

## L'infidélité sans adultère à l'époque d'internet – Une comparaison entre la France et l'Italie

Luciano Olivero

---

### Citer ce document / Cite this document :

Olivero Luciano. L'infidélité sans adultère à l'époque d'internet – Une comparaison entre la France et l'Italie. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 67 N°2,2015. La comparaison en droit public. Hommage à Roland Drago. pp. 541-565;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.2015.20515>

[https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2015\\_num\\_67\\_2\\_20515](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2015_num_67_2_20515)

---

Fichier pdf généré le 15/03/2019

## Résumé

L'étude examine le traditionnel binôme fidélité -adultère dans les systèmes français et italien et à la lumière des nouvelles formes de « télétrahison » facilitées par la moderne société de l'informatique. Une jurisprudence qui remonte au XIXe siècle avait déjà posé le problème de l'infidélité privée de sa base physique, en parlant de liaisons intellectuelles, spirituelles, platoniques. Cette question revient impétueusement d'actualité grâce à internet. Internet, toutefois, ne brise pas seulement le rapport entre adultère et infidélité ; l'idée même d'infidélité vient de se modifier. On peut dire qu'elle se dématérialise en s'approchant de plus en plus de la notion de déloyauté envers le conjoint, tant en France qu'en Italie ; mais entre les deux systèmes persistent et paraissent, de temps en temps, des résistances et des différences que cet essai met en évidence.

## Abstract

This paper looks into the traditional couple fidelity-adultery inside French and Italian system, in the light of new « tele-infidelity » forms which are made possible by contemporary computer society. The XIX century case law had already wondered about the question of infidelity when separated from its physical basis, by talking about intellectual, sentimental, platonic affairs. Since the Internet erupted, the problem has become highly topical again. Anyway, the Internet breaks not only the connection between physical adultery and infidelity, but also changes in a deep manner the very idea of betrayal. Dematerialized and spiritualized by now, this idea tends to correspond with disloyalty to the spouse, both in France and in Italy ; even if some resistance and some difference between the two systems remain on this point. The paper is aimed to highlight them.

**L'INFIDÉLITÉ SANS ADULTÈRE  
À L'ÉPOQUE D'INTERNET  
Une comparaison entre la France et l'Italie**

Luciano OLIVERO\*

L'étude examine le traditionnel binôme fidélité - adultère dans les systèmes français et italien et à la lumière des nouvelles formes de « télétrahison » facilitées par la moderne société de l'informatique. Une jurisprudence qui remonte au XIX<sup>e</sup> siècle avait déjà posé le problème de l'infidélité privée de sa base physique, en parlant de liaisons intellectuelles, spirituelles, platoniques. Cette question revient impétueusement d'actualité grâce à internet. Internet, toutefois, ne brise pas seulement le rapport entre adultère et infidélité ; l'idée même d'infidélité vient de se modifier. On peut dire qu'elle se dématérialise en s'approchant de plus en plus de la notion de déloyauté envers le conjoint, tant en France qu'en Italie ; mais entre les deux systèmes persistent et paressent, de temps en temps, des résistances et des différences que cet essai met en évidence.

*This paper looks into the traditional couple fidelity-adultery inside French and Italian system, in the light of new « tele-infidelity » forms which are made possible by contemporary computer society. The XIX century case law had already wondered about the question of infidelity when separated from its physical basis, by talking about intellectual, sentimental, platonic affairs. Since the Internet erupted, the problem has become highly topical again. Anyway, the Internet breaks not only the connection between physical adultery and infidelity, but also changes in a deep manner the very idea of betrayal. Dematerialized and spiritualized by now, this idea tends to*

---

\* Docteur en droit, chercheur à l'Université de Turin.

*correspond with disloyalty to the spouse, both in France and in Italy ; even if some resistance and some difference between the two systems remain on this point. The paper is aimed to highlight them.*

## I. INTRODUCTION : LE RECUL DE L'ADULTÈRE ET LA PERSÉVÉRANCE DE L'INFIDÉLITE

« L'adultère, disait le premier consul, qui dans un Code civil est un mot immense, n'est dans le fait qu'une galanterie, une affaire de bal masqué »<sup>1</sup>. Un mot immense mais, faudrait-il ajouter, désormais déraciné du texte de la loi. Cette disparition se manifeste aussi bien dans le Code civil français que dans celui qui est en vigueur en Italie<sup>2</sup>. Il en est de même dans chaque Code pénal, où le délit d'adultère n'existe plus depuis longtemps<sup>3</sup>.

Épurés de ce mot gênant, les deux systèmes, néanmoins, mentionnent encore l'obligation de fidélité ; et si « l'amour », comme l'écrivait un vieux juriste, « est la cause juridique du mariage »<sup>4</sup>, on peut toujours gloser que la fidélité est la traduction la plus... fidèle de ce principe.

Nul doute, alors, que le conjoint infidèle n'est pas un bon époux ; que celui qui commet un adultère est infidèle ; qu'être infidèle signifie trahir le conjoint... Et ainsi de suite. Sous cet angle, il est facile de s'entendre. Tout se mélange, en effet, et se poursuit dans le langage de la loi morale. Mais adultère et infidélité sont-ils vraiment synonymes ?

<sup>1</sup> Cf. la note au bas de la p. 273 du tome IX du « Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil », par FENET, réimpression de l'édition de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.

<sup>2</sup> Plus en général, avec la dernière réforme de 2013 (d. lgs. n° 154/2013, art. 105) le législateur italien a également effacé l'adjectif « adultérin » à propos des enfants dans toute la législation en vigueur, en le remplaçant par l'expression « *figlio nato fuori del matrimonio* » (enfant né hors mariage).

<sup>3</sup> Sur le recul de l'adultère TERRÉ et FENOUILLET, « Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités », Dalloz, Paris, 1996 (réédition 2000), p. 465 ; plus exactement, écrivent les auteurs à p. 463, l'adultère « a été doublement gommé des textes », dans le C. civ. comme dans le C. pén. En Italie cf. CARBONE, « Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale : risarcibile il danno morale da adulterio », *Corriere giur.*, 2011, p. 1633. À propos des C. pén., il faut souligner que la classification des délits sexuels est elle aussi nuancée, dans l'intention de ne pas descendre dans des détails scabreux pourvu de rechercher la preuve à tout prix (selon la préoccupation déjà exprimée par BORSARI, « Commentario del Codice Civile Italiano », Utet, Turin-Naples, 1871, vol. I, p. 576 au sujet de la preuve de l'adultère). Un tel aspect est évident, en particulier, dans le C. pén. it. qui, avec la réforme de la loi n° 66/1996, a reconduit les différentes hypothèses de jadis – violence charnelle, actes libidineux, etc. – à la seule prévision de la violence sexuelle de l'art. 609-*bis*. De son côté, le C. pén. fr. distingue le viol des agressions sexuelles autres que le viol (art. 222-22 et s.).

<sup>4</sup> CARNELUTTI, « Replica intorno al matrimonio », *Foro it.*, 1943, IV, col. 4.

On pourrait répliquer au premier abord qu'il s'agit d'une question plus vaine qu'utile, car ces mots sont fortement imbriqués et l'infidélité se prolonge dans l'adultère comme tous les devoirs du mariage se mêlent les uns aux autres. Nous parlons d'infidélité en pensant à l'adultère et vice-versa ; et, du reste, tous les mots dont nous nous servons pour discuter de fidélité sont peu de chose par rapport à la profondeur du devoir et à la difficulté de le décrire avec exactitude. *Nomina nuda tenemus* ; et, d'autre part, nous n'avons plus les listes de fautes conjugales que les premiers Codes chérissaient. On n'a plus besoin de débattre d'adultère, donc, ni d'abandon, d'excès et d'injures ; pourquoi discuter encore d'infidélité ?

Malheureusement (ou heureusement) la question ne peut pas être tranchée ainsi : en effet, si les fautes énumérées par la loi ont disparu (cf. paragraphe 2)<sup>5</sup>, le thème de la fidélité reste incontournable. Il suffit de considérer qu'en dressant le catalogue des devoirs conjugaux, fidélité comprise, la loi nous explique les éléments caractéristiques du mariage que l'on ne peut éliminer ; et le mariage demeure encore « le » modèle. Le modèle, c'est-à-dire celui dont il faut forcément s'inspirer quand on envisage, comme en Italie, de reconnaître une valeur juridique à la famille « de fait » (qui mime le ménage conjugal) ; ou lorsque les rapports entre les partenaires d'un Pacs sont assimilés à ceux des personnes mariées (puisque la communauté de vie comprend une communauté de lit)<sup>6</sup> ; ou encore lorsque l'on pense étendre le mariage aux couples du même sexe : par imitation ou par opposition, toutes ces formes d'union s'inspirent du modèle matrimonial.

Dans ce modèle de référence, il faut alors le reconnaître, la fidélité joue depuis toujours un rôle symbolique inégalable. Et sa position de premier ordre parmi les autres devoirs conjugaux n'en est que la conséquence<sup>7</sup>. Bien qu'elle se plie aux circonstances et à la sensibilité du couple<sup>8</sup>, la fidélité

<sup>5</sup> Cf., pour tous, GOURDON, « La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute », thèse pour le doctorat, Université de Poitiers, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1963, p. 195 et s. et *passim*.

<sup>6</sup> Cf. Trib. Lille, ord. 5 juin 2002 ; pour plus d'informations cf. ANTONINI-COCHIN, « Le paradoxe de la fidélité », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 1, p. 25.

<sup>7</sup> La fidélité occupait la deuxième place dans le Code Pisanelli (1865) ; de même dans la version d'origine du code actuel (1942), la fidélité était située entre l'assistance et la cohabitation. Par la suite, après la réforme du droit de la famille (1975), elle a obtenu la première place, qu'elle occupe encore actuellement (art. 143, al. 2, C. civ. it.). Sur l'importance systématique de ces déplacements cf. GIACOBBE, « Il matrimonio », t. I, « L'atto e il rapporto », Utet, Turin, 2011, p. 695. En France la fidélité occupait la première place dans l'ancien art. 212 C. civ. ; à présent, le devoir de respect précède celui de fidélité (loi n° 2006-399).

<sup>8</sup> Glissant sur l'épineuse question de la nature disponible des droits conjugaux (sur laquelle cf. BALESTRA, « Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione », *Riv. diritto civile*, 2005, II, p. 277 et s. et OBERTO, « Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale », *ibid.*, 1999, II p.171 et s.), il faut remarquer que la notion de fidélité tend, quelquefois, à devenir plus malléable.

reste en effet une composante dominante du rapport matrimonial<sup>9</sup>. Une violation de ce devoir continue alors à représenter la menace la plus élémentaire mais aussi la plus essentielle pour le code éthique matrimonial ; et l'une des plus fréquemment invoquées en justice. Telle est l'impression que l'on ressent aisément en jetant un coup d'œil à la jurisprudence française en matière de divorce pour faute (article 242 Code civil français) ou bien aux jugements italiens en matière d'*addebito* de la séparation (article 151 Code civil italien) ou de responsabilité civile entre époux<sup>10</sup>.

En bref, la question de la fidélité, de l'infidélité et de l'adultère n'est pas seulement un sujet piquant pour les magazines de chronique mondaine. Il s'agit bien aussi d'un thème central pour le droit de la famille, et qui a de nombreuses répercussions juridiques.

Ceci étant, c'est surtout la fixation des bornes de l'adultère qui joue un rôle primordial, notamment l'admissibilité d'une infidélité privée de sa base physique, ce qui représentera le sujet principal de notre article : le fait de tromper le conjoint par la pensée constitue-t-il déjà une trahison ou bien seule l'action compte-t-elle ? Internet relance nécessairement le débat ; mais le dilemme qui oppose l'adultère apparent à l'adultère réel, est aussi ancien que les questions qui concernent la preuve d'un tel acte et le débat sur l'essence de la fidélité<sup>11</sup>.

## II. DE LA TRAHISON PHYSIQUE AU PLATONISME INJURIEUX

En effet, il faut prouver l'adultère ; mais avant tout il faut que l'adultère ait lieu. Tout d'abord il faut qu'intervienne le désir ; ensuite,

---

Pour cette raison, certains juges, aussi bien français qu'italiens, ont affirmé que le devoir de fidélité s'affaiblit après une longue période de séparation de fait. En Italie cf. Cass., 28 janv. 2000, n° 944, *Juris data* ; en France v. Cour d'Appel Pau, 19 nov. 2012, *Droit de la famille*, mars 2013, p. 20 (note LARRIBAU-TERNEYRE). On constate une situation analogue lorsque les juges reconnaissent un certain effet indirect aux accords qui dispensent les époux du devoir de fidélité : à ce sujet cf. encore ANTONINI-COCHIN, « Le paradoxe de la fidélité », cit. p. 23. Et encore lorsque les juges reconnaissent que le comportement libertin de l'un des époux ne constitue pas une violation du devoir de fidélité dès lors qu'il réfléchit le caractère libre du couple : Cour d'Appel Pau, 6 févr. 2006, *Droit de la famille*, sept. 2006, p. 21, avec observations de LARRIBAU-TERNEYRE *sub* n° 165 : « Libertinage et échangeisme ne sont pas adultère ! ».

<sup>9</sup> On peut donc dire que « la confection d'un mariage sans obligation de fidélité n'est guère concevable, sauf à redéfinir le mariage pour en faire autre chose » : HAUSER, « Personnes et droits de la famille », *sub* n° 9, « Une fidélité conventionnelle mais exclusive », *Rev. trim. droit civil*, avril-juin 2000, p. 296.

<sup>10</sup> En Italie il s'agit d'une nouvelle frontière pour la responsabilité civile : cf., par ex., les arrêts de cassation 1<sup>er</sup> juin 2012, n° 8862, et 15 sept. 2011, n° 18853, *Foro it.*, 2012, I, col. 2037 et s. note DE MARZO. Cf. note 90 §.7.

<sup>11</sup> À ce propos cf. F. VASSALLI, « Del « ius in corpus », del « debitum coniugale » e della servitù d'amore ovverosia la dogmatica ludicra », Bardi, Rome, 1944.

éventuellement, la tentative ; et enfin, qui sait, la consommation. Il se peut que la première démarche mène à la deuxième et la deuxième à la dernière ; mais il se peut aussi que, par insuccès ou par contrôle de soi, la démarche s'arrête avant.

La question, alors, est simple : à partir de quel moment a-t-on manqué au devoir conjugal ? À l'instant, il faudrait répondre en suivant les dogmes moraux les plus austères, s'il est vrai que « quiconque regarde une femme avec convoitise a déjà commis l'adultère avec elle, dans son cœur »<sup>12</sup>. Bien justement on pourrait objecter qu'il s'agit d'une sévérité qui se situe au-dessus des forces humaines. On devra aussi admettre, toutefois, que cette équation entre mauvaises actions et mauvaises pensées est cohérente avec ses prémisses, vu que, selon la vision théologique, le péché naît de l'âme et l'âme du pécheur est transparente aux yeux de Dieu.

Une approche laïque (et juridique) au problème du contenu de la fidélité peut alors être bien plus laxiste, allant jusqu'à conclure, prosaïquement, qu'être trahi par son conjoint est le risque calculé que quiconque accepte en se mariant, du moins dans une certaine mesure<sup>13</sup>. Toutefois, si un époux se plaint, le droit doit réagir à la violation d'un devoir ; et pour réagir, il a besoin d'apprécier des faits extérieurs.

Il y a donc une nécessaire dimension factuelle de l'infidélité ; mais cette dimension n'équivaut pas mécaniquement à une caractérisation physique de la trahison. Tout ceci peut nous étonner, mais il s'agit d'une acquisition tout à fait ancienne. À l'adultère charnel proprement dit<sup>14</sup>, en effet, l'interprétation de la jurisprudence et de la doctrine a depuis toujours associé une notion d'infidélité bien plus légère appelée, en France et en Italie, morale, sentimentale ou spirituelle, et qui, à s'en tenir aux mots, devrait indiquer un simple béguin, un flirt, tout au plus un « excès d'affection platonique »<sup>15</sup>. Un « grand » adultère et un « petit » adultère, donc<sup>16</sup>. Formellement différents, mais tous deux fautifs. Ou, pour mieux dire, tous les trois, car à côté de l'adultère physique et de l'adultère moral

<sup>12</sup> Évangile selon Matthieu, 5 : 28. Cf. GOURDON, *op. cit.* p. 106. En particulier, en discutant d'adultère *on line* et d'infidélité morale, se réfèrent à ce verset de l'Évangile : CAPOBIANCO, « *Fedeltà coniugale e nuove tecnologie informatiche* », *Quaderni diritto e politica eccles.*, 2001, p. 925; MAROTTA, « L'adultério on-line nella patologia del matrimonio – Lineamenti e interpretazioni », *Nuovo diritto*, 2003, I, p. 572.

<sup>13</sup> En jurisprudence, pour une application de cette théorie du « risque » : Trib. Rome, 17 sept. 1988, *Nuova giurispr. civile comm.*, 1989, I, p. 559, note PALETTO.

<sup>14</sup> Entendu comme *corporis traditio ad actus per se aptos ad prolis generationem*, conformément à la définition classique d'adultère selon les canonistes. Sur la notion d'adultère en droit canonique cf. BOTTA, « Adulterio e concubinato (dir. can.) », *Enciclopedia giur. Treccani*, Rome, 1988, vol. I, p. 1 et s.

<sup>15</sup> Cf. RINGEL et PUTMAN, « Droit de la famille », Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996, p. 128, qui mentionnent le « noble » exemple de Laure et de Pétrarque.

<sup>16</sup> Pour reprendre la définition de GOURDON, *op. cit.*, p. 107.

les juges ont souvent parlé d'infidélité apparente. Ni charnelle ni spirituelle, celle-ci devrait être une simple illusion d'adultère, une trahison de façade. Dénuée, toutefois, de tout fondement.

Quelle est, au contraire, la véritable signification qu'il faut donner à cette expression, surtout quand on la compare à l'infidélité morale et, plus encore, à la trahison physique, incontestable emblème<sup>17</sup> de l'infidélité ?

Une réponse instinctive suggérerait de penser à une opposition radicale. À l'apparence il faudrait alors opposer la réalité, comme l'infidélité morale s'oppose à l'infidélité physique ; et à la réalité d'une trahison physique il faudrait aujourd'hui opposer l'infidélité « virtuelle » perpétrée par Internet. Néanmoins, l'application jurisprudentielle du concept d'infidélité morale et apparente ne permet pas de représenter de manière schématique l'évolution prochaine de ces formules. D'autre part, afin de comprendre leur transmutation moderne, il faut analyser leur sens dans le passé, ce qui nous ramène tout naturellement bien avant l'époque d'Internet.

Il faut donc repartir à nouveau à l'époque des fautes énumérées par la loi. L'adultère était alors présent dans les Codes, comme on le sait ; cependant l'adultère n'était pas seul<sup>18</sup>. Soupirs langoureux, baisers volés, caresses passionnées, rendez-vous clandestins ne sont pas adultère, disait-on, car au-delà de l'adultère il existait des fautes distinctes, notamment les injures. Et la catégorie des injures incluait les autres formes d'abandon amoureux<sup>19</sup>, y compris la simple tentative d'adultère. Rien de plus linéaire donc, pour éviter de redoubler les fautes.

Au contraire, en l'analysant avec plus d'attention, il s'agissait d'une bifurcation<sup>20</sup> très imparfaite. Pour s'en convaincre il suffit de considérer une simple évidence : prouver l'adultère a été toujours une affaire terriblement compliquée. À défaut d'un aveu (peu probable) ou de la naissance d'un enfant adultérin, une trahison charnelle n'a d'autres moyens pour se révéler qu'un grand nombre de petits indices tels qu'un billet compromettant, une intimité imprudente, des effusions publiques, des rendez-vous clandestins<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> L'adultère constitue certainement la forme « la plus patente » d'infidélité : cf. BÉNABENT, « Droit civil. La famille », Litec, Paris, 1988, p. 118. « L'infidélité est d'abord dans l'adultère » écrit en effet CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 49 ; mais, malgré cette importance de l'adultère physique, il pose justement la question : l'époux blessé, délaissé, humilié pourrait-il se plaindre d'infidélités morales, de liaisons sentimentales, qui ne vont pas jusqu'à la consommation de relations charnelles ? Pour sa part MAROTTA, *op. cit.*, p. 576, traite d'un lien nécessaire entre adultère et rapport physique.

<sup>18</sup> La doctrine avait parfois tenté de considérer comme adultère « tout fait quelconque à contenu sexuel, même s'il est différent de la copulation » : cf. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi*, Giuffrè, Milan, 1966, p. 114 et p. 118. Mais le système s'opposait à une telle assimilation.

<sup>19</sup> À cet égard cf. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Utet, Turin, 1948, p. 93.

<sup>20</sup> Sur cette dichotomie de l'infidélité entre adultère et injure plus ou moins grave cf. GANGI, *Il matrimonio*, Milan, Giuffrè, 1953, p. 257.

<sup>21</sup> Cf. encore AZZOLINA, *op. cit.*, p. 46 et p. 58 ; SCARDULLA, *op. cit.*, p. 126 et s.

c'est-à-dire le même assortiment de preuves indirectes qui constituaient déjà, directement, des injures graves envers le conjoint. Résumée comme on l'a vu sous le nom d'adultère moral et parfois apparent, une telle collection de faits extérieurs manifestait à l'évidence une liaison qui n'était qu'assez rarement spirituelle et contemplative. Justement on a pu parler de présomption. Et notamment d'une présomption d'adultère<sup>22</sup>. Une fois ce point éclairci, il est évident aussi qu'il n'y avait qu'une très petite distance entre l'adultère proprement dit et cette forme d'injure, celle-ci n'étant généralement rien d'autre qu'une véritable trahison impossible à prouver<sup>23</sup>.

Tout ceci permet de marquer dès le départ l'écart qui s'ouvrirait (et qui reste perpétuellement ouvert) entre foi et droit. On voit bien là, en effet, que selon la loi, seuls les faits extérieurs sont outrageux, car l'adultère moral ne se réduit jamais à une tentation coupable des sentiments ; et il en va de même pour l'apparence d'adultère.

Un adultère apparent, à son tour, correspond seulement en partie aux principes généraux de l'apparence selon lesquels « un semblant de réalité qui n'est pas réel, produit tout de même des effets juridiques pour protéger la bonne foi des tiers »<sup>24</sup>. Trahir en apparence, selon les anciens jugements français et italiens signifiait exhiber « sans gêne » une relation avec une

---

<sup>22</sup> À propos de cette présomption d'adultère tirée d'une conduite légère ou suspecte cf. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 118. Cf. aussi NIBOYET, « L'ordre public matrimonial », L.G.D.J., Lextenso éditions, Paris, 2008, p. 109 et DESNOYER, « L'évolution de la sanction en droit de la famille », L'Harmattan, Paris, 2001, p. 119.

<sup>23</sup> Cf. NIBOYET, *op. cit.*, p. 109, qui à propos de la trahison sentimentale affirme : « Dans certains cas, l'attitude de l'époux laisse suggérer un adultère qui n'a pu être directement prouvé ». En effet cf. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 196 à propos de la valorisation des relations équivoques d'un conjoint avec un tiers, capables de rendre « extrêmement probable l'adultère, dont la preuve directe est naturellement toujours très difficile ». Cf. aussi GOURDON, *op. cit.*, p. 106, qui rappelle qu'autrefois les juges prononçaient le divorce pour injure grave « faute de mieux » quand l'adultère n'était pas prouvé, mais qu'il était certain. La position de la doctrine italienne est analogue : sur la preuve qui présume seulement l'adultère, cf. déjà AZZOLINA, *op. cit.*, p. 46 et 54 sqq.

<sup>24</sup> Sur l'apparence cf. en général, D'AMELIO, « Apparenza del diritto », in *Novissimo Digesto it.*, Utet, Turin, 1957, vol. I, t. 1, p. 714 et s. ; SACCO, « Apparenza », in *Digesto IV éd.*, Utet, Turin, 1987, vol. I, p. 359 ; CARBONE, « Il comportamento tra le parti tra apparenza e affidamento » (note Cass. It., 29 avr. 1992, n° 5063), *Giurispr. it.*, 1993, I, 1, c. 1040 et s. L'on retrouve une notion semblable d'apparence du côté français à propos de domicile apparent, mandataire apparent, capacité apparente, héritier apparent, etc. On lit dans un vieil essai de MAZEAUD, « La maxime *Error communis facit jus* », *Rev. trim. droit civil*, 1924, p. 960 : « N'est-il pas curieux de constater que [...] nous donnons à la forme le pas sur le fond, à l'apparence le pas sur la réalité ? C'est que, – et cela peut paraître paradoxal – en raison même de la complication toujours plus grande des rapports juridiques, on est de plus en plus obligé de se fier à l'apparence ; on ne peut pas aller au fond des choses ». Il faut, écrivait encore MAZEAUD en rapportant les mots de DEMOGUE, que « l'apparence raisonnable du droit produise, dans les rapports avec les tiers, les mêmes effets que le droit lui-même ». Sur la théorie de l'apparence cf. aussi RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, thèse dactyl., Paris II, 2001.

autre femme<sup>25</sup> ; mépriser avec l'amant les convenances aux yeux de l'opinion publique<sup>26</sup> ; cultiver une « intimité suspecte » avec une demoiselle<sup>27</sup> ; être habituellement « légère » en fréquentant d'autres hommes<sup>28</sup>, etc. Donc, contrairement à la théorie de l'apparence, il y avait dans la plupart des cas une correspondance parfaite entre semblant et réalité. En même temps, toutefois, la nature immatérielle de l'injure prend le dessus sur la corporéité de l'adultère, à l'intérieur du processus interprétatif qui devait vite conduire à considérer les injures à la fois comme catégorie résiduelle et comme force motrice pour évaluer toute infraction à la déontologie du mariage au-delà des fautes déjà édictées<sup>29</sup>.

Rapidement, la notion d'injure a ainsi subi une dilatation progressive. On a parlé, à ce propos, d'une « extension démesurée »<sup>30</sup>. Une extension qui a pris surtout l'aspect d'une « dématérialisation » de la faute<sup>31</sup>. Le « petit » adultère, à la fin de ce processus, changera de forme : il ne s'agit plus d'un soupçon d'adultère qui équivaut à un adultère (réel), mais plutôt d'une infidélité sans adultère qui équivaut à une humiliation pour le conjoint<sup>32</sup>. En résumé, dans ce contexte « de fautes dématérialisées », même si le manque de contacts physiques est une certitude, on arrivera bientôt à considérer que

---

<sup>25</sup> Cass. It., 18 nov. 1959, n° 3403 et Cass. It., 7 oct. 1954, n° 3372 : cf. TORRENTE et PESCATORE, *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Cassazione*, Milan, Giuffrè, 1963, sub art. 151, p. 181.

<sup>26</sup> Cour d'Appel Riom, 22 déc. 1886, *Recueil Dalloz*, 1887, II, p. 230 : même s'il n'y avait pas la preuve prouvée de l'adultère, « toutes les apparences » étaient contre la femme et elles étaient « de nature à éveiller de légitimes soupçons ».

<sup>27</sup> Cour d'Appel Besançon, 15 juin 1948, *Recueil Dalloz*, 1948, p. 526. On lit dans les motifs du jugement « que si le procès-verbal de constat ne permet pas de considérer comme rapportée avec une certitude absolue la preuve de l'adultère de S... invoqué par l'appelante, il établit pourtant suffisamment l'existence entre S... et la demoiselle H... d'une intimité suspecte et de relations revêtant un caractère injurieux à l'égard de la femme légitime ».

<sup>28</sup> Cf. aussi Cour d'Appel Toulouse, 1<sup>er</sup> août 1890, *Recueil Dalloz*, 1891, II, p. 364 : « Alors même qu'il n'est pas établi qu'une femme se soit rendue coupable d'adultère, son attitude équivoque et la légèreté habituelle de sa conduite peuvent constituer à l'égard de son mari une injure grave, de nature à faire prononcer le divorce ».

<sup>29</sup> La dilatation de la notion d'injure développera enfin un système de causes indéterminées de divorce (in France) et de séparation pour faute (en Italie) longtemps avant les réformes de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Pour la France cf. RINGEL et PUTMAN, *Droit civil*, cit. p. 156 ; cf. aussi TERRÉ et FENOUILLET, *op. cit.*, p. 413 et s. Pour l'Italie cf. GANGI, *Il matrimonio*, cit. p. 292 et s.

<sup>30</sup> DESNOYER, « L'évolution de la sanction en droit de la famille », *cit.*, p. 117.

<sup>31</sup> Sur cette « dématérialisation de la faute » DESNOYER, *op. cit.*, p. 117 et *ibidem* ultérieur renvoi à BLARY-CLEMENT, *De la faute dans le nouveau droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce*, thèse pour le doctorat, Lille II, 1989.

<sup>32</sup> Cf. GOURDON, *op. cit.*, p. 168 : « L'infidélité injurieuse comprend des faits matériels hétérogènes. Elle n'exclut pas dans certaines hypothèses l'existence de rapports sexuels ; dans d'autres cas, l'infidélité injurieuse n'a pas besoin de ceux-ci pour être constituée ». Tentative et infidélité platonique font partie de cette liste.

la fidélité peut tout de même être outragée par la recherche<sup>33</sup> (infructueuse) d'une aventure et la tentative<sup>34</sup> (manquée) d'adultère ou enfin par une relation authentiquement spirituelle. Bien que platonique<sup>35</sup>, elle demeure blâmable.

Il existe donc un fil rouge qui relie adultère, adultère moral, infidélité apparente et amour platonique, ce qui constitue en même temps une fracture profonde par rapport au passé. En suivant cette progression, l'attention se porte de plus en plus sur l'honneur blessé, et de moins en moins sur l'exclusivité sexuelle selon les schémas classiques.

Naturellement, la métamorphose de l'adultère entraîne celle du devoir de fidélité qui lui correspond. Quelles sont donc les conséquences pour la fidélité ? Une fois délivré du poids de l'adultère, le devoir s'est étendu au-delà de la simple acception physique. Il s'agit, du reste, d'une tendance plus générale qui réunit, à nouveau, les systèmes juridiques qui ont abandonné l'idée naïve selon laquelle la déontologie matrimoniale peut être définie par une liste (exhaustive) de fautes nommées avec précision. La notion de fidélité, dans ce cadre, a pu aller en toutes directions.

### III. DE LA FIDÉLITÉ À LA LOYAUTÉ

Même s'il n'existe plus une liste officielle des fautes, plusieurs appellations nouvelles de droits-devoirs conjugaux se sont répandues dans le but d'embrasser une morale « plus large »<sup>36</sup>, surtout en ce qui concerne la dimension spirituelle du couple.

« Assister moralement le conjoint », par exemple, n'est que l'une des nouvelles formules dont l'article 143 du Code civil italien s'est enrichi au moment où le législateur italien a abrogé la vieille séparation pour faute. « Respecter l'époux », comme on l'a vu (*supra*, note 7), est l'obligation que le législateur français a dernièrement ajoutée à l'article 212 du Code civil. Ces greffes législatives représentent à leur tour ce qui émerge d'une

---

<sup>33</sup> La recherche d'une aventure – écrivait AZZOLINA, *op. cit.*, p. 93 – est déjà une grave offense à la dignité et à l'amour propre du conjoint.

<sup>34</sup> Parmi les auteurs contemporains cf. TERRÉ et FENOUILLET, *op. cit.*, p. 344, qui rappellent que le devoir de fidélité peut être violé « non seulement par un adultère consommé, mais encore par une tentative d'adultère ou par une conduite licencieuse ou légère ».

<sup>35</sup> En faveur du caractère fautif d'une liaison purement épistolaire et platonique cf., par exemple, Trib. Voghera, 6 déc. 1919 ; Cour d'Appel Turin, 25 juill. 1934 ; Cour d'Appel Palerme, 28 févr. 1935 ; Cass. It., 25 févr. 1937 et 21 mars 1939 (in AZZOLINA, *op. cit.*, p. 93, note 1) et, dans la doctrine antérieure à la réforme du droit de la famille, cf. en particulier SCARDULLA, *op. cit.*, p. 116 et p. 171 et s. Dans la jurisprudence française, à propos de l'entretien d'une correspondance suspecte, cf. l'arrêt de Cassation 31 oct. 1962 cité par BÉNABENT, *Droit civil*, cit., p. 196 (note 21).

<sup>36</sup> RINGEL et PUTMAN, *op. cit.*, p. 158.

tendance que la jurisprudence et la doctrine ont expérimentée pour expliquer les droits-devoirs matrimoniaux en se servant d'expressions aux contours beaucoup plus flous que l'ancien lexique du droit familial<sup>37</sup>. Honneur et dignité<sup>38</sup>, solidarité et devoir de se conduire correctement<sup>39</sup>, et puis encore devoir de douceur, de convivialité, de sincérité ont été, dans ce contexte, les formules<sup>40</sup> qui ont fait parfois leur apparition sur la scène de l'interprétation ; et parmi elles, le droit - devoir, assez multiforme, de la loyauté conjugale est souvent apparu.

En effet, la loyauté, qui serait une sorte d'« application mêlée du devoir de fidélité et du devoir de respect mutuel »<sup>41</sup> représente une formule tellement vague qu'elle pourrait bien résumer, voire même dépasser, la plupart des obligations qui découlent du mariage<sup>42</sup>.

Cette dilatation s'est manifestée, par exemple, lorsque les juges français ont considéré comme acte « déloyal » et fautif aussi bien les actions postérieures au mariage, qui vont bien au-delà du strict périmètre des obligations du ménage (par exemple un acte malhonnête de concurrence commerciale envers le conjoint)<sup>43</sup>, que la dissimulation de certains faits précédant le mariage mais passés sous silence puisque l'époux avait honte de les communiquer (par exemple, toxicodépendance<sup>44</sup> ou impuissance<sup>45</sup>).

Rappelons que les juges italiens aussi ont évoqué la loyauté en abordant la question du dédommagement en cas de dissimulation, avant le mariage, de l'incapacité *coeundi* du fiancé ; dissimulation qui avait conduit la fiancée à célébrer une union qu'elle aurait refusée autrement. On peut dire alors qu'il existe, comme l'a affirmé la Cour de Cassation en cette occasion, des devoirs dont l'intensité se reflète sur les rapports entre les parties pendant la

---

<sup>37</sup> Sur ces devoirs « innommés » ou « implicites » du mariage cf. par ex. DESNOYER, *op. cit.*, p. 119 ; BÉNABENT, *op. cit.*, p. 197 et s. ; FERRANDO *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologne, 2013, p. 84.

<sup>38</sup> Cf. par ex. TERRÉ et FENOUILLET, *op. cit.*, p. 467.

<sup>39</sup> Cf. Cass. It., 10 mai 2005, n° 9801, *Famiglia e dir.*, 2005, p. 365, notes SESTA et FACCI.

<sup>40</sup> Sur ces formules (devoir de douceur ; devoir de convivialité ; devoir de respecter la santé ; devoir de loyauté et de sincérité avant et pendant le mariage ; devoir de respecter des convictions et traditions familiales...) cf. encore RINGEL et PUTMAN, *op. cit.*, p. 158.

<sup>41</sup> Selon SERRA et WILLIATTE-PELLITTERI, « Droit du divorce janvier 2007 – décembre 2007 », panorama, *Recueil Dalloz*, 2008, n° 12, p. 807.

<sup>42</sup> Loyauté, égalité et solidarité sont, selon FERRANDO, *op. loc. ult. cit.*, les principes généraux qu'il faut considérer pour isoler le contenu des devoirs conjugaux.

<sup>43</sup> Cass. Fr., 17 oct. 2007, n° 06-20701, *Droit de la famille*, nov. 2007, p. 24, observations de LARRIBAU-TERNEYRE. Sur ce sujet cf. aussi BLARY-CLÉMENT, « Loyauté commerciale, loyauté conjugale », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 14, p. 961 sqq. Encore en matière de manquement au devoir de loyauté, mais à propos d'une question plus directement relative aux rapports qui découlent du mariage, cf. Cour d'Appel Nîmes, 21 mars 2007, *Recueil Dalloz*, 2007, n° 36, p. 2587, note LAMOUREUX ; il s'agissait en l'espèce de la conception d'un enfant à l'insu et en dépit de l'opposition manifestée par le mari.

<sup>44</sup> Cf. la jurisprudence rappelée par RINGEL et PUTMAN, *op. cit.*, p. 158, note n° 461.

<sup>45</sup> Cf. les arrêts mentionnés par TERRÉ et FENOUILLET, *op. cit.*, p. 468, note n° 3.

phase qui précède le mariage, en leur imposant « un devoir de loyauté [...] qui se traduit aussi par une obligation de communiquer toute circonstance relative à leur état de santé et tout ce qui pourrait compromettre la communion matérielle et spirituelle à laquelle le mariage les destine »<sup>46</sup>.

Il est donc évident, au vu de ce qui précède, qu'un mouvement inéluctable et constant vise à éviter une lecture sclérosée des obligations conjugales : la jurisprudence ajoute sans cesse de nouvelles formulations aux devoirs les plus traditionnels. Surtout, suivant l'évolution des mœurs et le principe de dilatation autrefois appliqué aux injures, la loyauté donne à tous les devoirs, notamment à celui de fidélité, une coloration moins matérielle. En ce sens, il devient de plus en plus fondamental de considérer aussi un aspect d'ordre purement « intellectuel » : on pourra parler d'injure grave selon l'ancienne « nomenclature », ou bien de liaison déloyale selon un lexique familial au goût du jour, mais il reste qu'une infidélité peut être fautive sans que la relation contienne pour autant une partie physique, comme l'avait déjà décidé la Cour d'appel de Paris il y a quelques années<sup>47</sup>. Et la Cour de cassation italienne s'est exprimée récemment de la même façon en rapprochant les notions de fidélité et de loyauté jusqu'à les fondre : être infidèle signifie bien sûr entretenir une relation sexuelle avec un tiers, mais cela signifie aussi trahir la confiance de l'époux, car « la notion de fidélité se rapproche de celle de loyauté, qui impose de sacrifier ses désirs et ses choix individuels lorsqu'ils entrent en conflit avec les engagements et les perspectives du mariage »<sup>48</sup>.

Tout ceci permet-il de considérer comme fautive une infidélité qui est non seulement platonique mais également dématérialisée ? D'une manière générale, la question est de savoir s'il existe un niveau minimal au-dessous duquel il est impossible d'être infidèle. Ou mieux : s'il faut avoir un

<sup>46</sup> Cass. It., 10 mai 2005, n° 9801, cit.

<sup>47</sup> Cour d'Appel Paris, 13 févr. 1986, *Gazette du Palais*, 1986, 1<sup>er</sup> sem. p. 216, note J.-G. M. Cf. à ce propos NIBOYET, *op. cit.*, p. 109. Cf. aussi RINGEL et PUTMAN, *op. cit.*, p. 158 : « si le droit refuse alors de passer l'éponge, c'est qu'un platonisme durable peut avoir plus d'incidence sur la vie commune qu'une aventure passagère ». Pour l'Italie cf., par exemple, SCARSO, « Il dovere di fedeltà coniugale », *Famiglia, Persone e Successioni*, 2005, p. 245.

<sup>48</sup> Cass. It., 11 juin 2008, n° 15557, *Nuova giurispr. civile comm.*, 2008, I, p. 1286. Sur l'évolution de la notion de fidélité et le passage de l'exclusivité sexuelle à la loyauté : ROMA, « Fedeltà coniugale, nova et vetera nella giurisprudenza della Cassazione », *Nuova giurispr. civile comm.*, 2008, I, p. 1288 et s. ; BUSNELLI, « Il dovere di fedeltà coniugale, oggi », *Giurispr. it.*, 1975, IV, p. 129 sqq. ; TOMMASINI, *sub art.* 143, in *Commentario del codice civile* sous la direction de GABRIELLI, Utet, Turin, 2010, p. 426 et s. ; DE MICHEL, « Violazione del dovere di fedeltà e separazione personale dei coniugi », *Famiglia e dir.*, 2000, p. 131 et s. ; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, Giuffrè, Milan, 2012, p. 61 et s. ; RUSCELLO, « "Appartenenza" e "amore". La fedeltà coniugale tra sacre scritture e codice civile », *Dir. famiglia*, 2011, p. 286 et s. ; SCARANO, « Crisi coniugale e obbligo di fedeltà », *Famiglia e dir.*, 2007, p. 253 et s. ; SCARSO, « Il dovere di fedeltà coniugale », *cit.*, p. 242 et s. ; ZATTI, « I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi », Utet, Turin, 1996, p. 36 et s.

minimum de connaissance, d'intimité, de proximité, d'affinité interpersonnelle ; en un mot : de réalité. Naturellement, l'analyse qui a été menée sur l'évolution du concept de fidélité suggère déjà quelques solutions. Ces dernières, toutefois, supposent une autre question : qu'est-ce que l'infidélité virtuelle ?

#### IV. DES DIFFÉRENTES FORMES D'INFIDÉLITE VIRTUELLE

Si, déjà, la notion d'infidélité est floue<sup>49</sup>, celle d'une infidélité qui se consomme dans l'espace virtuel l'est encore davantage. Il faut ajouter que l'on a tendance à regrouper sous cette appellation des cas assez différents. Le seul moyen pour les considérer dans leur ensemble est de parler alors, de façon générale, d'infidélités qui « se véhiculent » au travers des nouvelles technologies. Toutefois, si l'on simplifie, il est possible d'identifier trois degrés, dont seul le dernier concrétise une virtualisation véritable et complète de l'infidélité.

1) En premier lieu, il y a les cas où l'infidélité utilise seulement la technologie mais ne change pas (ou pas nécessairement) son ontologie. Par exemple : la recherche par ordinateur d'une relation sur un site de rencontres, suivie éventuellement d'un rendez-vous clandestin<sup>50</sup> ; ou, plus simplement encore, pensons à deux amants qui par courriel ou sur une casquette s'échangent sans cesse des messages doux et des phrases sucrées<sup>51</sup>.

Les nouvelles technologies informatiques occupent dans tous ces cas, qui restent les plus fréquents, une place éminemment probatoire grâce aux nombreuses traces laissées par les utilisateurs (sur le disque dur de l'ordinateur, sur la messagerie électronique, sur une page *Facebook*, etc.). *A posteriori* ces traces pourront servir à démontrer une liaison infidèle ; mais, vu qu'elle maintient sa nature traditionnelle et son cadre juridique et interprétatif, elle ne subit pas de contrecoups significatifs.

2) Internet peut néanmoins changer la nature de l'infidélité lorsqu'il devient l'instrument exclusif que les amants utilisent pour flirter : ceci est le deuxième niveau. Tous les deux surfent sur le web ; ils se rencontrent tout à

---

<sup>49</sup> Sur le caractère désormais « fuyant et vague » du devoir de fidélité : GIACOBBE, *op. cit.*, p. 700.

<sup>50</sup> Quelques-uns de ces sites aident la recherche en signalant, parmi les contacts potentiels, les plus proches du lieu où se trouve l'ordinateur.

<sup>51</sup> Par exemple : « ... avec toi il y a une autre dimension. C'est d'ailleurs assez extraordinaire, tu me réponds toujours et le contenu de ces réponses ne me déçoit jamais. C'est comme une caresse éthérée, un souffle d'air lorsqu'il fait très chaud ». Ainsi écrivait par voie électronique une femme à un ami, admettant une « attirance », mais « purement intellectuelle ». Néanmoins, cela n'a pas empêché les juges de prononcer un divorce aux torts partagés : cf. Cass. Fr., 11 sept. 2013, n° 12-18569. Source : DILA, consulté le 5 déc. 2014, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

coup ; ils échangent photos et confidences par Internet ; ils vivent leur histoire et deviennent intimes dans une sorte de « ménage virtuel »<sup>52</sup>. Naturellement il existe beaucoup de situations et de nuances différentes ; mais, sous sa forme la plus simple, cette typologie de liaison repousse *a priori* et sans regret l'éventualité d'une rencontre corporelle. On peut penser, en effet, que jouer un rôle sentimental à une distance respectueuse remplace parfois le plaisir d'un contact physique. Une telle infidélité, en perdant sa dimension corporelle, possède encore sa dimension relationnelle : quoiqu'il soit distant, il y a toujours quelqu'un d'autre qui se place avant le conjoint « sur le plan de la pensée »<sup>53</sup>.

Vu son caractère bilatéral, et mis à part la modernité extrême du moyen employé, l'attachement qui se déroule à distance sur le web s'inscrit sans effort dans la noble catégorie de l'amour platonique : on pourrait alors parler d'amour « plato-électro-nique », mais lorsqu'il rend intolérable la poursuite de la vie commune, il n'y a aucune raison pour ne pas y voir un acte déloyal, cause de divorce pour faute ou de séparation avec *addebito*.

3) Réellement... irréelle, pour faire un jeu de mots, est enfin l'infidélité consommée sur le web : en ce cas, le conjoint n'engage aucune véritable liaison avec des tiers, ni corporelle, ni platonique, et l'infidélité devient authentiquement virtuelle.

En réalité, il est possible que, derrière l'écran, une personne en chair et en os existe : un corps anonyme, masqué derrière un pseudo, qui, de quelque coin de la terre, se déshabille devant sa webcam et puis demande à celui qui regarde d'en faire autant. Peut-être arrive-t-on ainsi à une virtualisation extrême : par exemple lorsque deux personnes partagent des vidéos, des contenus multimédias et même des images créées avec des techniques graphiques dont la qualité est telle que des situations qui ne sont pas réelles semblent presque palpables. À toute fin utile, le point fondamental est que la dimension relationnelle et bilatérale de la trahison résulte complètement brisée : le conjoint « infidèle » reste finalement seul avec ses rêveries.

Sans aucun doute, tous ces exemples montrent que, en suivant cette voie, l'idée même de trahison se dénature. Le cliché de l'adultère, en effet, est lié depuis toujours et de manière indissociable à l'image d'un tiers. À la *présence* d'un tiers : pour être exact, l'époux infidèle se donne à ce tiers.

---

<sup>52</sup> Pour reprendre l'expression qu'on lit dans la lettre semi-sérieuse et « futuriste » écrite par MURAT, « Droit de la famille 2030 ... », publiée en *Droit de la famille* janv. 2008, *Repère* « Ma femme exagère ! Elle passe tout son temps dans le monde virtuel. Certes, c'est l'époque qui veut cela, mais tout de même : elle s'est amourachée d'un type sur « Deuxième vie » ; je pense qu'elle a une relation cybersexuelle avec lui et, en tout cas, vu le nombre d'heures qu'elle passe devant l'écran, on peut dire qu'elle vit en ménage virtuel avec lui ».

<sup>53</sup> Pour reprendre l'expression de la Cour d'Appel de Paris, 13 févr. 1986, cit. concernant une femme mariée qui avait « cédé à l'ascendant » d'un autre homme – notamment un archevêque – jusqu'à se détacher graduellement de son mari.

Considérons que les mots mêmes le disent : *trahir* (en français), *tradire* (en italien), *tradere* (en latin), c'est-à-dire donner, passer, transmettre ; adultère, *adulterio*, *adulterium*, c'est-à-dire aller *ad-alterum* « à un autre »<sup>54</sup>. Hormis l'hypothèse d'un rendez-vous physique qui suit la rencontre sur le web, l'infidélité que nous avons étiquetée comme « authentiquement virtuelle » comporte une espèce d'adultère « unilatéral » : est-il encore fautif ? Au demeurant, si l'on envisageait la question uniquement sous l'aspect évocatoire de la loyauté ou sous la force d'inertie des injures graves, la réponse serait positive.

Il faut considérer, du reste, l'éventualité d'un argument *a contrario* : on n'a jamais douté que le viol de l'épouse ne constitue aucunement un adultère<sup>55</sup> ; il y a bien union des corps, mais l'intention d'avoir un rapport sexuel ainsi que celle de trahir le conjoint manquent. Naturellement il s'agit d'un cas très particulier, qui souligne cependant que la dimension spirituelle de l'infidélité prévaut parfois sur les faits concrets. Et alors, si l'on inversait le discours, ne pourrait-on déclarer que l'intention manifeste de trahir virtuellement suffit, même à défaut d'une liaison réelle ?

Sur le plan du droit positif, en effet, quelques indicateurs montrent la tendance du système juridique à prêter attention aux mauvaises actions commises dans le milieu virtuel<sup>56</sup> ; et l'exemple le plus évident concerne la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants qui se propage à travers l'utilisation des nouvelles technologies informatiques. Il s'agit, en particulier, des principes posés par la directive 2011/93/UE du 13 décembre 2011 qui considère également sous le nom de « pédopornographie » les images d'un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, ce que prévoyait déjà la précédente décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil. Textuellement, la directive envisage aussi les images réalistes<sup>57</sup>, pas

<sup>54</sup> Cf. *sub* « adultero » in PIANIGIANI, « Vocabolario etimologico della lingua italiana » (on line: [www.etimo.it](http://www.etimo.it)). Sur l'étymologie du mot adultère qui remonte à l'expression latine *ad alterius thorum*, *ad alterius uterum*, mais aussi au verbe *adulterare* (corrompre) – cf. AZZOLINA, *op. cit.*, p. 42. Cf. aussi GIACOBBE, *op. cit.*, p. 695, qui se réfère à la version *ad alterum ire*. Vice-versa, sur l'étymologie du mot fidélité cf. SANTORO PASSARELLI, « Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio », in *Commentario al diritto italiano della famiglia* sous la direction de CIAN, OPPO et TRABUCCHI, Cedam, Padoue, 1992, vol. II, p. 507. Cf. aussi SANTOSUOSSO, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Turin, 2011, p. 392.

<sup>55</sup> Cf. RINGEL et PUTMAN, *op. cit.*, p. 157 et la jurisprudence mentionnée à la note 442. Point pacifique : cf. aussi AZZOLINA, *op. cit.*, p. 53 et SCARDULLA, *op. cit.*, p. 114.

<sup>56</sup> Cf., en général, la monographie appréciable de DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio nella separazione e nel divorzio. Cause e contenuti dell'addebito nella separazione*, Cedam, Padoue, 2003.

<sup>57</sup> Selon l'art. 2 de la directive 2011/93/UE, on entend par pédopornographie aussi « c) – iv) des images réalistes d'un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite ou des images réalistes des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles ». Encore plus directement, l'art. 1 de la décision-cadre 2004/68/JAI se réfère à : « b) - iii) des images réalistes d'un enfant qui n'existe pas... ».

nécessairement réelles, comme en témoigne le nouvel article du Code pénal italien punissant le délit de pédopornographie virtuelle, c'est-à-dire la réalisation, la distribution et la détention d'images graphiquement élaborées au point qu'elles font apparaître « *come vere situazioni non reali* » (article 600 - *quater* 1)<sup>58</sup>.

Une telle assimilation entre réalité et apparence n'est évidemment pas exportable telle quelle du plan pénal de la protection des enfants au plan civil de la fidélité conjugale. Il faudrait mieux souligner, dans ce cas, l'importance des équilibres que les réformes qui se sont succédé dans le temps sur la réglementation de la faute ont modifiés. Grâce à la disparition de la liste des fautes conjugales, aujourd'hui ne survit que la liste des devoirs matrimoniaux, comme on l'a déjà vu. Néanmoins, les listes parallèles des obligations et des fautes étaient nées autrefois pour se compléter mutuellement sur le plan civil. On pouvait en outre, à l'époque de cette double liste, associer sur le plan pénal les devoirs et les manquements entre époux aux délits posés pour protéger la « morale familiale ».

Raisonnablement, l'adultère étant à cette époque un délit, il fallait bien l'ancrer aussi à un événement extérieur, pour ne pas le définir d'une façon dangereusement vague. Et pour permettre de distinguer ce qu'il faut bien différencier sur le plan pénal, c'est-à-dire la tentative de consommation du délit réellement exécuté. Si infidélité = adultère, alors adultère = trahison accomplie et physique : l'équation devenait simple<sup>59</sup>.

L'analyse tracée dans les paragraphes 1 et 2 a démontré toutefois que, longtemps avant les réformes de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle et du nouveau millénaire, on était déjà parvenus à considérer une double notion d'atteinte à la fidélité. Après s'être contentés d'un premier concept très « charnel », l'interprétation de la jurisprudence et de la doctrine avait alors ajouté une typologie moins matérielle et plus impalpable. Ceci permettait de frapper à la fois les infidélités trop difficiles à démontrer et les actions trop injurieuses pour passer inaperçues. La double dimension de l'infidélité, et

<sup>58</sup> Article introduit par la loi du 6 févr. 2006, n° 38. Cf. l'analyse par CATERINA, « La disciplina della pornografia minorile virtuale », in *Pedoparafilie : prospettive psicologiche, forensi, psichiatriche*, sous la direction de CASONATO et PFÄFFLIN, Milan, F. Angeli, 2009, p. 59 et s. Cf. aussi RAFFAELLI, « La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. n° 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica », *Cass. penale*, 2009, p. 781 sqq. En France cf. l'art. 227-23 C. pén., punissant le fait de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur en vue de sa diffusion, lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique. En particulier, « Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques ». Pour une comparaison entre les systèmes italien et français sur ce sujet cf. MACIOTTI, « Il contrasto alla pedopornografia online : esperienze italiane e francesi a confronto », *Riv. Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. V, n° 1, janv. - avr. 2011, p. 81 et s.

<sup>59</sup> Cf. par ex. GOURDON, *op. cit.*, p. 155 : « au délit matrimonial d'adultère correspond le devoir de fidélité ».

partant, l'infidélité immatérielle sont ainsi entrées, au cours des années et par inertie (un crypto-type ?)<sup>60</sup>, dans le droit vivant actuel, comme le démontre la jurisprudence citée sur l'amour platonique et sur la fidélité-loyauté (*retro*, par. 3).

En conclusion : du fait que l'adultère n'est plus un délit<sup>61</sup> et que la nécessité de choisir entre adultère, injure, excès, etc. n'existe plus, je pense qu'on pourrait considérer dans tous les cas de figure l'infidélité tout court. Finalement affranchie de sa symbiose avec la corporéité de l'adultère, l'infidélité pourrait remplacer les injures qui ont disparu, et assumer ainsi une signification de plus en plus morale ; donc, si être fidèle signifie s'abstenir de toute action qui risque « d'exciter avec raison la jalousie du conjoint »<sup>62</sup>, même une télé-infidélité, la plus virtuelle qui existe, pourrait suffire.

## V. LE RISQUE D'UN EXCÈS DE SUBJECTIVISME ?

La vocation du principe de fidélité est donc celle de dépasser les limites de l'adultère physique. Il s'agit d'un processus qui vient de loin, comme nous l'avons vu. Et il s'agit d'un processus qui aujourd'hui s'inscrit dans la tendance à valoriser les aspects spirituels de la vie conjugale. À ce sujet, il faut remarquer surtout la tendance à s'éloigner d'une évaluation abstraite, froide et objective des fautes conjugales en appréciant ce qui est réellement perçu comme intolérable dans le cas concret et selon le point de vue de chaque conjoint. Dans le système français une telle tendance émerge, en général, avec la suppression des causes péremptoires de divorce (comme l'était l'adultère). Elle ressort encore de l'article 242 du Code civil qui exige des faits qui « rendent intolérable » pour l'époux « le maintien de la vie commune ». Mais la même règle, dans le silence de la loi, est appliquée en Italie grâce à l'article 151 du Code civil à propos de l'*addebito* : le manquement aux devoirs du mariage, affirment les juges, s'apprécie uniquement s'il rend intolérable le maintien de la vie commune<sup>63</sup> ; et s'il la rend intolérable à l'aune unilatérale et subjective du conjoint<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Sur le crypto-type, règle non verbalisée qui peut néanmoins conditionner de façon significative l'application du droit cf., pour tous, SACCO, « Crittotipo », in *Digesto IV éd.*, Turin, Utet, 1989, vol. V, p. 39 sqq.

<sup>61</sup> Sans le « spectre » du délit – relève en effet GIACOBBE, *op. cit.*, p. 700 – la notion d'infidélité s'est répandue dans toutes les directions.

<sup>62</sup> Pour reprendre la définition d'un ancien manuel de droit canonique : ZETTA, « Il matrimonio contratto naturale, sacramentale, giuridico secondo il Nuovo Codice di Diritto Canonico », Turin-Rome, Marietti, 1920, p. 189.

<sup>63</sup> Pour cette raison, le divorce peut être refusé lorsqu'il résulte, par exemple, que les violations reprochées sont une conséquence de la rupture du rapport affectif entre les époux. En effet, selon un principe plusieurs fois répété par les juges du droit italiens, « la violation de la fidélité

Il faut donc admettre qu'il n'existe plus un abandon identique à un autre abandon, ou un acte irrespectueux identique à une autre violation du devoir de respect. Surtout, il n'existe plus une infidélité qui répond aux mêmes principes, car il faut analyser la sensibilité des époux, l'éthique individuelle qu'ils pratiquent dans le mariage et notamment l'attitude désinhibée et libre du couple. En revanche, même un acte déloyal objectivement léger peut être considéré subjectivement assez grave par rapport aux dynamiques internes de la famille. Nécessairement, il faut alors conclure que si l'infidélité se définit comme tout acte déloyal qui détruit la confiance entre époux, il est désormais inutile d'effectuer une classification sur la base du moyen utilisé : on peut donc blâmer non seulement l'adultère traditionnel, mais aussi une infidélité virtuelle si elle a pour effet de rendre intolérable la vie commune.

Valoriser de manière excessive la dimension spirituelle de l'infidélité présente toutefois le risque d'une dérive sans contrôle vers un système ambigu, dans lequel la déloyauté est perçue de manière subjective uniquement, donc difficile à prouver mais facile à invoquer sous un prétexte quelconque<sup>65</sup>. À quoi bon, alors, admettre un tel système, dangereux et peu fiable, puisque une notion d'infidélité spirituelle, trop imprécise et infiniment extensible échappe à toute possibilité de contrôle critique de l'action des juges et des valeurs en jeu ? D'une manière générale, le doute est légitime mais n'a pas lieu d'être, car une simple aversion subjective et même une idiosyncrasie envers le conjoint pourra être appréciée par les juges afin d'estimer si la vie commune est réellement devenue intolérable, sans pour autant prononcer l'*addebito* ou le divorce pour faute. Il convient de signaler que les juges ont l'habitude, bien rodée désormais, de manier un catalogue élastique des fautes conjugales (il suffit de penser à l'ancienne panoplie des « excès », des « injures » etc.) et qu'ils aiment disposer d'un lexique flou et facilement adaptable à propos des devoirs et donc de leur violation, lexique qu'ils contribuent incessamment à reformuler (la loyauté/déloyauté en est un exemple). Certes, il est vrai que cette élasticité peut poser le problème de la preuve ; mais il faut aussi reconnaître qu'une infidélité virtuelle n'est pas « muette » ou « invisible », car elle peut laisser

---

conjugale peut conduire à l'*addebito* lorsque elle rend intolérable le maintien de la vie commune », mais elle est insignifiante, par rapport à la situation concrète du couple, si une telle infidélité « arrive après » et « donc dans un contexte de dissolution de la communion matérielle et spirituelle » déjà gravement compromise (cf., par ex., Cass. It., 11 déc. 2013, n° 27730 ; précédemment : Cass. It., n° 9074/2011 ; n° 25618/2007 ; n° 2130/2001 ; n° 10742/1998).

<sup>64</sup> Sur ce sujet : Cass. It., 9 oct. 2007, n° 21099 et LENTI, « Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza : la Cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative », *Nuova giurispr. civile comm.*, 2008, I, p. 523 sqq.

<sup>65</sup> Sur le risque d'une relativisation excessive : CONTE, « I rapporti personali » in *Il nuovo diritto di famiglia* sous la direction de FERRANDO, vol. II, Bologne, Zanichelli, 2007, p. 62.

plus de traces (électroniques) qu'une infidélité ordinaire ; et que ces traces donnent une consistance à la déloyauté du conjoint. Il en résultera, alors, que l'autre époux aura la charge d'une telle preuve, et ne pourra pas agir par simple caprice en alléguant une trahison virtuelle qu'il ne pourra pas démontrer. L'article 242 du Code civil français aussi, qui exige une violation « grave ou renouvelée » des devoirs matrimoniaux, pose déjà un filtre. Et un filtre ultérieur découle encore du lien de causalité, car une déloyauté dans le monde virtuel peut être négligeable – aux fins de l'*addebito* par exemple – si elle n'a pas produit la rupture du couple comme l'aurait fait une infidélité réelle.

Réelle ou virtuelle qu'elle soit, la déloyauté commise avec les nouvelles technologies informatiques paraîtrait donc mériter le même traitement aux mêmes conditions (c'est-à-dire être un acte qui détruit la confiance du conjoint et empêche la continuation de la vie commune), en méritant la même appellation d'infidélité.

En principe, comme on le verra dans le paragraphe suivant, la jurisprudence était encline à cette solution, d'un côté comme de l'autre des Alpes. Surtout du côté italien, toutefois, le feu mal éteint du vieux cryptotype du platonisme injurieux couve encore sous la cendre...

## VI. L'APPROCHE DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE ET LE PROBLÈME DE LA PREUVE

Toute une série de jugements permettent désormais d'esquisser l'approche des juges au problème de l'infidélité virtuelle : autant en France qu'en Italie, en effet, la jurisprudence doit traiter depuis quelques années les trahisons perpétrées dans l'espace virtuel, ou tout au moins avec la « complicité » des nouvelles technologies. En général, les différents cas jugés sont presque tous liés à l'infidélité qui utilise Internet dans une relation plus traditionnelle ou comme instrument pour flirter (cf. par. 4, n° 1 et 2) : le conjoint utilise un site de rencontre à la recherche d'une aventure ; ou bien il ne cherche pas un autre amour, mais un dérivatif à la monotonie du mariage ; parfois, au contraire, il a déjà trouvé un nouvel amour et l'annonce publiquement ; ou encore, l'internaute navigue sans répit parmi les sites pornographiques, etc. Jusqu'ici, il faut le dire, le profil de personnages qui ont défilé dans les procès n'a étonné personne.

Une analyse de l'action des juges français met en évidence une approche plutôt pragmatique<sup>66</sup>. Sans éprouver le besoin de se questionner

---

<sup>66</sup> Pour une vue d'ensemble et quelques renseignements essentiels cf. DUPEROY, « Infidélité virtuelle, adultère réel : la preuve numérique dans le divorce pour faute », sur le site [www.village-justice.com](http://www.village-justice.com).

sur la quintessence de la fidélité, et en cohérence avec les précédents jugements sur l'infidélité intellectuelle, ils admettent qu'une infidélité morale, prouvée par exemple par des courriels échangés avec une femme connue sur un site Internet, peut constituer une violation de la fidélité entre époux<sup>67</sup>. Quoique mariée avec un homme autoritaire et agressif, comme l'ont établi les juges dans une autre décision, l'épouse qui entretient des « correspondances intimes » et envoie des photos « compromettantes » mérite aussi que le divorce soit prononcé aux torts partagés<sup>68</sup>. Un tel partage des responsabilités est encore justifié, lit-on encore, lorsque les torts de l'épouse se croisent avec les violences du mari et son habitude « injurieuse » de fréquenter assidûment des sites de rencontres pornographiques<sup>69</sup>. Et enfin, une relation extraconjugale divulguée « sans pudeur » sur sa page *Facebook* par une femme mariée (qui, dans une photo, embrasse sa nouvelle flamme avec, en légende, des déclarations d'amour) constitue aussi une violation grave des devoirs matrimoniaux ; et si le mari est violent et infidèle à son tour, bien évidemment les juges opteront là encore pour un divorce aux torts partagés<sup>70</sup>.

Au-delà d'un appel explicite au devoir de fidélité, plus ou moins direct selon les jugements, il est important de souligner que tous ces cas sont apparus dès le début comme étant en contradiction avec la dimension éthique du mariage. S'agissant de la preuve, les juges français ont plutôt concentré leur attention sur la nécessité de la tempérer avec le principe du respect de la vie privée du conjoint<sup>71</sup>. En vérité, dans certaines occasions c'est le sujet même qui rend ses liaisons publiques. Nul doute, par exemple, qu'il est possible d'exhiber, dans une procédure de divorce pour faute, le matériel qui a été publié au niveau mondial sur les réseaux sociaux publics<sup>72</sup>, à condition, naturellement, que le contenu de la page ne soit ni piraté ni altéré<sup>73</sup> ; mais qu'en est-il des autres données ?

---

<sup>67</sup> Cour d'Appel Toulouse, 7 nov. 2006, *Droit de la famille*, mai 2007, p. 58, note LARRIBAU-TERNEYRE *sub* n° 106, « Les aléas de la preuve extraite de l'ordinateur du conjoint ». Les courriels prouvaient la correspondance d'un mari avec une femme rencontrée par le biais d'une inscription à un club de rencontre sur Internet ; correspondance dans laquelle l'homme évoquait sa « séparation de corps et d'esprit » avec son épouse et donc sa volonté de rencontrer une autre femme pour partager une relation « de qualité ».

<sup>68</sup> Cour d'Appel Lyon, 7 févr. 2011. Source : DILA, consulté le 9 janv. 2014, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>69</sup> Cour d'Appel Paris, 19 déc. 2007. Source : DILA, consulté le 9 janv. 2014, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>70</sup> Cour d'Appel Douai, 28 févr. 2013, *Droit de la famille*, juin 2013, p. 20 et s., avec note par BINET, qui analyse la preuve de l'adultère rapportée grâce aux pages *Facebook* du conjoint volage dans le contentieux du divorce.

<sup>71</sup> Le respect qui est dû à « chacun » (art. 9 C. civ. fr.) est donc opposable, dans une certaine mesure, à l'époux.

<sup>72</sup> Cf. BINET, *Droit de la famille*, juin 2013, *sub* n° 83, « La preuve de l'adultère rapportée grâce aux pages Facebook du conjoint volage : le social network s'invite dans le contentieux du

Jalousement cachées, celles-ci se trouvent habituellement dans la mémoire de l'ordinateur personnel du conjoint qui, le plus souvent, devient « une boîte à informations et à secrets assez extraordinaire »<sup>74</sup> et un véritable « miroir de la personne »<sup>75</sup>.

Ouvrir cette « boîte » n'est pas impossible. La règle, en effet, est qu'en matière de divorce « la preuve se fait par tout moyen » (article 259 du Code civil français)<sup>76</sup> ; l'exception est que le juge peut écarter des débats les éléments de preuve obtenus avec violence ou fraude (article 259-1). Il en résulte, selon l'application de la jurisprudence, que produire les courriels du conjoint peut parfois constituer une ingérence dans la vie privée acceptable si cela permet de démontrer l'infidélité<sup>77</sup> ; et que la preuve de la faute, pour citer un autre exemple, peut provenir de l'analyse de l'ordinateur placé dans la chambre du mari, lorsque dans le disque dur demeurent les traces de la consultation de sites pornographiques gays<sup>78</sup>. Vu que ces preuves sont recevables « en l'absence de preuve » (ou mieux : de contre-preuve) « de violence ou de fraude »<sup>79</sup> il en découle qu'il appartient au conjoint accusé de démontrer que les documents en question ont été obtenus de manière frauduleuse<sup>80</sup>. Et il en découle aussi que lorsqu'il s'agit de l'ordinateur « du couple »<sup>81</sup>, c'est-à-dire de « l'ordinateur familial, accessible à l'un ou à l'autre des époux »<sup>82</sup>, sans qu'il soit « protégé par un mot de passe personnel

---

divorce », écrit p. 23 : « La possibilité de rechercher sur ce réseau social planétaire [*c'est-à-dire Facebook*] des éléments probatoires en matière de divorce est solidement acquise en jurisprudence ».

<sup>73</sup> Cf. encore BINET, *cit.* et l'arrêt auquel l'Auteur se réfère : Cour d'Appel Douai, 14 mars 2013 : en l'espèce, à l'appui de ses allégations d'infidélité, le mari avait produit des pages *Facebook* retraçant des conversations compromettantes entre l'épouse et diverses personnes. Mais l'épouse avait démontré que sa messagerie électronique avait été piratée par le mari, qui avait installé aussi un faux profil de l'épouse sur un site de rencontre (*Badoo*), afin de créer de fausses preuves.

<sup>74</sup> Selon la définition captivante de LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit de la famille*, mai 2007, *sub* n° 106, *cit.*, p. 58 (note à Cour d'Appel Toulouse, 7 nov. 2007 et Cour d'Appel Bordeaux, 21 févr. 2007).

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Cf., par exemple, Cass. Fr., 17 juin 2009, n° 07-21796. Source : <http://www.courdeccasation.fr>. En l'espèce, il s'agissait de la production par une épouse de minimeessages, dits « SMS », reçus sur le téléphone portable professionnel du conjoint, dans le but de démontrer le grief d'adultère de son mari.

<sup>77</sup> Cass. Fr., 18 mai 2005, n° 04-13745, *Droit de la famille*, sept. 2005, p. 26, avec note LARRIBAU-TERNEYRE, *sub* n° 185, « Preuve de la faute par des courriels et un rapport d'enquête privée ».

<sup>78</sup> Cour d'Appel Aix-en-Provence, 6 mai 2010, *Droit de la famille*, nov. 2010, p. 31, *sub* n° 164, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE qui parle justement d'un « mari trahi par son ordinateur ! ».

<sup>79</sup> Cass. Fr., 18 mai 2005, n° 04-13745, *cit.*

<sup>80</sup> Cf. par ex. Cour d'Appel Lyon, 21 mars 2011. Source : DILA, consulté le 9 janv. 2014, <http://www.legifrance.gouv.fr>. En l'espèce, le mari, qui désormais n'était plus autorisé à résider au domicile conjugal, avait forcé la messagerie de l'épouse.

<sup>81</sup> Cf. Cass. Fr., 26 févr. 2011. Source : DILA, consulté le 9 janv. 2014, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>82</sup> Cf. Cour d'Appel Lyon, 7 févr. 2011, *cit.*

et confidentiel »<sup>83</sup>, il sera de plus en plus difficile de convaincre le juge qu'ils ont été acquis de manière illicite car ni la consultation en soi, ni le fait que les documents n'ont pas été donnés volontairement ne font présumer la fraude<sup>84</sup>. Résultat : s'il est vrai que l'adultère recule, il en est de même en ce qui concerne l'aspect sacré de la vie privée face à l'exigence de la preuve<sup>85</sup>.

## VII. L'APPROCHE DE LA JURISPRUDENCE ITALIENNE ET LE PROBLÈME DE LA DIGNITÉ

Un tel recul est inévitable, bien qu'il soit difficile à mesurer concrètement. Néanmoins, il est possible de tirer plusieurs renseignements de la jurisprudence française car les juges, comme nous l'avons souligné, ne concentrent pas (ou pas trop) leur attention sur la question préalable de l'admissibilité en soi d'une télé-infidélité. Plutôt, ils la concentrent surtout sur les aspects probatoires ; tandis que si l'on passe à l'analyse des jugements rendus jusqu'à présent par les collègues italiens en cette matière, la question de la preuve<sup>86</sup> opposée au respect de la vie privée n'est pas abordée de manière distincte (à part quelques arrêts, mais en matière pénale et à propos d'interception téléphonique illicite<sup>87</sup> ou de soustraction illicite de la correspondance du conjoint<sup>88</sup>). En réalité, il faut admettre que les preuves utilisées qui émergent du petit groupe de jugements civils en matière d'*addebito* (aveu, témoignage, données de l'ordinateur) auraient vraisemblablement été admissibles aussi selon les articles 259 et 259-1 du Code français. Tout particulièrement, ce qu'on lit dans un jugement de séparation à charge d'un mari est significatif : pendant des années il avait entretenu une correspondance abondante à l'intérieur d'une communauté sur Internet, en échangeant expériences et photos érotiques avec d'autres femmes ; et tout ceci, photos, messages osés, etc. se trouvait sur l'ordinateur « de la famille »<sup>89</sup>. Incrédule, l'épouse l'avait découvert par

<sup>83</sup> Cf. Cour d'Appel Toulouse, 7 nov. 2006, *cit.*

<sup>84</sup> Ainsi cf. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit de la famille*, mai 2007, *sub* n° 106, *cit.*, p. 58 et *ibidem* sept. 2005, *sub* n° 185, *cit.*, p. 27.

<sup>85</sup> On parle à ce propos et à la lumière de la jurisprudence de Cassation d'un « recul nécessaire de la vie privée lorsqu'il s'agit d'établir la cause de divorce » : LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit de la famille*, mai 2007, *sub* n° 106, *cit.*, p. 58.

<sup>86</sup> En général, sur la question de la preuve et des nouvelles technologies cf. FALLETTI, « Facebook : privacy, uso dei post quale prova in giudizio e validità delle clausole contrattuali di sottoscrizione ai Social Network », publié sur [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

<sup>87</sup> Selon l'art. 617-*bis* C. pén. it. Cf. Cass. pén. it., 23 mai 1994, *Riv. penale*, 1995, p. 919 et Cass. pén. It., 10 juin 1994, *Famiglia e dir.*, 1994, p. 453, note DEL GAUDIO.

<sup>88</sup> Selon l'art. 616 C. Pén. It. Cf. Cass. pén. It., 29 mars 2011, *Famiglia e dir.*, 2012, p. 599, note MARCHINI.

<sup>89</sup> Trib. Busto Arsizio, 5 févr. 2010, *De Jure*.

hasard : donc sans violence ni fraude, comme aurait pu l'affirmer un tribunal français.

Toutefois, il s'agit d'une collection de jugements encore trop limitée. Pour essayer de découvrir les développements futurs, il semblerait alors préférable de s'inspirer du passé. En effet, si l'on considère que les juges italiens, comme leurs collègues français, sont partis de l'apparence d'adultère injurieux pour arriver à la déloyauté conjugale, l'on serait tenté de prévoir un parallélisme substantiel entre les deux systèmes, dans la limite de leurs particularités respectives. Une liaison virtuelle non consommée, mais prolongée et gravement destructive pour l'harmonie du mariage, devrait être alors sanctionnée, en Italie, par l'*addebito* (et, peut-être, par le dédommagement du conjoint humilié)<sup>90</sup>.

En réalité, tout ceci ne fonctionne pas de manière aussi simple ; et il est difficile de faire une comparaison avec la jurisprudence française. Nous voyons en effet que, malgré le temps écoulé, il reste quelques héritages du vieux crypto-type de l'adultère sentimental qui, remontant à la surface, s'opposent à une relation directe entre adultère charnel et télé-adultère. Telle est l'impression qu'on peut tirer de la lecture d'un arrêt récent de la Cassation italienne (n° 8929/2013)<sup>91</sup>, qui a semblé constituer un demi-revirement étant donné que la Cour même, comme on l'a vu, venait d'assimiler la fidélité à la loyauté<sup>92</sup>. Rapidement il faut rappeler le cas d'espèce dans ses grandes lignes : le rapport sentimental d'une femme déjà mariée, caché pendant un certain temps, est enfin découvert. Et l'on découvre aussi que la relation avec l'ami, marié lui aussi et connu sur Internet, s'était concrétisée seulement par l'échange de quelques coups de fil et d'un flot de messages par courrier électronique. L'histoire est donc plutôt ordinaire. Elle se termine toutefois de manière surprenante (mais jusqu'à un

<sup>90</sup> En général, sur les rapports entre infidélité conjugale et dédommagement cf. LENTI, « Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile », in *La separazione personale dei coniugi*, sous la direction de FERRANDO et LENTI, Cedam, Padoue, 2011, p. 571 et s. ; FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Milan, 2009 ; ID., « Il danno da adulterio arriva in Cassazione », *Famiglia e dir.*, 2012, p. 257 et s. ; CENDON et SEBASTIO, « Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi », *Resp. civile e prev.*, 2002, p. 1257 et s. ; CATERBI, « Infedeltà coniugale e responsabilità civile », *ibid.*, 2008, p. 2076 et s. ; BOZZI, « Scene dopo un matrimonio : violazione dell'obbligo di fedeltà e pretese risarcitorie », *Danno e resp.*, 2003, p. 1132 et s. ; GATTO, « Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi », *Giustizia civ.*, 2012, p. 2602 ; PARTISANI, « Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale », *Resp., comunicaz. e impresa*, 2003, p. 87 et s. ; PETTA, « Infedeltà coniugale e responsabilità civile : la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità », *Dir. famiglia*, 2012, p. 1448 ; ZACCARIA, « Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà », *Famiglia e dir.*, 1997, p. 463 et s.

<sup>91</sup> Cass. It., 12 avr. 2013, n° 8929, *Foro it.*, 2013, I, p. 1878, note CASABURI ; cf. aussi OLIVERO, « C'è post@ per tua moglie : internet, infedeltà e addebito », *Nuova giurispr. civile comm.*, 2013, I, p. 938, p. 942.

<sup>92</sup> Cass. It., 11 juin 2008, n° 15557, *cit.*

certain point seulement) par le rejet de la demande d'*addebito* proposée par le mari, sur la base de deux argumentations mêlées entre elles : 1) la liaison n'avait pas causé la rupture du mariage 2) la liaison n'avait pas soulevé de « plausibles suspects d'infidélité » (charnelle).

Sur le premier point, en effet, on peut convenir que le mari n'avait pas apporté de preuves solides ou au moins, convaincantes : ni celles d'un adultère corporel ; ni celles d'un véritable transport sentimental de son épouse ; ni, surtout, d'un lien de causalité avec la séparation, car l'homme, qui connaissait déjà la liaison, l'avait tolérée longtemps. Or, attendu qu'aux fins de l'*addebito* il est nécessaire que la violation des devoirs matrimoniaux soit la cause directe de la rupture de la vie commune, une telle tolérance pouvait apparaître comme le signe éventuel d'une trahison que le mari avait apprise d'un cœur léger. Ou bien encore pouvait-elle paraître aux yeux des juges d'une gravité insuffisante pour rendre intolérable la vie commune, ce qui suffisait pour rejeter le pourvoi.

Une évaluation différente et plus critique s'impose, au contraire, pour l'autre passage de la motivation, là où la Cassation a exclu la responsabilité de l'épouse au prétexte qu'il s'agissait d'une relation platonique. La Cour établit qu'en considération de ses aspects extérieurs et du milieu dans lequel les conjoints vivaient, cette relation n'avait pas donné lieu à des soupçons plausibles d'infidélité ni n'avait porté atteinte à la dignité et à l'honneur de l'autre conjoint.

Nouvelle application d'un principe ancien, cette partie de l'argumentation réitère en effet une affirmation classique<sup>93</sup>, derrière laquelle, on l'a vu, se cache une approche qui remonte à la faute d'antan et notamment à la catégorie de l'injure grave<sup>94</sup>, sous la forme de l'humiliation subie à cause des actes d'infidélité du conjoint<sup>95</sup>.

Donc, la notion de faute ayant disparu, l'approche a survécu en descendant dans les limbes des règles jurisprudentielles implicites ; et, partant, l'« apparence » d'infidélité a continué, d'un côté, à remédier au manque de preuve complète d'un adultère plus que probable<sup>96</sup>, de l'autre, à punir l'ostentation de la volonté de trahir bien que, manifestement, elle n'ait

<sup>93</sup> Cf. par ex. Cass. It., 13 juill. 1998, n° 6834, *Massimario Giurispr. it.*, 1998 ; Cass. It., 14 avr. 1994, n° 3511, *Famiglia e dir.*, 1994, p. 527 (note SERVETTI) ; Cass. It., 3 janv. 1991, n° 26, *Foro it.*, 1991, I, p. 1134.

<sup>94</sup> Sur cette dérivation cf., plus exactement, DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio nella separazione e nel divorzio*, cit. p. 74 et s. Cf. aussi ROMA, « Fedeltà coniugale: nova et vetera nella giurisprudenza della Cassazione », cit.

<sup>95</sup> Cass. It., 18 nov. 1959, n° 3403 cit.

<sup>96</sup> Cass. It., 3 janv. 1991, n° 26, *Foro it.*, 1991, I, p. 1134 (en l'espèce, il s'agissait de juger les rendez-vous clandestins et assez suspects de l'épouse avec un ancien amant) ; cf. aussi Cass. It., 11 juin 2008, n° 15557, cit. (en l'espèce, on discutait d'un rapport vraisemblablement peu platonique né sur le lieu de travail et d'une nuit passée par le mari dans la même chambre d'hôtel avec une collègue pendant un voyage d'affaires, etc.).

pas été couronnée de succès (comme dans le cas où le tiers, dérangé par les avances continuelles d'une femme, en avait informé immédiatement le mari et... un poste de police)<sup>97</sup>.

Offenser en public le conjoint en manifestant son manque d'amour envers lui (et l'amour pour un autre) peut donc équivaloir à une infidélité ; mais comment évaluer une infidélité virtuelle à la lumière du pragmatisme qui a toujours animé la règle sur l'infidélité apparente ?

Une relation conduite au moyen d'Internet, en effet, ne laisse pas penser à un adultère certain mais consommé en cachette ; et si cette relation est menée avec toute la discrétion nécessaire, il n'y a pas atteinte à la réputation publique du conjoint dans le milieu social où le couple vit.

Bien que la Cassation italienne, dans cet arrêt de 2013, n'ait rien dit de nouveau ou d'extraordinaire, la nouveauté du cas d'espèce fait douter de la décision et de l'application d'un raisonnement interprétatif vieux d'un siècle.

La diffusion d'Internet, en effet, rend la vieille jurisprudence, sinon obsolète au sens absolu, du moins incapable de s'adapter à chaque situation nouvelle ; et par conséquent, elle augmente le risque d'une rupture entre la sensibilité commune (qui ne néglige pas la charge offensante d'un télé-adultère) et la réponse du droit, soucieux de ne pas donner libre cours à l'amour-propre d'un conjoint blessé lorsqu'il découvre que les pensées de l'époux s'adressent à un autre objet de désir.

Entre réalité et droit appliqué, toutefois, la distance ne peut pas être excessive, ni durer longtemps surtout en ce qui concerne l'éthique des relations du couple ; si la réalité ne change pas, le droit vivant se renouvelle tout seul, grâce à l'interprétation qui tient déjà compte de l'usage courant.

Or, il faudra attendre une séparation dans laquelle il sera sûr (bien plus que dans l'arrêt analysé) que la rupture du couple remonte à la découverte d'un flirt *on line*. La liaison devra être authentiquement virtuelle, incorporelle, à distance. Il faudra aussi qu'il s'agisse d'une « e-vasion » érotique tout à fait discrète, prudente, non exhibée sur un réseau social, ce qui compromettrait l'honorabilité du conjoint. Vu que jusqu'ici l'infidélité platonique, apparente ou sentimentale a été la formule magique pour remédier à l'insuffisance de la preuve ou pour redonner de l'importance à l'atteinte injurieuse à l'image du conjoint, la Cassation devra décider de la direction à prendre. Elle pourra continuer à exiger que tous ces aspects soient présents, c'est-à-dire un adultère très probable ou bien une injure intolérable qui ternit la réputation du conjoint, mais les juges devront alors renoncer à prendre en considération la plupart des liaisons platoniques qui se

---

<sup>97</sup> Cass. It., 7 sept. 1999, n° 9472, *Famiglia e dir.*, 1999, p. 432, note CARBONE, « Quale rapporto tra convivenza coniugale usurata e "tentato adulterio"? ».

manifestent aujourd'hui par le biais de la souris de l'ordinateur. Raisonnablement alors, ils se souviendront avoir déjà attribué à la fidélité les traits bien plus larges de la loyauté, loyauté qui possède une dimension éminemment intérieure au couple et une essence spirituelle qui peut subir des dommages incorporels aussi, et ils en tireront les conclusions qui s'imposent.

On le sait : chaque époque connaît différentes conceptions du devoir de fidélité et aussi différents moyens, nombreux et variés de lui porter atteinte.