc être limité aux seuls cas où le message religieux contrevient aux principes fondamentaux éthiques et juridiques de la législation. (cf. Trib. Min. Emilia Romagna, 7 dicembre 1978, in *Dir. pers. fam.*, 1981, 904 e Trib. Roma, 3 febbraio 1988, *ibidem*, 1990, 474).

À l'inverse, le Tribunal de Massa, 18 septembre 1986 (in *Dir. pers. fam.*, 1987, 265) a eu l'occasion de retenir, au cours d'un jugement de séparation, qu'en cas de désaccord entre les deux époux quant aux choix de l'enseignement religieux des enfants, devrait être privilégié l'enseignement de la religion catholique, qui est la confession religieuse communément pratiquée au sein de la population.

Mais le Tribunal de Napoli a récemment jugé le contraire (Trib. Napoli, 7 juillet 1998, in *Dir. eccles.*, 98, II, 516 ss.), au motif que « le credo religieux, comme tel, n'a aucune importance, soit pour ce qui concerne le placement des enfants, soit pour ce qui concerne la détermination des modalités de visite du parent qui n'a pas eu la garde des enfants ; plus précisément, l'intervention du juge ne pourrait jamais se caractériser par le choix d'une religion dans laquelle élever le mineur ».

Il semble préférable de signaler que toutes les affaires précitées se réfèrent à des cas de conversion au credo des témoins de Jéhovah de l'un des parents : dans la plupart des cas, de la mère.

L'un des domaines dans lesquels l'appartenance à une certaine croyance religieuse pose de délicats problèmes d'interprétation est celui du droit à la santé, considéré soit comme un droit fondamental de l'individu, soit comme l'intérêt de la collectivité par l'art. 32 Const. Le problème s'est notamment posé lors du refus des membres de la communauté des témoins de Jéhovah de se soumettre aux traitements hémotransfusionnels.

Le point crucial de ce débat a été l'interprétation du deuxième alinéa de l'art. 32 *Costituzione* en vertu duquel personne ne peut se voir imposer un traitement médical sinon par la loi, la loi ne pouvant en aucun cas violer les limites imposées pour le respect de la personne humaine. Il s'agit, encore une fois, de trouver le point d'équilibre entre deux intérêts constitutionnels opposés (cf. AA.VV., *I trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, Jovene, 1983).

À cet égard, la jurisprudence est intervenue dans des cas extrêmes où l'on avait raison de croire que le refus du traitement, allégué par le patient

témoin de Jéhovah, n'était pas le fruit d'une libre et autonome détermination (cf. *Pretura di Modica*, 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 271 ss.).

### *Legitimitio ad processum* des minorités religieuses

En vertu de l'article. 24 de la *Costituzione*, est reconnu à chacun le droit de recourir en justice pour la sauvegarde de ses droits et intérêts légitimes ; par suite, chaque membre d'une communauté religieuse est titulaire de la *legitimitio ad processum*, et peut revendiquer en justice la protection de sa liberté de conscience.

Toutefois, il faut rapprocher la sauvegarde de la dignité et du sens religieux avec les autres principes constitutionnels, comme le droit d'opinion, le droit de manifester librement sa pensée sous n'importe quel forme, ou encore la liberté de la presse (art. 21 cost).

*Nulla quaestio*, dans l'hypothèse dans laquelle l'outrage du sens religieux d'une certaine confession représente un des délits *ex art.* 402-413 du *Codice penale (dei delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti)*.

Dans une affaire où était en cause la parité de sauvegarde entre la religion catholique et les autres confessions religieuses, la *Corte costituzionale* (cf. Corte Cost., n.329/97) a décidé que les règles des *Intese* établies avec certaines confessions (cf. L. 449/84 de confirmation de l'*Intesa* avec la *Tavola Valdese*; l'*Intesa* avec les *Assemblee di Dio* in Italia, ratifiée par la L. 577/88; la L. 116/95 de confirmation de l'*Intesa* avec l'*Unione evangelica Battista*), et les règles du *codice penale*, assuraient une protection appropriée pour les minorités.

La loi 101/89 de reconnaissance de l'*Intesa* entre le *Stato italiano* et l'*Unione delle comunità ebraiche* ont établi la parité de sauvegarde pénale du sens religieux et de la liberté de religion, sans discrimination entre les citoyens et entre les cultes.

L'art. 10 du *codice di autodisciplina pubblicitaria* protège les citoyens contre la vulgarisation du lexique religieux, au profit de toutes les confessions.

Toutefois, il faut souligner que la laïcité de notre système juridique, inspirée des principes de pluralisme idéologique et de tolérance implique que la sauvegarde du sens religieux, en dehors des cas prévus par le droit pénal, soit mise en balance avec les autres droits constitutionnels fondamentaux.

7. La liberté d'association, garantie par la *Costituzione*, est un principe fondamental du système juridique italien contemporain, (cf. *ex multis* V. P. Rescigno, *Ascesa e declino della società pluralista*, en *Persona e comunità I*, Bologna, 1966, 3; M.S. Giannini: *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, en *Atti del XV congresso di sociologia*, Roma, 1950).

La *Costituzione repubblicana* proclame le droit des citoyens de s'associer librement, sans autorisation, pose des limites d'ordre public - "la poursuite de buts que la loi pénale n'interdit pas aux individus", et interdit expressément "les associations secrètes et celles qui poursuivent des buts politiques au moyen d'organisations à caractère militaire" (art. 18 cost.).

À côté de cette règle générale, on trouve des règles spécifiques relatives aux principales institutions typiques : les partis politiques (art. 49 Cost.), les syndicats (art. 39 Cost.), l'école (art. 34 Cost.).

Au dessus, on retrouve les règles fondamentales de garantie des droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité (art. 2 cost.), et de l'égalité des citoyens (art. 3 cost.), qui posent le principe de la protection de l'individu dans les groupements.

Des différents domaines dans lesquels ce principe fondamental a été analysé (*ex multis* V., pour le droit constitutionnel, P. Basile, voce *associazione (diritto di)* en *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, 837); pour la théorie générale du droit, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1992; pour le droit civil en général, P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, I, Bologna 1966, II - III, Padova 1988), nous nous limiterons à des considérations relatives aux minorités.

Il s'agit de vérifier l'influence des associations déjà existantes – et en particulier de celles qui se sont imposées dans le système politique et social (partis politiques, syndicats, ordres professionnels) – sur la liberté d'association.

L'expérience positive nous montre l'existence de limites autres que celles imposées par la Constitution et par la loi au droit d'association.

Du moment que la question fondamentale de la liberté dans les associations, dans les phases de participation et d'exclusion, a déjà été traitée auparavant, nous analyserons ici l'expression de la liberté d'association dans deux circonstances particulières: l'adhésion à une association déjà existante et la sortie de l'association à la suite du retrait ou de la scission.

La *Costituzione* garantit, comme il a été vu précédemment, la liberté de s'associer dans les limites de l'ordre public. Encore convient-il de se demander ce qu'il en est de la liberté d'association du point de vue d'un tiers qui veut accéder à une association déjà existante.

La question a été traitée par la doctrine aussi bien de droit public que de droit civil (cf. F. GALGANO, *Le associazioni le fondazioni i comitati*, Padova, 1996, 175 et D. VINCENZI AMATO, *Associazioni e tutela dei singoli*, Napoli, 1984, 180). La première a souligné le danger d'une situation de privilège et d'"occupation de pouvoir" par les formations les plus puissantes, comme les partis politiques, ou par celles qui gouvernent l'accès à certaines positions, comme les ordres professionnels, tandis que la deuxième s'est interrogée sur l'existence ou non d'un droit d'accès dans l'association.

L'association a été décrite par cette doctrine comme une organisation ouverte, mais aux conditions dictées par l'acte constitutif ; le sujet qui adhère a la même position que celle du contractant originaire, mais un tiers n'a pas de droits envers l'association.

La jurisprudence a suivi l'interprétation contractualiste et a affirmé que les conditions d'admission étaient celles prévues dans les statuts, le tiers n'ayant aucun droit d'admission envers l'association (cf. Cass. civ. 9.5.1991 en *Vita not.* 1991, 944). En revanche, celui qui a conclu le contrat d'adhésion a le droit d'être tenu pour membre d'un parti politique (cf. Pret. Agrigento, 23.1.1981 en *Giur. it.*, 1981, I, 2, 194).

L'arrêt de Tribunal de Roma 26.1.1986 (cf. F. Galgano, op. cit ult., 178) est très intéressant à cet égard parce qu'il confirme cette position en matière de liberté syndicale. En l'espèce, il s'agissait d'un conflit entre des fédérations syndicales et les membres d'une représentation syndicale d'entreprise. Le tribunal a retenu que ces derniers ne pouvaient être élus comme délégués d'usine dans la mesure où la délégation était réservée, par les statuts, aux membres des autres fédérations (les principales au niveau national), qui avaient constitué la structure syndicale d'usine.

Il est possible de vérifier, enfin, les limitations effectives à la liberté d'association des minorités en cas de scission, lorsque se pose la question de l'appartenance des biens et des symboles (cf. M. Marinaro: *Potere di recesso e scissione nel partito politico* ; P. Perlingieri (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli, 1993, 185).

L'adhésion de la jurisprudence à la théorie contractualiste prive ceux qui se retirent de tout droit sur le patrimoine de l'association ou l'utilisation des symboles, en dépit de l'éventuelle continuité idéologique des scissionnistes aux valeurs originaires du parti (cf., *ex multis*, Trib. Roma, 13.4.1995, en *Corr. Giur.*, 1995, 961).