

LES ASPECTS MATRIMONIAUX DE L'UNION LIBRE

ET LES COUPLES HOMOSEXUELS EN ALLEMAGNE

Textes de référence :

- ✓ Article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale (*Grundgesetz, GG*)
- ✓ §§ 1360 et s. du Code civil (BGB)

Projet de loi pour l'introduction du droit de contracter mariage pour des personnes de mêmes sexes (24 octobre 1995).

Table des matières

A. LE DROIT APPLICABLE AUX UNIONS LIBRES	2
1. Le point de vue du droit constitutionnel.....	2
2. Union libre et Etat.	2
3. Rapports des concubins avec les tiers.....	4
4. Rapports des concubins avec les enfants communs.	5
a) Pendant la durée du concubinage.	5
b) Après la fin du concubinage.....	6
5. Rapports des concubins entre eux.	7
a) Responsabilité entre concubins.	7
b) Obligation d'entretien entre concubins.	7
c) Relations patrimoniales pendant la vie commune.....	8
d) Relations patrimoniales après la rupture de la vie commune.....	8
B. LE DROIT APPLICABLE AUX COUPLES HOMOSEXUELS.....	8
1. Impossibilité de se marier.....	9
2. Impossibilité de se prévaloir des règles non spécifiques aux couples mariés ..	12
3. Impossibilité de se prévaloir des règles spécifiques aux couples mariés	13
4. Conclusion.....	14

A. LE DROIT APPLICABLE AUX UNIONS LIBRES

L'union libre ou la communauté hors mariage de personnes de sexes opposés est en développement constant en Allemagne ; le nombre de couples vivant aujourd'hui en concubinage est évalué à trois millions (pour 1,25 millions en 1985). Et pourtant aucune disposition légale ni constitutionnelle ne vient réglementer ce phénomène de société. Ceci est dû avant tout à la volonté des partenaires eux-mêmes de se dégager de toutes les contraintes morales et juridiques qui entourent l'institution du mariage.

La question majeure qui se pose en pratique est celle de savoir si l'on doit appliquer à ces unions libres les mêmes solutions que celles qui existent pour les personnes mariées et comment combler ces lacunes.

Pendant longtemps, toute action intentée en justice par des concubins était systématiquement rejetée, sur le simple fondement de l'immoralité des relations. Ainsi la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*, BGH) estimait, en 1954, que les relations sexuelles doivent s'accomplir dans le cadre du mariage et l'atteinte à cette règle heurte un devoir élémentaire de discipline sexuelle. Dans un arrêt de 1968, en matière civile, la Cour soutenait que "fondamentalement, en elles-mêmes, les relations sexuelles entre personnes non mariées devraient être considérées comme immorales". Un testament entre deux personnes vivant ensemble mais non mariées était nul car contraire aux bonnes moeurs. A la fin des années 1970, une amorce de changement a lieu et le BGH reconnaît la validité d'une libéralité entre concubins, bien qu'un testament pour la totalité de la succession soit encore impossible.

1. Le point de vue du droit constitutionnel.

La vie commune en dehors du cadre du mariage n'est plus interdite aujourd'hui au terme de l'article 6 alinéa 1 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*, GG), disposition qui accorde au mariage et à la famille une protection d'ordre public : il n'existe aucun commandement constitutionnel donné au législateur ou à la jurisprudence de combattre les mariages de fait en leur ôtant tout fondement matériel. Certes, les concubins ne peuvent pas se prévaloir de la protection constitutionnelle de l'article 6 de la loi fondamentale, réservée aux couples mariés, mais cela n'empêche pas qu'ils restent soumis à la loi quant à leur réglementation.

Cette différence de traitement entre personnes mariées ou non mariées et vivant ensemble ayant un fondement constitutionnel, on ne saurait y voir une entorse au principe constitutionnel de l'égalité de tous devant la loi (article 3 GG).

La Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*, BverfG) relève que, sur la base de l'article 6 GG qui protège la liberté de s'engager dans les liens d'un contrat de mariage et de l'article 2 GG qui consacre la liberté d'agir (droit au libre épanouissement de la personnalité), il faut respecter la décision des parents qui refusent de contracter un mariage. Au-delà même, aucune disposition ne doit être de nature à contraindre des personnes à se marier, en raison du traitement très défavorable qu'elle prévoit envers les concubins par rapport aux époux.

2. Union libre et Etat.

En principe, l'Etat est tenu de protéger l'institution du mariage ; il peut donc faire dépendre l'octroi de droits et de prestations déterminés de la conclusion préalable d'un contrat de mariage. Ainsi, sans porter atteinte au principe de l'égalité de tous devant la loi, on peut refuser d'accorder à des concubins certains avantages reconnus aux personnes mariées, tels que des primes, des allocations de logement plus élevées ou des privilèges fiscaux.

L'Etat doit également prendre en considération les besoins de la communauté de vie de fait afin de ne pas désavantager non plus les couples mariés par rapport aux couples non mariés, ce qui serait contraire à l'article 6 GG.

Le législateur a toujours organisé, en faveur des époux, des droits particuliers ou les a exonérés de certaines obligations. L'extension aux concubins de ces dispositions est loin d'être systématique, surtout lorsqu'il s'agit de reconnaître aux concubins les mêmes droits que les personnes engagées dans les liens du mariage. En matière de droit fiscal successoral, les époux bénéficient de privilèges qui ne sont pas applicables aux concubins. *De lege ferenda* de nombreux auteurs proposent l'assimilation des deux situations au motif que, lorsque l'union libre a été durable, la communauté de vie produit alors, de fait, les mêmes fonctions pour la société que la famille.

S'agissant de l'assurance maladie, la situation des gens mariés est bien meilleure que celle des concubins. L'époux qui exerce un emploi perçoit des prestations pour son conjoint sans activité, dans le cadre de l'assurance légale maladie (§ 205 du Code allemand des assurances, RVO). Le conjoint survivant, après la mort de l'époux qui pourvoyait à l'entretien, bénéficie de sa pension de vieillesse (§ 1265-1266 RVO). Là encore, les droits et actions des intéressés concernant ces avantages financiers sont liés à l'existence du mariage. Les concubins ne bénéficient pas de l'assurance maladie de leur partenaire, et ils ne reçoivent, après la mort, aucune rente ou pension.

Dans la législation relative à l'aide sociale, la situation des concubins fut longtemps meilleure que celle des gens mariés : cette législation garantissait que les personnes dont les revenus propres ne permettent pas de subvenir à leurs besoins obtiennent des subsides publics, destinés à leur assurer un minimum vital. L'aide sociale est refusée lorsque celui qui en fait la demande est entretenu par un "membre de sa famille". La difficulté venait alors de l'interprétation de cette notion. Selon le § 16 de la loi fédérale sur l'aide sociale, les parents et alliés vivant dans le même foyer sont présumés assurer mutuellement leur entretien sur la base d'une obligation naturelle. Cette présomption ne s'appliquait pas aux gens vivant en concubinage, si bien qu'une aide sociale leur était garantie même dans l'hypothèse où l'un des concubins disposait d'un revenu élevé et pouvait subvenir au besoin de l'autre. En 1961, le législateur inclut le § 122 dans la loi fédérale sur l'aide sociale qui présume également chez les personnes vivant en concubinage une garantie d'entretien mutuel ; les revenus du concubin doivent être examinés pour décider si son partenaire bénéficiera ou non de l'aide sociale. Par cette modification, dont l'objectif était de ne pas avantager les concubins par rapport aux gens mariés, le législateur reconnaît officiellement pour la première fois, mais de manière négative, l'existence des unions libres (en faveur du Trésor public, mais à la charge des personnes non mariées).

Répondant aux incertitudes jurisprudentielles et doctrinales antérieures, la Cour fédérale de Karlsruhe a affirmé en 1993 que les concubins peuvent être qualifiés de "membres de la même famille". Cette décision est la première consécration positive de l'union libre.

L'exonération au profit des concubins de diverses obligations, également reconnue aux couples mariés, est plus facilement admise par l'Etat car il ne s'agit plus de conférer à ces communautés de vie hors mariage des avantages particuliers. Ainsi le droit pour un conjoint, un fiancé, des parents directs ou par alliance de refuser un témoignage contre un proche en raison des liens affectifs qui les unissent est aussi accordé entre concubins.

Les avantages dus à la garde d'un enfant, telle que l'exonération du service militaire pour le père de l'enfant, peuvent être en principe invoqués aussi bien par le conjoint que par le père de l'enfant né hors mariage. Dans ce cas cependant, certaines preuves supplémentaires du devoir d'assistance de l'enfant devront être apportées dans la mesure où le concubin n'a pas automatiquement la garde parentale de l'enfant.

3. Rapports des concubins avec les tiers.

La question est la suivante : les tiers peuvent-ils ou doivent-ils agir à l'égard des concubins comme s'ils étaient des personnes mariées ou au moins des personnes de la même famille ? Ici encore une simple réponse affirmative ou positive n'est guère envisageable ; bien plus, le sens et le but de chaque réglementation doivent être examinés ainsi que la situation concrète des partenaires.

Si le tiers de bonne foi a valablement pu croire que les concubins étaient en fait mariés et qu'il a effectué une opération réduisant l'état de son patrimoine, il ne fait aucun doute que le § 1362 BGB (le créancier d'un époux peut se retourner contre le conjoint) et le § 739 ZPO (exécution forcée contre l'un ou l'autre des époux) s'appliquent même en l'absence de contrat de mariage, dans la mesure où il en va de l'intérêt du tiers.

Le § 1357 BGB selon lequel les actes juridiques faits par la femme dans le domaine de ses activités domestiques donnent des droits et engagent son mari, ne s'applique pas aux concubins car il est fondé sur une relation de confiance propre au mariage et que l'on ne peut pas transposer dans le cas d'une union libre.

En matière de droit au bail, la jurisprudence s'est longtemps montrée relativement incertaine en ce qui concerne les conditions sous lesquelles un locataire pourrait accueillir dans le logement des personnes extérieures à sa famille. Pendant longtemps, lorsque l'un des partenaires vivait seul dans un logement en qualité de locataire, il ne pouvait pas par la suite héberger un ou une amie, sans autorisation du bailleur, sous peine d'atteinte aux bonnes mœurs. Désormais cependant il existe une disposition légale (§ 549 BGB) selon laquelle le bailleur doit donner son accord s'il apparaît que le locataire a un intérêt légitime à céder à un tiers l'usage d'une partie du logement. Mais un concubin n'était pas considéré comme justifiant un intérêt particulier. Dans une décision remarquable du 17 août 1982, le *Oberlandsgericht* (OLG, Cour d'appel) de Ham opéra un revirement de jurisprudence, compte tenu du développement constant des unions libres en Allemagne : le locataire justifie d'un intérêt légitime dès lors qu'il ne veut plus vivre seul dans le logement qu'il loue mais décide au contraire de vivre avec quelqu'un. Le juge pose toutefois quelques limites à cette liberté, notamment lorsque le bailleur habite dans la même maison, autorisant ce dernier à ne pas donner son accord pour une telle cohabitation (pour des raisons de moralité).

D'autres décisions sont ensuite intervenues sur ces questions relatives droit au bail. Ainsi dans le cas où le bailleur et le locataire (vivant en concubinage) décèdent, que devient le

partenaire du locataire décédé ? Doit-il déménager ou a-t-il le droit de rester dans les lieux qu'il occupait de fait ? Pour les personnes mariées, la solution résulte du § 569a BGB qui organise la substitution au bail du conjoint en cas de décès de son époux locataire. La jurisprudence et la doctrine, en l'absence de textes, reconnaissent ici que cette disposition s'étend en principe également aux concubins, après examen et comparaison des intérêts en présence (intérêt du bailleur d'une part et besoins économiques du partenaire survivant d'autre part).

Actuellement, la jurisprudence refuse d'étendre aux couples vivant en dehors du mariage l'application des §§ 844 et 845 BGB (tiers responsable de l'accident causé à un concubin). Selon ces articles, en cas d'homicide, d'atteintes à la santé ou de privation de liberté et si la victime était tenue à une obligation d'entretien *légale* ou obligée de fournir à un tiers des services dans le ménage, l'obligé à réparation est tenu de dédommager ce tiers par une rente en argent. Selon les tribunaux, le partenaire du concubin victime ne peut pas se prévaloir de ces dispositions au motif qu'il n'existe, dans l'union libre, qu'une obligation d'entretien ou de service de fait. Certains auteurs proposent une interprétation moins stricte de l'obligation d'entretien et préconisent *de lege ferenda* une modification de ces articles en vue de protéger le concubin de la victime. Mais dans l'état actuel des discussions sur la réforme du droit délictuel, cette question n'est pas considérée comme prioritaire.

4. Rapports des concubins avec les enfants communs.

a) Pendant la durée du concubinage.

Les enfants dont les parents ne sont pas mariés sont illégitimes. La présomption de paternité du § 1600o BGB s'applique pour le concubin s'il a cohabité avec la mère pendant la durée légale de la conception et si l'enfant ne peut pas être celui d'un autre homme. Il a la qualité de père rétroactivement après la naissance dès que sa paternité est reconnue ou constatée par le juge.

Si les concubins se séparent pendant la période de grossesse et que la femme se marie avant la naissance, l'ancien partenaire ne pourra pas empêcher la légitimation de l'enfant par le mari : son éventuelle reconnaissance antérieure de paternité n'est pas efficace et il n'a aucun droit en contestation de légitimité (à la différence du mari de la mère auquel le § 1594 al. 1 BGB confère ce droit pendant deux ans). La seule exception possible concerne l'hypothèse où ni la femme ni le mari ne sont en mesure d'assurer l'autorité parentale (par exemple s'ils décèdent tous les deux).

De lege ferenda cet état du droit ne devrait pas changer, étant entendu que la présomption de paternité du concubin n'est pas aussi forte que celle de l'époux de la mère. L'application de la présomption du § 1600o et la possibilité de constatation de paternité avant la naissance (§ 1600a BGB) sont suffisamment rapides et simples pour attribuer au père la garde de l'enfant.

En principe, les couples non mariés ne peuvent pas exercer conjointement l'autorité parentale. D'après le § 1705 BGB, l'autorité parentale est légalement dévolue à la mère seule pour les enfants illégitimes. Certes la mère peut remettre au concubin l'exercice partiel de l'autorité parentale et ce dernier peut, sur procuration, agir pour le compte de l'enfant en

représentation de la mère, mais il n'a pas un droit propre. Il a un droit de visite mais qui ne lui confère aucun droit de participer aux décisions prises par la mère seule.

Le concubin peut exercer l'autorité parentale en adoptant l'enfant (§ 1741 al. 3 phrase 2 et § 1754 al. 2 BGB), avec toutefois comme conséquence que toutes relations parentales avec sa mère sont rompues (§ 1755 al. 1 BGB). Une adoption conjointe ainsi qu'une adoption de l'enfant du partenaire en vue d'une parenté exercée en commun ne sont possibles que pour un couple marié.

La légitimation d'un enfant naturel ne permet pas actuellement aux parents non mariés d'exercer conjointement l'autorité parentale. Une telle légitimation a pour conséquence, conformément au § 1738 BGB, de faire perdre à la mère l'exercice de l'autorité parentale qui est alors dévolue au père seulement. Par un arrêt de 1991, la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré inconstitutionnel le refus ferme de reconnaître aux parents non mariés l'autorité parentale conjointe ainsi que le fait de suspendre automatiquement l'autorité parentale de la mère en cas de légitimation de l'enfant sur demande commune des deux parents. Cependant le § 1738 BGB n'est pas encore annulé dans la mesure où le législateur conserve la possibilité de remédier à cette situation. Aujourd'hui donc il n'est plus possible de retirer à la mère l'autorité parentale sur le seul fondement d'une demande commune visant à obtenir l'autorité parentale conjointe ; l'ordre d'une garde parentale commune étant impossible, la procédure devra être suspendue.

Une solution s'impose à l'avenir et nécessitera de prendre en considération l'intérêt de l'enfant d'une part et la protection des parents d'autre part, conformément aux principes constitutionnels.

b) Après la fin du concubinage.

La rupture de l'union libre n'a aucune conséquence du point de vue des règles légales relatives à l'autorité parentale : celui qui en avait l'exercice le garde - en général la mère - et l'autre partenaire n'a qu'un droit de visite dans les limites du § 1711 BGB : il n'a pas le droit de faire opposition, ni un droit d'audition, ni le droit de déposer une demande concurrente d'adoption. La mère conserve cependant la possibilité de rompre toutes relations entre le père et son enfant en adoptant ce dernier (§ 1741 al. 2 phrase 2 BGB).

Si le père a légitimé l'enfant pendant leur vie commune, il exerce l'autorité parentale et la mère cesse, lorsque le concubinage prend fin, d'exercer l'autorité parentale ; elle n'a qu'un droit de visite (§ 1634 BGB).

Notons toutefois que le tribunal des tutelles peut se prononcer contre la volonté de la mère et accorder au père l'exercice d'un droit de visite, lorsque cela sert le bien de l'enfant. En cas de rupture du concubinage, le tribunal des tutelles appréciera dans quelle mesure des relations existaient entre le père et l'enfant.

De nombreux auteurs condamnent les solutions actuelles eu égard en particulier à l'intérêt de l'enfant qui a vécu un certain nombre d'années avec ses deux parents. En cas de rupture de la vie commune, les relations nouées avec chacun de ses parents devraient entrer en considération. Ils proposent en ce sens d'autoriser l'exercice conjoint de l'autorité parentale après la fin de l'union libre ou encore de ne pas retirer à l'un des parents l'exercice de ce droit en appliquant les principes établis en cas de séparation de gens mariés.

5. Rapports des concubins entre eux.

Aucune obligation juridique ou morale ne contraint des personnes vivant ensemble à conclure un contrat de mariage. En dehors du mariage la communauté de biens ou la communauté aux acquêts sont impossibles. Sont en revanche autorisées entre concubins l'acquisition d'un commun accord de biens ainsi que le partage des biens acquis ensemble à la rupture de l'union libre. Les couples non mariés ne peuvent pas établir de testament conjoint, sauf à passer un pacte sur succession future.

La possibilité de conclure des "contrats de concubinage" est admise, mais la pratique montre que les couples de concubins n'y ont quasiment pas recours, car une telle convention apparaît contraire à leur volonté d'être libre.

Les relations entre concubins sont soumises aux dispositions générales ; les règles sur le mariage ne sont pas applicables puisqu'aucun contrat de mariage n'a été conclu. De plus le législateur ne souhaite pas particulièrement intervenir dans un domaine où les intéressés tentent justement d'échapper à toute réglementation contraignante selon eux.

Certaines questions restent sensibles dans les relations entre concubins et notamment celles qui ont trait aux problèmes patrimoniaux (responsabilité, obligation alimentaire, répartition des biens, compensation).

a) Responsabilité entre concubins.

S'agissant de la responsabilité d'un concubin à l'égard de l'autre, elle se limite à une responsabilité pour négligence grossière au sens du § 277 BGB. Le § 1359 BGB (responsabilité fondée sur les usages) ne s'appliquera pas pour les concubins. Selon cette disposition, dans l'accomplissement des obligations résultant de leurs rapports conjugaux, les époux n'ont à répondre que des soins qu'ils ont coutume de prendre dans leurs propres affaires; or dans l'union libre, à défaut de cette "relation conjugale", la solution ne peut pas être étendue.

Les solutions applicables en matière de sociétés civiles, de trust ou des personnes conservant volontairement la chose d'autrui pourront être invoquées dans le cadre de la communauté de vie hors mariage.

b) Obligation d'entretien entre concubins.

Les devoirs existant entre époux ne peuvent être invoqués entre concubins. Aucune disposition légale n'impose notamment l'obligation d'entretien. Dans le cas seulement où la concubine est mère d'un enfant et que le partenaire en a reconnu la paternité, une obligation d'entretien incombe au concubin pour une courte durée précédant la naissance sans dépasser un an après cette naissance (§ 1615I BGB).

De lege ferenda, certains auteurs se demandent si celui qui exerce l'autorité parentale sur un enfant commun ne devrait pas avoir droit à une assistance alimentaire pendant et après la rupture de l'union, afin de protéger les intérêts de l'enfant. Le problème se situe au niveau des critères d'évaluation : quel salaire et quel type de relations devront être pris en compte ?

Des conventions relatives à l'obligation d'entretien peuvent être conclues entre concubins ; elles sont en général conclues pour la durée de la vie commune, à moins que les

partenaires n'aient convenus d'un temps déterminé pour le versement de cette pension, ou qu'elle serait au contraire versée plus longtemps. Lorsque la pension alimentaire est versée pendant la vie commune, on présume qu'elle est reçue par l'autre concubin comme contrepartie de la communauté ; lorsqu'elle est versée après la fin de l'union libre est présumée avoir été payée d'avance.

c) Relations patrimoniales pendant la vie commune.

Il existe ici une présomption selon laquelle les gains acquis pendant la vie commune sont la propriété commune des deux concubins. Il résulte en effet du § 1006 BGB que la copropriété est présumée tant qu'il y a copossession des biens patrimoniaux.

La difficulté apparaît lorsque l'on veut renverser cette présomption. La jurisprudence se fonde sur divers indices : qui a financé l'achat ? le bien a-t-il été acquis avant le début de la vie commune ? son usage était-il exclusivement personnel à l'un des concubins ? a-t-il occasionné des dépenses d'entretien ?

Comme pour les couples mariés, un droit à indemnité pour les prestations accomplies pendant la vie commune est reconnu aux concubins si une convention expresse a été passée en ce sens (ce peut être un contrat de travail, un contrat de louage d'ouvrage, un contrat de gestion d'affaire, un contrat de société et tous autres contrats créateurs d'obligations). En l'absence de contrat, de tels services peuvent être qualifiés de libéralité en reconnaissance du service rendu par ce partenaire pour la communauté ou sur le fondement de la vie commune.

d) Relations patrimoniales après la rupture de la vie commune.

Pendant la vie commune, aucune répartition des biens n'est en général effectuée par les intéressés, ce qui pose de nombreuses difficultés en cas de rupture car le système de compensation prévu pour les époux ne s'applique pas aux concubins de même que les règles légales de restitution.

Chaque partenaire reprend en principe les biens qui lui appartiennent. Lorsque le bien est en copropriété, un arrangement est nécessaire. Soit, si une société civile a été constituée entre les concubins, une "propriété en main commune" est décidée, soit, ce qui est le cas le plus fréquent, un droit à compensation est conféré au partenaire qui ne garde pas le bien (cette solution vaut dès qu'il manque un des éléments constitutifs de la société de droit civil).

Une indemnité sera versé au concubin qui n'a pas acheté le bien, dès lors que ce bien a augmenté de valeur du fait de la vie commune. Il en est de même lorsque l'un des partenaires, en raison de la confiance mise dans la continuité de la communauté, a élargi le patrimoine "privé" de son concubin (application par analogie des règles relatives aux libéralités innommées entre époux séparés de biens).

B. LE DROIT APPLICABLE AUX COUPLES HOMOSEXUELS

Aujourd'hui, avec la libéralisation des mœurs, l'homosexualité n'est plus condamnée en tant que telle par le législateur, si ce n'est dans l'hypothèse du § 175 du Code pénal¹ en cas d'abus sexuel.

Depuis quelques années, des lesbiennes et des homosexuels exigent toujours plus fermement l' "ouverture" du mariage pour les couples homosexuels et l'introduction comme institution juridique de la "communauté de vie enregistrée"² selon le modèle scandinave.

Avec l'adoption d'une loi relative à l'enregistrement des communautés de vie analogues au mariage, au Danemark d'abord, suivi par d'autres pays nordiques (Suède, Norvège et Pays-Bas), la pression pour obtenir une telle réglementation en Allemagne s'est intensifiée. Ainsi, durant l'été 1992, 250 couples de lesbiennes et d'homosexuels, soutenus par des associations d'homosexuels³, ont réclamé en justice le droit au mariage. Leur demande a échoué à l'automne 1993 devant la Cour constitutionnelle fédérale, la troisième chambre du premier sénat ayant, par un arrêt du 4 octobre 1993, rejeté les 30 recours constitutionnels⁴.

Faisant suite à un projet de recommandation du parlement européen pour des droits égaux en faveur des lesbiennes et homosexuels, le groupe parlementaire allemand Bündnis 90/Die Grünen a déposé le 24 octobre 1995 devant le Bundestag le "projet d'une loi pour l'introduction du droit de contracter mariage pour des personnes de mêmes sexes"⁵.

Dans le même sens, on peut noter une initiative du Conseil des ministres de Basse-Saxe. Celui-ci s'est prononcé le 27 juin 1995, en accord avec d'autres Ländern, pour une initiative du Bundesrat visant à "la création par une loi fédérale de l'institution juridique d'une communauté de vie homosexuelle enregistrée". Sans leur appliquer toutes les dispositions relatives au droit du mariage, une telle institution leur permettrait de revendiquer une partie des droits et obligations en fonction des besoins pratiques.

Mais à l'heure actuelle, si le législateur n'est pas resté "inactif" s'agissant des exigences des concubins hétérosexuels (notamment en matière de garde conjointe des parents, du droit de visite étendu ou de la créance alimentaire de la mère non mariée), il n'a jusqu'ici rien prévu pour les couples homosexuels.

La question majeure qui se pose en pratique est celle de savoir si l'on doit appliquer à ces couples homosexuels les mêmes solutions que celles qui existent pour les personnes mariées ou au moins les solutions applicables aux personnes vivant en concubinage, mais hétérosexuelles.

1. Impossibilité de se marier

Actuellement, au regard du droit civil, aucun texte ne prévoit l'application par analogie des règles valables pour les personnes mariées au profit des couples homosexuels.

Les médias se font l'écho des nombreux débats et des réclamations faites par les groupes d'homosexuels qui réclament la possibilité de se marier et entendent profiter du

¹ Selon le § 175 StGB (Code pénal), est punissable d'une peine privative de liberté allant jusqu'à cinq ans ou d'une amende, l'homme âgé de plus de dix-huit ans qui commet des actes sexuels sur un homme de moins de dix-huit ans ou laisse commettre de tels actes sur lui par un homme de moins de dix-huit ans.

² *Eingetragene Partnerschaft*.

³ *Schwulenverbandes Deutschland (SVD)* et *Bundesverband Homosexualität (BVH)*.

⁴ BVerfG 04. 10. 1993, NJW 1993, 3058.

⁵ BT-Dr 13/2728.

régime applicable à toute communauté de vie conjugale. Au nom du principe constitutionnel de non-discrimination entre les personnes⁶, ils attendent du législateur qu'il autorise expressément le mariage entre deux personnes, qu'elles soient de sexes différents ou de sexes identiques.

La difficulté principale pour reconnaître aux homosexuels le droit de se marier tient au fait qu'aucune définition légale de la notion de mariage n'est clairement établie dans les textes. Même le Code civil, tout en consacrant une section entière au mariage civil (Livre IV, section I), ne donne pas de définition de ces notions.

La loi fondamentale non plus, qui prévoit que « le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat » (article 6 al. 1), ne définit pas cette institution. Même si aucune forme déterminée pour le mariage n'est expressément mentionnée par la constitution, il semble que le mariage doive être entendu dans une acception sociologique et qu'il repose sur des éléments constitutifs de droit naturels, préexistant à la loi et à l'Etat. Parmi ces éléments figurerait la différence de sexe⁷.

Dans une conception classique du droit civil, le mariage est une communauté de vie fondée sur une relation conjugale affective et visant en principe à concevoir et à élever des enfants. Il est vrai que si la conclusion d'un mariage ne dépend pas de la capacité pour l'un des partenaires d'avoir des enfants et si le nombre de foyers mariés sans enfants a augmenté, il n'en reste pas moins que le mariage est avant tout protégé constitutionnellement parce qu'il rend possible la protection juridique des partenaires en vue de la fondation d'une famille avec des enfants communs⁸.

Selon le Code civil, l'essence morale du mariage s'oriente vers l'union d'un homme et d'une femme en vue d'établir une communauté de vie. Cette affirmation s'appuie sur les nombreuses dispositions du quatrième livre (§§ 1355 al. 2, 1362 al. 1, 1363 al. 2, 1366 al. 2, 1416 al. 1, 1421, 1459 al. 1, 1466 BGB) qui visent "l'homme et la femme" ou "le père et la mère".

Le § 11 al. 1 de la loi sur les mariages du 20 février 1946 (EheG) prévoit que le mariage est réalisé – seulement – par la conclusion du contrat de mariage entre les fiancés devant un officier de l'état civil.

A partir de ces différents fondements, les tribunaux ont jusqu'à présent toujours écarté le droit pour les personnes de même sexe de se marier⁹. La cour fédérale constitutionnelle l'a encore réaffirmé, et de manière définitive, dans l'arrêt précité du 4 octobre 1993¹⁰. Les couples homosexuels ne peuvent avoir la qualité de conjoints au sens du droit civil.

Les oppositions à cette situation sont vives. Il est en général souligné qu'entre dans la mission de l'Etat l'obligation de respecter et de protéger contre les discriminations toutes les formes de communautés de vie (couples mariés et couples non mariés, et, dans le second cas, hétérosexuels ou homosexuels)¹¹. Il appartient à l'Etat de prendre en considération d'autres

⁶ L'article 3 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*) déclare en son alinéa 1 : « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi », et en son alinéa 3 : « nul ne doit être désavantagé ni privilégié en raison de son sexe... ».

⁷ Dr. Klaus Louven, Köln, ZRP 1991, Heft 1, 12s.

⁸ BVerfG 04. 10. 1993, NJW 1993, 3058.

⁹ OLG Frankfurt, OLGZ 1976, 408 = StAZ 1977,12 ; BVerfG 30. 11. 1982, NJW 1983, 511 ; ou plus récemment BVerfG 17. 11. 1992, NJW 1993, 643-645.

¹⁰ NJW 1993, 3058 ; FamRZ 1993, 1418.

¹¹ Bündis 90/Die Grünen, ZRP 1995, Heft 8, 283.

droits fondamentaux élémentaires tels que le libre épanouissement de la personnalité, le principe d'égalité, la liberté de contracter un mariage, le principe de non discrimination des personnes en raison de leur sexe. Ceci n'est en l'occurrence pas le cas lorsque l'on refuse à deux personnes une vie commune sous la protection de la loi parce qu'elles sont de sexes identiques.

Il est alors avancé que vouloir mettre fin à ces discriminations ne signifie pas une remise en cause du mariage et de la famille, en tant qu'institutions protégées par l'Etat. Il s'agit alors simplement d'abolir une inégalité en prenant en compte l'évolution de la société.

Une autre critique repose sur le fait que le Code civil allemand, qui fêtera bientôt son siècle d'existence, n'a pas pris en compte l'évolution des mœurs et des mentalités. Dans un Etat démocratique, toutes les formes de vie commune devraient pouvoir aujourd'hui exister et être légalement reconnues, que les partenaires soient ou non de sexes différents¹².

Or un ordre juridique doit évoluer au rythme de la société qu'il encadre. Pour reconnaître aux homosexuels le droit de se marier, ils suffirait de donner une nouvelle définition plus large du mariage qui serait fondé sur la simple existence d'une relation d'affectivité entre les personnes.

Dans deux espèces différentes, le tribunal cantonal de Francfort a admis que deux personnes de mêmes sexes pouvaient s'engager dans les liens du mariage¹³. Ces décisions, isolées et vivement critiquées, ont été infirmées en deuxième instance par le tribunal régional de Francfort¹⁴.

Parmi les nombreuses décisions interdisant le mariage entre homosexuels, on peut citer le jugement du tribunal cantonal de Mainz du 15 mars 1993 qui a expressément rejeté les arguments précédents¹⁵. Le refus opposé par l'officier public de célébrer un mariage demandé par des homosexuels (hommes dans la première espèce, femmes dans la seconde) a été entériné par ce tribunal. Doit être écarté l'argument des parties selon lequel une telle décision serait contraire au droit fondamental de l'article 6 alinéa 1 de la Loi Fondamentale¹⁶ : la Cour Constitutionnelle fédérale a en effet toujours déclaré que, dans l'esprit de la constitution, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme en vue en principe d'une communauté de vie indissoluble. L'institution du mariage a toujours été comprise en ce sens et son élément fondamental ne saurait être changé¹⁷. Puisqu'il résulte de la Constitution elle-même qu'un mariage ne peut être conclu qu'entre un homme et une femme, il ne peut y avoir d'atteinte à l'article 6 al. 1 GG.

Selon ce jugement toujours, il ne peut y avoir une atteinte à l'article 3 GG puisqu'une communauté de vie entre deux personnes de même sexe se différencie, dans ses caractéristiques essentielles, du mariage. Il appartient au législateur seulement de donner la possibilité aux couples homosexuels de protéger juridiquement leur union d'une manière comparable à la protection accordée aux époux.

¹² Notamment Stefan M. Grill, ZRP 1994, 40.

¹³ AG Frankfurt am Main, 21. 12. 1992, StAZ 1993, 48 et AG Frankfurt am Main, 29. 12. 1992, 40 UR III H 194/92.

¹⁴ LG Frankfurt am Main, 22. 03. 1993, 2/9 T 18/93, StAZ 1993, 217.

¹⁵ AG Mainz, 15. 03. 1993 - 6 III 152/92 et 6 III 157/92, StAZ 1993, 150.

¹⁶ Article 6 al. 1 GG : "Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat".

¹⁷ BVerfG 10. 1959, StAZ 1959, 262 ; BVerfG 49, 300 = StAZ 1979, 9.

2. Impossibilité de se prévaloir des règles non spécifiques aux couples mariés

En l'état actuel du droit, les couples homosexuels ne peuvent se prévaloir d'aucune des dispositions légales dont le fondement est à rechercher dans l'attachement personnel ou dans la vie commune basée sur un attachement personnel, dispositions dont la jurisprudence allemande étend l'application au profit des concubins.

Ces règles, qui sont en général prévues pour les époux et/ou pour des personnes appartenant à la même famille (*Familienangehörigen*), sont les suivantes:

- ✓ **droit de substitution au preneur dans le contrat de bail**, peu importe que ce bail ait été conclu au préalable par le partenaire décédé seulement (Cas du § 569a al. 1 BGB) ou par les deux partenaires (cas du § 569a al. 2 BGB) ;
- ✓ **droit d'habitation** pour l'ayant-droit à une servitude personnelle restreinte (§1093 al. 2 BGB) : l'ayant-droit peut comprendre dans l'habitation sa famille et les personnes nécessaires aux services et soins conformes à son rang ;
- ✓ dans les rapports entre partenaires, l'obligation pour chacun de ne répondre que des soins qu'il a coutume de faire pour ses propres affaires (§ 1359 BGB) ;
- ✓ **les règles successorales** des § 1932 BGB (préciput) et 1969 BGB (pendant les trente jours qui suivent la dévolution de la succession, l'héritier est tenu d'assurer l'entretien des personnes appartenant à la famille du défunt) ;
- ✓ la **notion de "membre de la même famille"** du § 11 StGB (Code pénal) ;
- ✓ le droit procédural de refuser de témoigner (ce droit n'est admis que pour un conjoint, un fiancé, des parents directs ou par alliance qui peuvent refuser un témoignage contre un proche en raison des liens affectifs qui les unissent) ;
- ✓ la **notification subsidiaire** selon le § 181 al. 1 ZPO (Code de procédure civile) : si la personne qui doit signifier un acte n'est pas là, la notification peut valablement être faite par une personne vivant dans le foyer et appartenant à la famille ;
- ✓ le **droit d'être informé par le médecin** en cas de grave maladie du partenaire, ainsi que le **droit de visite dans les hôpitaux**. Dans ces deux derniers cas, il n'est pas systématique que le concubin ni même le conjoint puissent revendiquer en toute hypothèse ces droits (en raison notamment du secret professionnel ou du règlement interne de l'hôpital).

A côté de l'ensemble de ces droits qui ne sont pas reconnus aux couples homosexuels, bien qu'ils soient basés sur l'attachement personnel entre deux partenaires, il existe également un certain nombre d'obligations imposées aux époux et étendues aux concubins, mais que le droit allemand n'applique pas aux couples homosexuels. Il s'agit des mesures suivantes :

- ✓ les **présomptions de propriété et de détention** prévues par les §§ 1362 BGB et 739 ZPO en faveur des créanciers d'un conjoint et selon lesquelles on suppose que les choses qui se trouvent en sa possession lui appartiennent également ;
- ✓ les règles relatives à **la contestation** des §§ 31 et 32 KO (ordonnance sur la faillite) en vertu desquelles des actes juridiques accomplis par le failli et portant préjudice aux créanciers de la masse, ne peuvent être contestés que s'ils ont été accomplis en faveur du conjoint ;

- ✓ le § 4 al. 2 phr. 2 des conditions générales de **l'assurance responsabilité civile** du chef de famille.

Les dispositions susvisées (1-11) ne sont pas exhaustives mais concernent les principales revendications des couples non mariés visant à obtenir des droits et obligations analogues à ceux des époux. Ecrites à l'origine pour les conjoints et les personnes d'une même famille, la jurisprudence allemande en étend l'application aux unions libres, mais non aux couples homosexuels.

Un traitement égalitaire entre les communautés de vie hors mariage (couples hétérosexuels ou homosexuels) n'est pas actuellement envisagé. Le premier pas à faire en ce sens serait de reconnaître aux homosexuels la qualité de "membre de la famille" (*Familien-Angehörigen*), notion à laquelle le droit allemand confère un certain nombre d'effets juridiques.

La proposition de loi du groupe parlementaire Bündnis 90/Die Grünen réclame la reconnaissance légale, au profit des couples homosexuels, de cette qualité. Mais une telle solution a été expressément limitée au profit des couples hétérosexuels seulement, par un arrêt du 13 janvier 1993 de la Cour fédérale de Karlsruhe¹⁸, décision qui a été interprétée comme la première consécration positive de l'union libre.

3. Impossibilité de se prévaloir des règles spécifiques aux couples mariés

Parmi les privilèges de droit public instaurés au profit des époux (avec ou sans enfants), on compte plus particulièrement la division du revenu des époux en deux parts¹⁹ en vue de déterminer l'impôt sur le revenu dans le sens d'un allègement fiscal. Un tel avantage résulte directement de la protection particulière du mariage et de la famille qui s'impose à l'Etat en vertu de l'article 6 al. 1 de la Loi fondamentale. Certains tentent d'ailleurs d'obtenir que ce privilège soit d'avantage fondé sur la famille et qu'il ne bénéficie qu'aux couples avec des enfants.

Quoiqu'il en soit, cet allègement des charges fiscales des conjoints n'est pas étendu ni aux unions libres ni aux couples homosexuels.

Les dispositions centrales du droit de la famille sont notamment l'obligation d'entretien de la famille, l'obligation d'entretien après séparation ou divorce, la compensation effective de la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives, la répartition compensatoire des droits à la retraite ainsi que les règles successorales. Ces dispositions reposent sur le principe de contribution aux charges du mariage, contribution proportionnelle aux facultés respectives de chacun des époux. Elles ne s'appliquent pas aux partenaires vivant en dehors du cadre du mariage ; les couples homosexuels ne peuvent donc pas s'en prévaloir.

Aucune des mesures provisoires mises en place en cas de séparation des époux ne peut non plus leur être étendue (§§ 1361a et 1361b BGB).

Il en va de même pour toutes les mesures légales qui reposent sur l'existence préalable d'une obligation d'entretien et qui ne valent que pour les époux (séparés). Ce sont par exemple le droit à des dommages-intérêts en cas d'homicide du débiteur de l'obligation alimentaire par

¹⁸ FamRZ 1993, 533 = NJW 1993, 999 = JZ 1993, 950.

¹⁹ *Ehegattensplitting*.

un tiers (§ 844 al. 2 BGB), le droit à augmentation de la portion du salaire non saisissable (§§ 850c et 850f al. 1 b) du Code de procédure civile), les dispositions du droit des assurances sociales et de la fonction publique sur l'assistance maladie et l'aide sociale gratuite en faveur des bénéficiaires d'une créance alimentaire, ou encore le droit à une pension de réversion (dans ce dernier cas les textes ne posent pas comme condition préalable l'existence d'une obligation alimentaire, mais limitent ce droit aux "veuves" et "veufs"²⁰).

En vertu du § 122 BSHG (loi fédérale sur l'aide sociale) et du § 137 IIa AFG (loi sur l'assistance-chômage) le revenu du partenaire d'une "union libre" (c'est-à-dire d'une communauté de vie entre un homme et une femme) est pris en considération de la même façon que le revenu de l'un des époux pour évaluer les besoins de l'autre partenaire à une allocation d'aide sociale et à une assistance-chômage. Cette règle n'est cependant applicable qu'aux concubins hétérosexuels et non aux couples homosexuels.

4. Conclusion

La situation juridique est claire : selon la constitution, seul le législateur peut intervenir en faveur des couples homosexuels. Or pour l'instant seul le parti Bündnis 90/Die Grünen a soutenu sans réserve leurs revendications. Les autres partis, à l'exception du CDU/SPD²¹, ont certes proclamé leur attachement à l'abolition de toute discrimination des personnes homosexuelles, mais ils ne sont pas prêts, en réalité, à s'engager devant le Bundestag pour les droits des couples homosexuels.

L'homosexualité apparaît encore pour la majorité conservatrice comme anormale et les homosexuels une minorité. Elle craint qu'une reconnaissance et une protection juridiques identiques à celles conférées aux couples de sexes différents ne favorise une intégration sociale complète des homosexuels que rien ne pourra arrêter.

Il ne faut pas non plus compter sur une future protection des couples homosexuels de la part de la Cour constitutionnelle fédérale. L'arrêt déjà cité, rendu par la troisième section de la première chambre à propos de "l'action état-civil"²², montre clairement que le tribunal n'entend pas s'avancer plus avant que le Bundestag sur cette question sociale très controversée. Par une décision du 2 mars 1995²³, la Cour manifeste également sa réticence : elle rejetait un pourvoi constitutionnel formé contre un jugement d'expulsion, lequel se prononçait sur l'évacuation des lieux par le partenaire survivant du locataire décédé. En l'espèce, l'arrêt ne fournissait aucun motif : la Cour aurait aussi bien pu ainsi accepter que refuser le pourvoi.

²⁰ § 46 SGBVI (code de la sécurité sociale) et § 19 BeamtVG (statut de la fonction publique).

²¹ Le porte-parole de la fraction parlementaire au Bundestag CDU/CSU, Norbert Geis, voit dans la demande d'une protection juridique des couples homosexuels une "effronterie", puisque seul le mariage bénéficie de la protection constitutionnelle (conférence de presse du 16. 8. 1995).

²² BVerfG 04. 10. 1993, NJW 1993, 3058.

²³ Az. 1 BvR 168/95.