

# LES ASPECTS MATRIMONIAUX DE L'UNION LIBRE

## ET LES COUPLES HOMOSEXUELS EN ESPAGNE

### Textes de référence :

- ✓ Loi 29/1994 du 24 Novembre de Locations Urbaines. (BOE 282 du 25 Novembre 1994).
- ✓ Loi 11/1981 du 13 Mai de modification du Code Civil en matière de filiation, autorité parentale et régimes économiques matrimoniaux (**Extrait en annexe**).
- ✓ SIS du 27 Mars 1996. *Revista Juridica de Catalunya*, III 1996.
- ✓ STSJC du 21 Mars 1996. *Revista jur/dica de Catalunya*, III 1996.
- ✓ Articles du Code Pénal Espagnol de 1995 (**en annexe**)
- ✓ Code de la Famille de la République du Salvador.
- ✓ Code de la Famille de la République du Panama.
- ✓ Règlement du Registre Municipal d'unions civiles, BOP de Girona numéro 4 du 9 janvier 1997.

### Table des matières

A. LA RELATION NON MATRIMONIALE .....	2
1. La situation avant 1978 .....	3
2. La régulation constitutionnelle et la réforme du droit de famille de 1981 .....	3
a) La régulation constitutionnelle.....	3
b) La Réforme du Droit de la famille de 1981. ....	5
3. Les relations patrimoniales au sein des relations non matrimoniales.....	5
a) Les relations patrimoniales entre les concubins. ....	5
b) Prestations, services et activités de travail entre concubins.....	7
c) Les pensions alimentaires entre concubins. ....	7
d) Les libéralités entre concubins. ....	8
4. Relation non matrimoniale et Droit de succession .....	8
a) La succession entre concubins. ....	8
b) Les réclamations compensatoires pour cause de mort des concubins.....	9
5. Les effets de la relation non matrimoniale par rapport aux enfants. ....	10
a) La filiation des enfants nés d'une relation non matrimoniale. ....	10
b) L'adoption d'un enfant par les concubins dans une relation non matrimoniale.	11
6. Les relations avec les tiers. ....	12

a) Le droit à la subrogation dans les contrats de loyer: la loi 29/1994 du 24 novembre sur les Locations Urbaines. ....	12
b) Les actes juridiques accomplis par l'un quelconque des concubins leurs effets vis-à-vis des tiers. ....	13
7. Les nouvelles orientations. ....	14
B. LE DROIT APPLICABLE AUX COUPLES HOMOSEXUELS .....	14
1. La situation avant 1978. ....	15
2. La régulation constitutionnelle. ....	15
3. Les règles du Code civil. ....	16
a) L'institution du mariage et le traitement du Titre VI du code Civil.....	16
b) Les nouvelles démarches visant la reconnaissance de ces couples.....	17
c) Les relations patrimoniales.....	18
d) Le Droit de Succession.....	18
4. Les relations avec les tiers. ....	19
5. La création de registres municipaux.....	20
6. Les nouvelles orientations. ....	21
C. ANNEXES.....	22
1. Loi 11/1981 du 13 Mai de modification du Code Civil en matière de filiation, autorité parentale et régimes économiques matrimoniaux .....	22
2. Articles du Code pénal espagnol de 1995 .....	28
3. Références bibliographiques .....	29

## **A. LA RELATION NON MATRIMONIALE**

La multiplication des couples non mariés, se présentant comme une alternative à la famille traditionnellement fondée sur le mariage, préoccupe à l'heure actuelle les sociologues et les juristes de nombreux pays, notamment ceux de l'Espagne.

Au cours des dernières décennies, avec la réforme politique, de profonds changements ont eu lieu dans la société espagnole. Cette évolution se concrétise avec la Constitution Espagnole (CE) de 1978 et avec les réformes profondes du Droit de la famille qui suivirent, particulièrement les Lois du 13 mai et du 7 juillet 1981, qui modifient considérablement les principes sur lesquels s'appuyait la législation antérieure en matière de filiation et de mariage. C'est ainsi que les problèmes posés par les couples non mariés ont fait une apparition spectaculaire sur l'échiquier de ces dernières années.

En Espagne, la réalité sociale des couples non mariés commence à revêtir de l'importance vers les années 70. La CE, sans définir la notion de famille, a ouvert la porte à la tolérance envers ces couples. Depuis l'entrée en vigueur de la CE jusqu'à aujourd'hui, on retrouve une réglementation fragmentaire de ce phénomène, sans qu'il existe pourtant, un cadre législatif qui lui donne une sécurité juridique déterminée.

## 1. La situation avant 1978

La prise en compte juridique des couples non mariés dans le régime pré-constitutionnel est déterminée par la réglementation générale du Droit de la famille et, en particulier, par le Droit matrimonial.

Le régime constitué le 1er avril 1939 proclame dans toutes ses lois fondamentales la soumission à la religion catholique et à l'église, en attribuant à cette dernière la tutelle de tous les aspects juridiques relatifs à la famille.

Postérieurement, la loi de 24 avril 1958 marque le premier point de réforme. La nouvelle rédaction de l'article 42 du Code Civil (CC) reconnaît deux sortes de mariages : le mariage canonique et le mariage civil, mais ce dernier est réservé aux contractants qui peuvent prouver qu'ils ne suivent pas la religion catholique.

La même année, le Décret de 14 novembre soulage la preuve d'acatholicité des contractants. La loi de liberté religieuse représente un ajournement de toute cette législation, mais jusqu'à l'arrivée de la CE, les deux formes de mariage n'ont pas été équivalentes.

Dans ce contexte, les couples non mariés sont restés à la marge de la loi. La seule norme de cette étape se retrouve dans le Code Pénal<sup>1</sup>. L'équivalence entre la conduite qualifiée et la situation réelle des couples non mariés a été signalée par le Tribunal Suprême (TS) : «l'équivalence est intégrée par la vie maritale poursuivie de façon publique, comme s'il s'agissait, en substituant l'épouse légitime par la concubine, de donner à cette union les apparences d'un nouveau mariage. »

## 2. La régulation constitutionnelle et la réforme du droit de famille de 1981

### a) *La régulation constitutionnelle.*

Si pendant le siècle dernier, il y eut silence des lois et condamnation par la doctrine et la jurisprudence de la relation non matrimoniale, c'est finalement dans les vingt dernières années environ, que s'est produit en Espagne un profond changement des coutumes, des moeurs, ainsi qu'une accélération du changement de l'organisation politique de l'Etat dont la CE de 1978 est le meilleur reflet.

Le Titre I de la CE de 1978 a un relief particulier; traitant des droits et des devoirs fondamentaux, on y proclame magnifiquement à l'article 10, entre autres, que : “ La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personne, le respect de la loi et des droits des autres sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale”.

---

<sup>1</sup> Article 452 CP 1944: «le mari qui entretiendra une concubine au domicile conjugal ou notoirement hors de ce domicile, sera puni de l'emprisonnement de courte durée. La concubine sera punie de la même peine ou de l'interdiction de séjour. Les dispositions des articles 450 et 451 sont applicables au regard de la femme, au délit puni dans le présent article.»

Le Chapitre 2 de ce même Titre I “Droits et Libertés” commence avec cet important précepte, article 14 : “Les Espagnols sont égaux devant la Loi, sans distinction d’origine, de race, de sexe...”<sup>2</sup>

Parmi les droits fondamentaux et les libertés publiques, auxquels il est fait allusion au paragraphe 1, est évoqué le droit à l’intimité personnelle et familiale, dont la protection sur le plan civil est décrite dans la loi du 5 mai 1982.

En ce qui concerne “les droits et les devoirs des citoyens” (non fondamentaux, on les trouve au paragraphe 2 du Chapitre 2 déjà mentionné), l’article 32.1 précise que “l’homme et la femme ont droit de contracter mariage avec pleine égalité juridique”<sup>3</sup>

Enfin au Chapitre 3 du Titre I CE, placé en tête des “Principes directeurs de la politique sociale et économique”<sup>4</sup>, l’article 39 affirme que “les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille”. Selon le paragraphe suivant, ils assurent “de même, la protection intégrale des enfants, égaux devant la loi quelle que soit leur filiation, et celle des mères, quel que soit leur état civil. La loi permettra la recherche de la paternité...”<sup>5</sup>

Du texte constitutionnel, on ne peut extraire aucune norme explicite sur les couples non mariés.

L’étude des travaux parlementaires pour l’élaboration de la CE permet de remarquer qu’il ne s’agit cependant pas d’une discussion ignorée par les députés constituants. L’avant-projet proposé par le groupe socialiste du Parlement reconnaissait le droit à l’homosexualité (« toute personne à droit au développement et à la libre disposition de son affectivité et sexualité ») et institutionnalisait les relations stables de famille dont l’origine n’était pas le mariage.

Cependant, un amendement présenté par UDC changea radicalement l’esprit de l’article qui finalement signalait que « l’homme et la femme pourront se marier pour la création d’une relation stable de famille ».

Ce grand débat préalable à la CE a continué jusqu’à aujourd’hui. Les défenseurs de l’appui constitutionnel à la légitimité du couple non marié se fondent sur deux arguments :

- ✓ le premier, d’après lequel tout ce qui n’est pas interdit est permis,
- ✓ et le second, qui tourne autour des principes généraux de la CE, c’est-à-dire, le droit à l’égalité, le droit à la dignité de la personne et au libre développement de la personnalité (articles 9.2, 10.1 et 14).

---

<sup>2</sup> On se réfère à ce précepte, associé aux droits fondamentaux et aux libertés publiques, en vue d’une protection spéciale dans l’article 53.2 CE.

<sup>3</sup> De l’article 39.2 en relation avec l’article 149.1.8 CE, découle que la loi— qui émane des Cortes et non des Communautés autonomes— devra régler sous certains aspects ce droit à contracter mariage, car s’il n’était pas considéré comme fondamental, il bénéficierait d’une protection moindre, celle que lui attribue l’article 53.1 CE.

<sup>4</sup> Ces principes, selon l’article 53.3 CE: “...informeront la législation positive, la pratique judiciaire et le rôle des pouvoirs publics. (Mais) ils ne pourront être allégués que devant la juridiction ordinaire en accord avec les lois qui les mettent en oeuvre et qui les ordonnent”.

<sup>5</sup> La loi du 13 mai 1981 a procédé à l’égalisation pratiquement absolue des filiations matrimoniales, non matrimoniales et adoptives. Sur le plan successoral, la Sentence du Tribunal Constitutionnel (STC) du 14 octobre 1987 favorise l’égalisation absolue.

D'autre part, la doctrine qui considère que le couple non marié se trouve exclu de la protection de l'article 39 CE, explique que le texte définitif de l'article établit un surplus de légitimité constitutionnelle pour la famille matrimoniale et reconnaît le droit au mariage en éliminant toute référence aux autres formes de cohabitation.

*b) La Réforme du Droit de la famille de 1981.*

La réforme qui est établie par les lois du 7 juillet et du 13 mai 1981 comporte l'adaptation de trois grands axes aux principes constitutionnels:

- ✓ l'élimination de toutes les discriminations de la femme mariée par rapport au mari,
- ✓ l'égalité absolue entre les enfants matrimoniaux et les extra-matrimoniaux,
- ✓ la régulation de la séparation et du divorce.

### **3. Les relations patrimoniales au sein des relations non matrimoniales**

*a) Les relations patrimoniales entre les concubins.*

#### **Acquisitions et bénéfices dans la relation non matrimoniale.**

La position de la jurisprudence traditionnelle, qui jusqu'ici qualifiait tous les accords qui contribuaient au maintien d'une relation de ce type de nuls pour cause illicite, ne peut plus être soutenue à l'heure actuelle.

Le fait qu'un homme et une femme vivent ensemble sans avoir contracté le mariage, n'implique aucune limite dans leur capacité juridique ou dans leur capacité d'agir, excepté bien sûr s'il s'agit de faire de la personne ou d'une relation personnelle intime l'objet du contrat. Il n'est pas possible d'autre part, de soumettre les relations qui règlent le patrimoine du couple non marié, à un accord équivalent à celui-ci.

En revanche, les dispositions du Code Civil (articles 392 et suivants), en matière de communauté de biens, semblent offrir un modèle possible pour régler les relations patrimoniales du couple non marié, étant donné la conception individualiste des dites dispositions.

#### **L'accord qui règle les relations patrimoniales entre concubins.**

Ces accords sont principalement établis pour préciser la contribution financière de chacun des concubins. Ces accords poussent le devoir moral de solidarité entre les deux concubins sur la voie juridique des obligations civiles, même après la rupture.

Cependant, il y a une absence totale de régulation légale dans le domaine du droit de la famille et un traitement fragmentaire du phénomène dans la législation en vigueur.

En ce qui concerne le régime de communauté de biens que le Code Civil attribue au couple marié, rien n'empêche un contrat en vertu duquel, les parties mettent en commun les gains. Aucun obstacle ne s'y oppose lorsqu'on met en relation l'article 1675 avec les articles 392 et 393 du Code Civil. Pourtant, étant donné qu'il s'agit d'une relation non matrimoniale qui peut se dissoudre à tout moment sans aucun obstacle juridique, la communauté de biens (article 392 et

suivants du Code Civil) susceptible d'être modifiée par voie contractuelle par l'action de division (article 400 et suivants) semble être le meilleur instrument pour qu'aucun des deux concubins se retrouve dans une situation de précarité économique en cas de rupture.

La possibilité d'établir une société universelle entre les concubins (articles 1671 à 1677 du Code Civil) est limitée aux cas où elle serait constituée par écrit d'une façon formelle.

Les deux limites essentielles des pactes patrimoniaux entre concubins sont :

- ✓ le fait d'être considérés contraires à l'ordre public si l'objet précis est le commerce charnel,
- ✓ et le fait de régler des effets strictement personnels (obligations pour toute la vie, renonciation au droit de rupture, etc.)

Consécutivement à leur légalité, et lorsqu'ils réuniront toutes les conditions pour leur efficacité selon l'article 1261 du code Civil, ces accords obligeront les parties qui y interviennent (article 1278), mais aussi les héritiers universels.

### **Le traitement légal en cas d'absence d'accord**

La jurisprudence du Tribunal Suprême refuse l'idée selon laquelle lorsqu'une relation para-matrimoniale est créée, une communauté de biens naît automatiquement : «l'union libre n'est pas une situation équivalente à celle du couple marié et pour cela, la réglementation de celui-ci ne peut lui être appliquée. Si ces couples se sont unis de cette façon, c'est bien pour rester en dehors de la discipline matrimoniale et non pour que celle-ci leur soit appliquée ».

Cependant, il n'y a aucun doute que dans la vie de tous les jours, la rupture capricieuse, brusque, plus particulièrement dans les cas où la relation s'est prolongée dans le temps, implique, outre les devoirs juridiques envers les éventuels enfants nés de cette union, des devoirs moraux envers le concubin délaissé.

La doctrine et la jurisprudence utilisent la notion de l'enrichissement sans cause pour protéger la partie lésée par la rupture et pour estimer économiquement les prestations de services apportées par celle-ci au sein du couple.

Pourtant, la doctrine s'est intéressée avec davantage de soin à l'hypothèse d'une relation nouée ou maintenue moyennant des manoeuvres dolosives, en particulier la promesse de mariage ou l'abus d'autorité. La séduction de la femme constitue la toile de fond des cas jugés par le Tribunal Suprême dans les arrêts du 9 mai 1914 et du 17 octobre 1932 : dans ces deux cas, il y avait eu promesse de paiement d'une pension qui fut acceptée et avait même commencé à être payée<sup>6</sup>. D'après ces deux jugements, le Tribunal Suprême s'est appuyé sur la violation d'un devoir moral de conscience, obligation naturelle, qui s'élève à la catégorie d'obligation civile moyennant la souscription d'un document.

Le droit à l'indemnisation aurait pu être reconnu dans d'autres cas, comme ceux qui furent jugés par le Tribunal Suprême le 20 avril 1941 et le 9 avril 1979; ils généralisent la

---

<sup>6</sup> L'inaccomplissement sans cause de la promesse de mariage peut dans le droit espagnol donner lieu à une obligation de dédommagement des frais engagés et des obligations contractées en vue du mariage promis (articles 42 et 43 du Code Civil). Cependant, si la promesse a été formulée dans l'intention d'établir une relation sexuelle, avec l'idée de ne pas la mener à bien, une indemnisation encore plus importante pourrait être reçue.

doctrine de l'obligation naturelle, dans le sens où elle permet de subvenir aux besoins minimaux de celui qui est lésé par l'abandon.

*b) Prestations, services et activités de travail entre concubins.*

Dans ce schéma de fait constitué par une extrême variété de situations, il est parfaitement possible que la femme fournisse à l'homme ou inversement, des services équivalents à ceux d'une employée de maison, ou une collaboration dans une activité lucrative, commerciale ou d'une autre nature.

Cette relation de travail ne peut se présumer.

Au sujet du travail au foyer, le Code Civil Espagnol dispose à propos du régime matrimonial de la séparation de biens, que (article 1438) : « Le travail ménager entrera dans le calcul de la contribution aux charges et donnera droit à l'obtention d'une compensation que le juge fixera, faute d'accord, à l'extinction du régime.

*c) Les pensions alimentaires entre concubins.*

Dans le cas d'un couple non marié avec enfants, la pension stipulée en faveur de ces derniers revêtirait la même forme - à savoir un accord privé - que dans les cas où les conjoints se séparent. Même en absence d'enfant, un accord peut être signé pour une pension en faveur de la femme ou de l'homme dans le cadre de l'article 153 du Code Civil qui fait expressément allusion aux pensions faisant l'objet d'un accord.

Signer un accord pour le versement d'une pension alimentaire destinée aux charges du ménage, pendant le temps que dure la cohabitation non matrimoniale, est licite et conforme à l'esprit du texte de l'article 1438 du code Civil pour ce qui relève de la séparation de biens.

Vis à vis des enfants issus d'une relation non matrimoniale, il faut rappeler les devoirs des géniteurs de leur fournir une pension alimentaire dans tous les cas (articles 110 et 111 du Code Civil) en tenant compte du fait que, selon l'article 159 du même Code, les enfants de moins de sept ans sont en principe confiés à la mère si les parents vivent séparés et n'avaient rien décidé d'un commun accord.

Bien que la relation non matrimoniale soit considérée comme une situation de fait, la cohabitation du couple et des enfants issus de cette union accentue indiscutablement la dimension familiale de cette cohabitation, d'autant plus qu'elle comporte l'application directe des règles juridiques, relatives aux enfants, alors même que la cohabitation des géniteurs peut se rompre à tout moment, sans violer des préceptes juridiques.

**Effets indirects.**

D'après l'article 101 du Code Civil, le droit à pension qui peut revenir à l'un des conjoints de la part de l'autre en cas de séparation ou de divorce s'éteindra « quand cesse la cause qui le motive, si le créancier contracte un nouveau mariage, ou vit maritalement avec une autre personne ». Cette règle estime que le créancier de la pension ne doit pas bénéficier déjà d'aides

économiques extérieures, pour éviter de cumuler frauduleusement les avantages d'unions successives de fait et de droit. Des difficultés existeront malgré tout, quand il s'agira d'enquêter sur cette vie maritale. Quoiqu'il en soit, il est certain que l'assimilation des effets entre mariage et vie maritale se fait en détriment de cette dernière.

d) *Les libéralités entre concubins.*

Les libéralités entre concubins sont considérées comme licites pour les mêmes raisons qui justifient l'auto-réglementation de l'union libre.

Les limites à ces libéralités sont les mêmes applicables aux donations en général : les vices du consentement, la simulation, l'absence de forme et l'illégalité de la cause.

Sous l'apparence d'une donation, une attribution *solvendi causa* peut exister avec l'esprit de réparer un mal causé par la rupture. La protection de la partie faible est justifiée lorsqu'un préjudice est causé par une conduite dolosive du concubin, provoquant la rupture de la relation, et constituant une obligation extra-contractuelle.

Un droit à une pension alimentaire est reconnu. Le régime applicable est celui de la pension alimentaire due entre membres d'une même famille et entre conjoints divorcés : une obligation naturelle.

La restitution des libéralités consenties n'a pas lieu d'être et lorsqu'il existe une promesse de constitution de pension alimentaire, celle-ci prend un caractère civil.

#### 4. Relation non matrimoniale et Droit de succession

a) *La succession entre concubins.*

**La succession *ab intestat*.**

Actuellement, et sur le plan du droit positif, il est évident que dans la législation espagnole, la relation non matrimoniale n'est pas une cause suffisante, quelle que soit sa durée, pour déterminer une vocation successorale *ab intestat*<sup>7</sup>.

C'est précisément pour remédier à l'absence de succession *ab intestat* que se multiplient tant les libéralités entre vifs que *mortis causa* en prévision de la fin de la relation. Pour ce qui est des libéralités *mortis causa*, elles marquent surtout le caractère réparateur du préjudice que la cessation de la relation entraînera.

Dans certains systèmes de la Common Law, des droits à la succession *ab intestat* sont reconnus au concubin survivant. Le Portugal reconnaît cette possibilité dans l'article 2020 de son Code Civil. En Espagne, il n'existe pas de législation dans ce sens. En revanche, une telle possibilité existe dans la Compilation de Droit Civil de Catalogne.

---

<sup>7</sup> Jusqu'à une époque récente, il existait même, dans le Droit Catalan, une interdiction successorale à l'égard de ces personnes coupables de traitement adultérin, sacrilège ou incestueux avec celui qui en est la cause. Mais dans l'histoire du Droit Espagnol, la concubine a eu, en certains cas, des droits successoraux.

### **La succession testamentaire.**

Egalement dans ce domaine, le législateur espagnol garde silence. Dans des époques antérieures, la jurisprudence avait tendance à annuler les dispositions testamentaires en faveur du concubin sur la base de l'argument de l'ordre public. Actuellement, le concubin peut hériter sans aucune discrimination, en étant considéré comme un tiers extérieur à la famille, mais pas dans les mêmes conditions que le conjoint. Aujourd'hui, depuis la Constitution de 1978, il est inadmissible en droit espagnol d'alléguer des incapacités successorales qui s'appuieraient sur l'existence d'une relation non matrimoniale, et d'annuler des dispositions testamentaires en faveur du concubin, si ce n'est pour les causes communes à toutes les dispositions testamentaires.

La Sentence du Tribunal Suprême de 3 juillet 1984 a reconnu pour la première fois le droit d'héritage à un concubin dans une succession testamentaire. Postérieurement, en 1986, le Tribunal Suprême a reconnu un usufruit à vie à la concubine au détriment de la femme qui ne vivait plus avec le mari depuis quarante ans.

#### *b) Les réclamations compensatoires pour cause de mort des concubins.*

L'action compensatoire traitée par les articles 1902 du Code Civil et 19,104 et 105 du Code pénal régule en même temps les dommages matériels et moraux. La responsabilité peut être exercée par la famille ou par un tiers. Un lien juridique n'est pas requis, il faudra tout simplement prouver le dommage souffert (le mal objectif dont traite l'article 1902 du Code Civil).

### **La pension de veuvage dans la relation non matrimoniale.**

La pension de veuvage est reconnue au concubin survivant qui n'a pas pu se marier à cause d'un empêchement légal.

C'est à partir de la réforme du Code Civil et la loi 30/1981 du 17 Juillet (disposition additionnelle dixième) que cette pension est reconnue au concubin non matrimonial lorsqu'il réunit toutes les conditions pour cela.

Précisément, dans le cas jugé par le Tribunal Suprême espagnol le 13 juin 1986, il n'a pas été allégué, à proprement parler, le caractère de la relation qu'a entretenue - pendant 42 ans - un homme marié avec une femme qui n'était pas son épouse. Cette dernière, bien que séparée de son mari extrajudiciairement depuis 46 ans, avait demandé la nullité de la disposition testamentaire réalisée en faveur de la compagne, car elle s'estimait lésée dans ses droits. Même si ces droits ont été admis, sur le principe, sa prétention n'a pu finalement aboutir, le Tribunal Suprême prétextant l'abus de droit, et le manque de bonne foi et équité.

### **La pension de réversion**

L'article 160 de la Loi Générale de la Sécurité Sociale discrimine le concubin par rapport au conjoint survivant.

Le conjoint aura droit à la pension de réversion lorsqu'il remplira les conditions précises que l'article 160 dispose. L'arrêt du Tribunal Supérieur de Justice de la Communauté Autonome de Valence du 30 juin de 1992 appuie cette thèse en disant que ce droit est seulement présent lorsqu'il existait un lien matrimonial.

## 5. Les effets de la relation non matrimoniale par rapport aux enfants.

La problématique de la filiation, au sens large et au sens restreint du Code Civil - puisque les enfants sont des personnes qui ont besoin pendant leur minorité d'une protection particulière - a été traditionnellement liée à l'institution du mariage, en partant des prémisses que la fonction de celui—ci était d'abord la procréation et l'éducation des enfants. C'est seulement ainsi que l'on peut expliquer, mais non justifier, le fait que jusqu'à la réforme du 13 mai 1981, le code Civil ait maintenu une hiérarchie très stricte entre les catégories de filiation légitime, naturelle et illégitime non naturelle, vidant pratiquement de ses effets l'état civil de ces derniers<sup>8</sup>.

Aujourd'hui, depuis la CE et les réformes du Code Civil de 1981, le panorama est très différent. D'un point de vue laïc, le mariage change de finalité, subtilement mais de façon perceptible. Et en matière de filiation, l'idée qui a cours et qui représente la réforme la plus profonde du Code Civil depuis sa promulgation, est celle-ci non seulement on mettra sur un pied d'égalité, quant à leurs effets la filiation matrimoniale, la filiation non matrimoniale et l'adoption plénière, même si les régimes applicables sont différents.

### *a) La filiation des enfants nés d'une relation non matrimoniale.*

Dans le droit espagnol en vigueur, les enfants sont matrimoniaux quand le père et la mère sont mariés entre eux (article 108 CC), et non matrimoniaux dans le cas contraire - qu'ils soient fruit d'une cohabitation sporadique ou d'une relation non matrimoniale importe peu quant aux effets de la filiation, étant donné qu'on les compare aux enfants matrimoniaux<sup>9</sup>.

La règle ne signifie pas que la relation non matrimoniale produise des effets quant à la filiation, et n'exige donc pas que la cohabitation dont il est question s'accompagne de telles ou telles caractéristiques. Cette cohabitation est considérée comme un fait, relation biologique entre l'homme et l'enfant, pour en déduire la filiation paternelle avec les obligations que celle-ci engendre.

D'un côté, il y a la présomption légale, qui attribue au mari de la mère les enfants nés dans les délais légaux (article 116 et suivants du CC), en parfaite coïncidence avec les devoirs juridiques de cohabitation et de fidélité auxquels sont soumis les conjoints. Mais il n'y a pas d'institutionnalisation parallèle de la relation non matrimoniale. Pour cette raison, les mécanismes de détermination formelle de la filiation non matrimoniale sont plus complexes (article 120 CC).

Comme dans la filiation matrimoniale, les moyens de détermination de la filiation non matrimoniale sont double les extrajudiciaires (article 120.1,2 et 4) et judiciaires (article 120.3).

---

<sup>8</sup> Les enfants illégitimes non naturels n'avaient même pas le droit de porter le nom de leurs géniteurs, à moins qu'ils ne veuillent se l'attribuer volontairement. Ils pouvaient être appelés enfants «contre-matrimoniaux» alors que les enfants naturels étaient les «extra-matrimoniaux» et les enfants légitimes les «matrimoniaux».

<sup>9</sup> L'article 108.2 CC dispose que «la filiation matrimoniale et la filiation non matrimoniale ainsi que celle par adoption engendrent les mêmes effets, conformément aux dispositions de ce Code.» Des différences importantes subsistent toutefois quant à la détermination de la filiation selon qu'elle est matrimoniale ou non matrimoniale.

On peut toutefois admettre que la protection que l'article 39 de la CE offre à la famille s'applique à celle qu'on a appelé la famille de fait. Ce qui est certain, c'est que ce texte se réfère spécifiquement à la protection due aux enfants, et aux mères quel que soit leur état civil.

Egalement, le législateur espagnol établit des actions différentes selon la nature matrimoniale ou pas de l'enfant. En ce qui concerne les enfants non matrimoniaux, la détermination de la filiation peut se produire en procès pénal ou en procès civil. Dans le procès civil, étant donnée la nature de celui-ci, il sera nécessaire d'exercer une action de réclamation, ce qui n'est pas le cas dans le procès pénal.

Les précisions sur ces actions se retrouvent dans le Code Civil à la suite des éléments de détermination de la filiation.

### **Effets indirects.**

D'après l'article 135 du code Civil, «on pourra déclarer la filiation ... qui résulte de la cohabitation de la mère à l'époque de la conception... ». La relation non matrimoniale opère ici en rendant réalisable l'accomplissement d'un devoir moral fondamental, à savoir, l'établissement juridique de la relation entre le père et l'enfant, paterno-filiale, relation qui entraîne plus de devoirs que de droits.

En ce qui concerne l'émancipation des enfants, d'après l'article 320 du Code Civil, le juge peut accorder l'émancipation des enfants de plus de 16 ans, si ceux-ci la demandent, avec l'audience préalable des parents... « quand ce sont eux qui exercent l'autorité parentale... et qu'ils vivent maritalement avec une personne distincte de l'autre géniteur... ».

La prise en considération par la loi de la relation non matrimoniale n'opère pas non plus, dans l'absolu, au bénéfice des concubins, et encore moins sur le plan moral, puisque l'un d'eux, celui qui exerce l'autorité paternelle, peut voir imposée judiciairement l'émancipation de son enfant.

#### *b) L'adoption d'un enfant par les concubins dans une relation non matrimoniale.*

L'article 172 du CC dans sa rédaction antérieure signalait qu'"en dehors de l'adoption par les deux conjoints, personne ne pouvait être adopté simultanément par plus d'une personne". Toutefois, la réforme du Code Civil Espagnol en matière d'adoption par la loi 21/1987 du 11 novembre, bien que reprenant fondamentalement la règle antérieure de l'actuel article 175.4 CC, a introduit l'éventualité que des personnes non mariées puissent adopter simultanément un mineur.

En effet, la troisième disposition additionnelle de la loi 21/1987 dit que: « Les dispositions de cette loi quant à la capacité des conjoints à adopter simultanément un mineur, seront également applicables à l'homme et à la femme formant un couple uni de façon permanente, par une relation affective analogue à celle du mariage ».

De cette disposition additionnelle semble se déduire la condition d'hétérosexualité pour le couple adoptant. Ce fait constitue une discrimination envers les couples de fait formés par des personnes du même sexe.

## 6. Les relations avec les tiers.

a) *Le droit à la subrogation dans les contrats de loyer: la loi 29/1994 du 24 novembre sur les Locations Urbaines.*

Sur la base d'une relation non matrimoniale présente ou passée, la nouvelle loi 29/1994 du 24 novembre sur les logements urbains établit de grandes nouveautés.

Tout d'abord, on y retrouve une **définition de relation non matrimoniale** soumise à des conditions précises:

- ✓ une cohabitation permanente avec une relation d'affectivité analogue à celle des conjoints,
- ✓ la non prise en compte de l'orientation sexuelle du couple,
- ✓ une cohabitation minimum de deux ans, sauf dans les cas où il existerait une descendance commune. Dans cette situation, la seule cohabitation sera suffisante sans autre condition.

Ensuite, cette loi établit l'égalité du traitement légal vis à vis des deux relations.

L'établissement d'un terme de durée limitée permet la diminution des impacts que l'institution des **subrogations** avait sur l'équilibre des prestations. Dans la mesure où le droit des personnes subrogées à continuer l'usage de l'habitat loué se maintient jusqu'à la fin du terme contractuel, il n'y a pas d'obstacles pour le maintien de ce droit dans le domaine *mortis causa* en faveur des personnes qui avaient un lien direct avec le locataire. Ce droit est reconnu de la même façon au concubin *more uxorio* tel qu'il est fixé dans l'article 16.1 b) de la loi.

En ce qui concerne les subrogations *inter vivos*, leur existence est seulement reconnue lorsqu'un consentement préalable par écrit du propriétaire existe. En même temps, dans les cas de résolutions judiciaires de procès de nullité, de séparation ou de divorce, l'habitat peut être attribué à l'époux non titulaire. Dans ces cas, il est reconnu *ex lege* à celui-ci le droit de continuer l'usage de l'habitat pour le temps restant du contrat. Ceci est aussi applicable aux relations non matrimoniales.

Pour toutes les autres hypothèses, la nouvelle loi opte pour la suppression totale de la subrogation entre vivants (article 15).

Quant à la **nature de la location de l'appartement**, l'article 7 de la Loi établit que "la location de celui-ci ne perdra pas la nature de foyer même si le locataire n'établit pas dans celui-ci sa demeure permanente, pourvu que, soit le conjoint non séparé légalement, soit le partenaire de fait ou les enfants habitent dans celui-ci."

Ainsi, le concubin rejoint les mêmes droits légaux que l'époux.

En ce qui concerne la durée du contrat, et en particulier le désistement et l'échéance en cas de mariage ou de cohabitation du locataire, l'article 12 institue l'égalité de traitement pour les deux formes de couple.

Même avant l'entrée en vigueur en 1994 de la nouvelle loi sur les Locations Urbaines, un arrêt du 10 janvier de 1992 de l'Audience de la Provence de Alicante, avait reconnue «l'équivalence juridique entre l'union matrimoniale et l'union affective»

*b) Les actes juridiques accomplis par l'un quelconque des concubins leurs effets vis-à-vis des tiers.*

La cohabitation que la relation non matrimoniale implique, entraîne une série de frais inévitables. Les concubins réalisent avec des tierces personnes des actes juridiques, d'où peuvent naître des obligations.

Quand il s'agit de mari et femme, l'article 1319 du Code Civil établit d'une façon générale la responsabilité des actes réalisés par l'un des conjoints dans le but de survenir aux nécessités ordinaires de la famille. En revanche, dans le cas d'une relation non matrimoniale, bien qu'il se soit constitué «de fait» une famille, en principe aucun des concubins n'apparaît comme responsable des actes que l'autre aura pu accomplir.

Afin de résoudre cette injustice, la doctrine tente d'apporter des solutions particulièrement nécessaires quand le tiers qui a passé contrat avec l'un des concubins, toujours en ce qui concerne les besoins du ménage, croyait que celui-ci était marié.

Une partie de la doctrine estime plus adaptée au droit espagnol la théorie du mandat tacite (article 1710 du Code Civil), qui permet d'après l'article 1712.2 du même Code, d'agir en justice, le mandat n'étant pas toujours représentatif.

Il est logique qu'il n'existe pas, en droit espagnol, parallèlement aux articles 1318 pour les époux, une réglementation concrète applicable à ces cas de relation non matrimoniale, qui peuvent se présenter dans la réalité sous des aspects très divers.

Mais cela ne signifie nullement qu'on puisse parler de carence dans un ensemble de règles empreintes, comme c'est le cas de l'Espagne, de principes généraux du droit. Les préceptes examinés permettront d'arriver à une solution juste, en fonction des caractéristiques des espèces. Un élément paraît important pour pouvoir établir la responsabilité du concubin qui n'a pas contracté c'est le fait qu'il ait accepté expressément la gestion de l'autre ou qu'il en ait tiré profit.

Il ne doit pas y avoir de difficulté particulière pour appliquer alors la théorie de la gestion des affaires d'autrui sans mandat, en invoquant les articles 1727.2 et 1893 du Code Civil.

## **7. Les nouvelles orientations.**

Etant donné la réalité sociale des unions de fait, la doctrine fait appel au législateur pour l'établissement d'une normative qui détermine les critères pour qu'une protection soit appliquée effectivement à cette nouvelle famille.

La doctrine a proposé des critères nécessaires pour la reconnaissance des concubinages en Espagne tel que l'ont fait certaines législations sud-américaines. Celles-ci reconnaissent les concubinages lorsque les sujets qui l'intègrent sont majeurs et lorsqu'il n'existe pas d'empêchements pour leur mariage.

En Espagne, les orientations sont différentes, puisque le législateur inclut dans la conception de concubinage toutes les relations d'affectivité analogues au mariage, sans tenir en compte de l'orientation sexuelle des sujets.

Les législateurs sud-américains exigent pour la reconnaissance et l'effectivité de cette union, une durée minimum de vie en commun : deux ans sont exigés par la Constitution Bolivienne de 1945, trois ans selon le Code Civil du Guatemala et trois ans aussi minimum pour le Code de Famille de la République du Salvador.

En ce qui concerne la publicité de ces couples, des Registres de concubinages se sont établis au niveau des Communautés Autonomes espagnoles pour leur recensement (en Catalogne, Pays Basque, Valence).

## **B. LE DROIT APPLICABLE AUX COUPLES HOMOSEXUELS**

Au cours des dernières décennies, la réforme politique relative aux couples non mariés a donné lieu à de profonds changements ont eu lieu dans la société espagnole. Cette évolution se concrétise avec la Constitution Espagnole (CE) de 1978 et avec les réformes profondes du Droit de la famille qui suivirent, particulièrement les Lois du 13 mai et du 7 juillet 1981, qui modifient considérablement les principes sur lesquels s'appuyait la législation antérieure en matière de filiation et de mariage.

En Espagne, la réalité sociale des couples non mariés commence à revêtir de l'importance vers les années 70. La CE, sans définir la notion de famille, a ouvert la porte à la tolérance envers ces couples. Depuis l'entrée en vigueur de la CE jusqu'à aujourd'hui, on retrouve une réglementation fragmentaire de ce phénomène, sans qu'il existe pourtant, un cadre législatif qui lui donne une sécurité juridique déterminée.

En ce qui concerne la situation des couples homosexuels, avec la libéralisation des mœurs, l'homosexualité n'est plus condamnée en tant que telle par les législateurs. Mais du point de vue du droit civil, selon les articles du Code Civil, il n'est pas prévu l'analogie aux profit des couples homosexuels aux règles en vigueur pour les personnes mariées au profit des couples homosexuels. Seule la Loi de Locations Urbaines de 1994 prévoit une égalité de traitement entre les couples mariés et les non mariés, sans tenir compte de leur orientation sexuelle.

## 1. La situation avant 1978.

La prise en compte juridique des couples non mariés dans le régime pré-constitutionnel est déterminée par la réglementation générale du Droit de la famille et, en particulier, par le Droit matrimonial.

Le régime constitué le 1er avril 1939 proclame dans toutes ses lois fondamentales la soumission à la religion catholique et à l'église, en attribuant à cette dernière la tutelle de tous les aspects juridiques relatifs à la famille.

Postérieurement, la loi de 24 avril 1958 marque le premier point de réforme. La nouvelle rédaction de l'article 42 du Code Civil (CC) reconnaît deux sortes de mariages le mariage canonique et le mariage civil, mais ce dernier est réservé aux contractants qui peuvent prouver qu'ils ne suivent pas la religion catholique. La même année, le Décret de 14 novembre soulage la preuve d'acatholicité des contractants. La loi de liberté religieuse représente un ajournement de toute cette législation, mais jusqu'à l'arrivée de la CE, les deux formes de mariage n'ont pas été équivalentes.

Dans ce contexte, les couples non mariés sont restés à la marge de la loi. La seule norme de cette étape se retrouve dans le Code Pénal. L'équivalence entre la conduite qualifiée et la situation réelle des couples non mariés a été signalée par le Tribunal Suprême (TS): « L'équivalence est intégrée par la vie maritale poursuivie de façon publique, comme s'il s'agissait, en substituant l'épouse légitime par la concubine, de donner à cette union les apparences d'un nouveau mariage.

En ce qui concerne les **couples homosexuels**, le Code Pénal de 1928 incrimine cette conduite à l'article 616 qui disposait : «Celui qui, habituellement ou avec scandale, commettrait des actes contraires à la pudeur avec des personnes de même sexe, sera puni d'une amende de 1000 à 10.000 pesetas et de l'interdiction spéciale de charges publiques de six à douze ans.

Postérieurement, la législation du régime de Franco fut inexistante, même si le délit de scandale public et la Loi du péril et Réhabilitation sociale ont été des instruments juridiques utilisés pour la répression de ces types de conduites.

## 2. La régulation constitutionnelle.

Si pendant le siècle dernier, il y eût un silence des lois et condamnation par la doctrine et la jurisprudence de la relation non matrimoniale, c'est finalement dans les vingt dernières années environ, que s'est produit en Espagne un profond changement des coutumes, des moeurs, ainsi qu'une accélération du changement de l'organisation politique de l'Etat dont la CE de 1978 est le meilleur reflet (*cf. infra*)

Du texte constitutionnel, on ne peut extraire aucune norme explicite sur les couples non mariés.

L'étude des travaux parlementaires pour l'élaboration de la CE permet de remarquer qu'il ne s'agit cependant pas d'une discussion ignorée par les députés constituants. L'avant-projet proposé par le groupe socialiste du Parlement reconnaissait le droit à l'homosexualité (« toute personne à droit au développement et à la libre disposition de son affectivité et sexualité ») et institutionnalisait les relations stables de famille dont l'origine n'était pas le mariage.

Cependant, un amendement présenté par UDC changea radicalement l'esprit de l'article qui finalement signalait que « l'homme et la femme pourront se marier pour la création d'une relation stable de famille ».

Ce grand débat préalable à la CE a continué jusqu'à aujourd'hui. Les défenseurs de l'appui constitutionnel à la légitimité du couple non marié se fondent sur deux arguments: le premier, d'après lequel tout ce qui n'est pas interdit est permis, et le second, qui tourne autour des principes généraux de la CE, c'est-à-dire, le droit à l'égalité, le droit à la dignité de la personne et au libre développement de la personnalité (articles 9.2, 10.1 et 14).

D'autre part, la doctrine qui considère que le couple non marié se trouve exclu de la protection de l'article 39 CE, explique que le texte définitif de l'article établit un surplus de légitimité constitutionnelle pour la famille matrimoniale et reconnaît le droit au mariage en éliminant toute référence aux autres formes de cohabitation.

### **3. Les règles du Code civil.**

#### *a) L'institution du mariage et le traitement du Titre VI du code Civil.*

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. La procréation n'est pas un objectif du mariage mais il s'agit d'un élément étroitement lié à cette institution. Sur ce fondement, il est impossible de reconnaître aux couples homosexuels la qualité de conjoints au sens du droit civil fait en effet défaut la possibilité d'engendrer des enfants.

A ce sujet d'ailleurs, les médias se font l'écho des groupes homosexuels qui réclament la possibilité de se marier et entendent profiter du régime applicable à toute communauté de vie conjugale. Au nom du principe de non-discrimination entre les personnes, ils attendent du législateur qu'il autorise expressément le mariage entre toutes les personnes, sans tenir compte de leur sexe.

Or, pour que cela soit une réalité, la doctrine espagnole soutient le fait qu'il faudrait une réforme de l'institution du mariage, puisque le traitement actuel vise uniquement comme sujet, du mariage l'homme et la femme.

*b) Les nouvelles démarches visant la reconnaissance de ces couples.*

A cet effet, une résolution du Parlement de la Communauté de Valence du 19 mai 1994 qui débattait une proposition sur la « reconnaissance explicite des unions de fait hétérosexuelles et homosexuelles » établit les points suivants

- ✓ Le Parlement de Valence sollicitait du Gouvernement de cette Communauté Autonome l'interpellation du Gouvernement Central de l'Etat pour l'approbation et la publication de mesures législatives qui entraînent la reconnaissance explicite de ces couples, et la réforme de toutes les dispositions légales qui traitent les relations patrimoniales, le droit de succession, la sécurité sociale, etc., soit toutes celles qui supposent, dans la pratique, une discrimination visant les liens non matrimoniaux.
- ✓ En attendant cette grande réforme, le Gouvernement de Valence a constitué un Registre dans la région de la Communauté Autonome de Valence où peuvent s'inscrire volontairement « les couples de fait sans tenir compte de leur orientation sexuelle ». Ce registre sauvegardera le droit à l'intimité des personnes intéressées et livrera à pétition du couple ou d'un tiers, un certificat de « cohabitation de fait ».

Un autre exemple important à souligner est le projet de loi du Parlement de Valence à propos de la Loi de l'enfance publié au Journal Officiel de cette Communauté le 15 mai 1994 relatif à l'adoption du mineur.

Ce projet de loi disposait que la constitution et l'efficacité de l'adoption seraient réglées par les dispositions de la législation civile de l'Etat. L'article 172 du CC dans sa rédaction antérieure signalait qu' « en dehors de l'adoption par les deux conjoints, personne ne pouvait être adopté simultanément par plus d'une personne ». Toutefois, la réforme du Code Civil Espagnol en matière d'adoption par la loi 21/1987 du 11 novembre, bien que reprenant fondamentalement la règle antérieure de l'actuel article 175.4 CC, a introduit l'éventualité que des personnes non mariées puissent adopter simultanément un mineur.

En effet, la troisième disposition additionnelle de la loi 21/1987 dit que: « Les dispositions de cette loi quant à la capacité des conjoints à adopter simultanément un mineur, seront également applicables à l'homme et à la femme formant un couple uni de façon permanente, par une relation affective analogue à celle du mariage ». De cette disposition additionnelle semble se déduire la condition d'hétérosexualité pour le couple adoptant.

Même si cette disposition établit l'égalité de traitement entre les conjoints et les concubins hétérosexuels, les couples homosexuels restent en dehors de ce traitement. Cette exclusion se fonde également sur les avis des psychologues selon lesquels les enfants ont besoin pour leur éducation d'une figure féminine et d'une figure masculine.

Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un sujet en cours de débats dont l'origine remonte à octobre 1987, lorsque le Conseil d'Europe reconnaissait le droit à l'autodétermination sexuelle qui prétendait la fin des discriminations fondées sur l'homosexualité. Cette déclaration a été ratifiée par le Parlement Européen le 8 février 1995.

*c) Les relations patrimoniales.*

**Acquisitions et bénéfices.**

La position de la jurisprudence traditionnelle, qui jusqu'ici qualifiait tous les accords qui contribuaient au maintien d'une relation de ce type de nuls pour cause illicite, ne peut être soutenue à l'heure actuelle.

Le fait qu'un couple vive ensemble sans un lien matrimonial, n'implique aucune limite dans la capacité juridique ou dans la capacité d'agir des sujets qui l'intègrent, excepté bien sûr s'il s'agit de faire de la personne ou d'une relation personnelle intime l'objet du contrat.

**Les libéralités.**

Les libéralités entre concubins homosexuels sont considérées comme licites pour les mêmes raisons qui justifient l'auto-réglementation de l'union libre.

Les limites à ces libéralités sont les mêmes applicables aux donations en général : les vices du consentement, la simulation, l'absence de forme et l'illégalité de la cause.

Sous l'apparence d'une donation, une attribution *solvendi causa* peut exister avec l'esprit de réparer un mal causé par la rupture. La protection de la partie faible est justifiée lorsqu'un préjudice est causé par une conduite dolosive du concubin, provoquant la rupture de la relation, et constituant une obligation extra-contractuelle.

Un droit à une pension alimentaire n'est pas reconnu.

La restitution des libéralités consenties n'a pas lieu d'être et lorsqu'il existe une promesse de constitution de pension alimentaire, celle-ci prend un caractère civil.

*d) Le Droit de Succession.*

**La succession ab intestat.**

Actuellement, et sur le plan du droit positif, il est évident que dans la législation espagnole, la relation non matrimoniale n'est pas une cause suffisante, quelle que soit sa durée, pour déterminer une vocation successorale *ab intestat*.

C'est précisément pour remédier à l'absence de succession *ab intestat* que se multiplient tant les libéralités entre vifs que *mortis causa* en prévision de la fin de la relation. Pour ce qui est des libéralités *mortis causa*, elles marquent surtout le caractère réparateur du préjudice que la cessation de la relation entraînera.

L'Espagne ne reconnaît pas légalement de droit à succession *ab intestat* au concubin homosexuel survivant.

### **La succession testamentaire.**

Egalement dans ce domaine, le législateur espagnol garde silence. Dans des époques antérieures, la jurisprudence avait tendance à annuler les dispositions testamentaires en faveur du concubin sur la base de l'argument de l'ordre public.

Actuellement et par analogie, le concubin homosexuel peut hériter sans aucune discrimination, en étant considéré comme un tiers extérieur à la famille, mais pas dans les mêmes conditions que le conjoint.

Aujourd'hui, depuis la Constitution de 1978, il est inadmissible en droit espagnol d'alléguer des incapacités successorales qui s'appuieraient sur l'existence d'une relation non matrimoniale, et d'annuler des dispositions testamentaires en faveur du concubin, si ce n'est pour les causes communes à toutes les dispositions testamentaires.

### **Les réclamations compensatoires pour cause de mort.**

L'action compensatoire traitée par les articles 1902 du Code Civil et 19, 104 et 105 du Code pénal régle en même temps les dommages matériels et moraux. La responsabilité peut être exercée par la famille ou par un tiers. Un lien juridique n'est pas requis, il faudra simplement prouver le dommage souffert (le mal objectif dont traite l'article 1902 du Code Civil).

## **4. Les relations avec les tiers.**

### **Le droit à la subrogation dans les contrats de loyer: la loi 29/1994 du 24 novembre sur les Locations Urbaines.**

Avant même l'entrée en vigueur en 1994 de la nouvelle loi sur les Locations Urbaines, un arrêt du 10 janvier de 1992 de l'Audience de la Province de Alicante, avait reconnu « l'équivalence juridique entre l'union matrimoniale et l'union affective ».

Sur la base d'une relation non matrimoniale présente ou passée, la nouvelle loi 29/1994 du 24 novembre sur les logements urbains établit de grandes nouveautés.

Les articles de cette loi s'appliquent d'une façon paritaire à tous les couples.

Tout d'abord, on y retrouve une définition de relation non matrimoniale soumise à des conditions précises:

- ✓ une cohabitation permanente avec une relation d'affectivité analogue à celle des conjoints,
- ✓ la non prise en compte de l'orientation sexuelle du couple,
- ✓ une cohabitation minimum de deux ans, sauf dans les cas où il existerait une descendance commune. Dans cette situation, la seule cohabitation sera suffisante sans autre condition.

Ensuite, cette loi établit l'égalité du traitement légal vis à vis des deux relations.

L'établissement d'un terme de durée limitée permet la diminution des impacts que l'institution des subrogations avait sur l'équilibre des prestations. Dans la mesure où le droit des personnes subrogées à continuer l'usage de l'habitat loué se maintient seulement jusqu'à la fin du terme contractuel, il n'y a pas d'obstacles pour le maintien de ce droit dans le domaine *mortis causa* en faveur des personnes qui avaient un lien direct avec le locataire. Ce droit est reconnu de la même façon au concubin *more uxorio* tel qu'il est fixé dans l'article 16.1 b) de la loi.

En ce qui concerne les subrogations *inter vivos*, leur existence est seulement reconnue lorsqu'un consentement préalable par écrit du propriétaire existe. En même temps, dans les cas de résolutions judiciaires de procès de nullité, de séparation ou de divorce, l'habitat peut être attribué à l'époux non titulaire. Dans ces cas, il est reconnu *ex lege* à celui-ci le droit de continuer l'usage de l'habitat pour le temps restant du contrat. Ceci est aussi applicable aux relations non matrimoniales. Pour toutes les autres hypothèses, la nouvelle loi opte pour la suppression totale de la subrogation entre vivants (article 15).

Quant à la nature de la location de l'appartement, l'article 7 de la Loi établit que "la location de celui-ci ne perdra pas la nature de foyer même si le locataire n'établit pas dans celui-ci sa demeure permanente, pourvu que, soit le conjoint non séparé légalement, soit le partenaire de fait ou les enfants habitent dans celui-ci." Ainsi, le concubin rejoint les mêmes droits légaux que l'époux.

En ce qui concerne la durée du contrat, et en particulier le désistement et l'échéance en cas de mariage ou de cohabitation du locataire, l'article 12 institue l'égalité de traitement pour les deux formes de couple.

## 5. La création de registres municipaux

La création en 1994 de registres municipaux pour les couples de fait constitue un essai de législation générale post-constitutionnelle.

La première municipalité qui créa un « Registre municipal d'unions civiles » fut celle de Vitoria—Gasteiz par le Décret du 28 février de 1994; ce dernier fut un modèle pour tous les autres, ultérieurement.

L'exposition des motifs du Décret justifie la création de ces registres municipaux en faisant appel au besoin de reconnaître les mêmes droits aux relations matrimoniales et au non matrimoniales sans tenir compte de leur orientation sexuelle.

Les règlements de ces Registres définissent dans un premier temps la notion d'union libre et les conditions nécessaires pour être considérés en tant que tels. Ils décrivent les démarches à suivre pour l'inscription de ces couples.

Le Registre met en place un système de certificats pour donner de la publicité à la relation inscrite dans les domaines personnels et patrimoniaux. Les certificats délivrés par le Registre constituent un moyen de preuve devant les tribunaux.

## 6. Les nouvelles orientations.

Etant donné la réalité sociale des unions de fait, la doctrine fait appel au législateur pour l'établissement d'une normalisation qui détermine les critères pour qu'une protection soit appliquée effectivement à cette nouvelle famille.

La doctrine a proposé des critères nécessaires pour la reconnaissance des concubinages en Espagne tel que l'ont fait certaines législations sud-américaines. Celles-ci reconnaissent les concubinages lorsque les sujets qui l'intègrent sont majeurs et lorsqu'il n'existe pas d'empêchements pour leur mariage.

En Espagne, les orientations sont différentes, puisque le législateur inclut dans la conception de concubinage **toutes les relations d'affectivité analogues au mariage, sans tenir en compte de l'orientation sexuelle des sujets.**

## C. ANNEXES

### 1. Loi 11/1981 du 13 Mai de modification du Code Civil en matière de filiation, autorité parentale et régimes économiques matrimoniaux

#### Artículo 1.

Se modifica el título V del libro I del Código Civil, con los Artículos 108 a 141 comprendidos en el mismo, cuya redacción será la siguiente :

#### TITULO V. DE LA PATERNIDAD Y FILIACION

#### CAPITULO I.

#### De la filiación y sus efectos.

#### Artículo 108.

La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción.

La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

#### Artículo 109.

La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley.

El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

#### Artículo 110.

El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

#### Artículo 111.

Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejaràn de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad. Quedaràn siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

## **CAPITULO II.**

### **De la determinación y prueba de la filiación.**

#### Sección 1 . Disposiciones generales.

##### **Articula 112.**

La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar.

Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservaràn su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada.

##### **Articula 113.**

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil (RCL 1957\777 y NDL 25893).

No serà eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

##### **Articulo 114.**

Los asientos de filiación podràn ser rectificadas conforme a la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente titulo sobre acciones de impugnación.

Podràn también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados.

#### Sección 2. De la determinación de la filiación matrimonial.

##### **Articulo 115.**

La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

1. Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.
2. Por sentencia firme.

**Artículo 116.**

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

**Artículo 117.**

Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto.

Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

**Artículo 118.**

Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

**Artículo 119.**

La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente. Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido.

Sección 3. De la determinación de la filiación no matrimonial.

**Artículo 120.**

La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente :

1. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
2. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
3. Por sentencia firme.
4. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil (RCL 1957\777 y NDL 25893).

**Artículo 121.**

El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

**Artículo 122.**

Cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente.

**Artículo 123.**

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

**Artículo 124.**

La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la conformación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

**Artículo 125.**

Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz. Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido.

**Artículo 126.**

El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales.

**CAPITULO III.**  
**De las acciones de filiación.**

Sección 1 . Disposiciones generales.

**Artículo 127.**

En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

**Artículo 128.**

Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior.

**Artículo 129.**

Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal.

**Artículo 130.**

A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.

Sección 2. De la reclamación.

**Artículo 131.**

Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

**Artículo 132.**

A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

**Artículo 133.**

La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando faíte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzará plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por e tiempo que faltare para completar dichos plazos.

**Artículo 134.**

El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artirculos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria. No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.

**Artículo 135.**

Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

Sección 3. De la impucinación.

**Artículo 136.**

El marido podrá ejercitar ta acción de impugnación de la paternidad en et plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrà mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señaatado en el pàrrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por et tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer et nacimiento, et año se contarà desde que lo conozca et heredero.

**Artículo 137.**

La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contarà desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en tas retaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por et hijo o sus herederos.

**Artículo 138.**

Los reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento conforme a lo dispuesto en el art. 141.

La impugnación de la paternidad por otras causas se atenderà a las normas contenidas en esta sección.

**Artículo 139.**

La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.

**Artículo 140.**

Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderà a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos.

La acción caducarà pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad.

**Artículo 141.**

La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación, corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducarà al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

**2. Articles du Code pénal espagnol de 1995**

**Article 23**

Constitue une circonstance atténuante ou aggravante de la responsabilité, selon la nature les mobiles et les effets du délit, le fait que la victime soit le conjoint de celui qui lui a porté atteinte ou la personne avec laquelle il est lié de manière stable par une relation affective comparable, ou son ascendant, son descendant, son frère ou sa soeur selon la nature ou l'adoption, ou l'alliance aux mêmes degrés.

**Article 424**

Lorsque la subornation sera intervenue dans une affaire criminelle en faveur d'un accusé du fait de son conjoint ou d'une autre personne à laquelle il se trouve lié de manière stable par une relation affective comparable, ou d'un ascendant, d'un descendant, d'un frère ou d'une soeur, selon la nature ou l'adoption, ou d'alliés aux mêmes degrés, on appliquera au suborneur la peine d'amende de trois à six mois.

**Article 444**

1 .Le fonctionnaire des institutions pénitentiaires ou des centres de protection ou de correction des mineurs qui aura sollicité sexuellement une personne placée sous sa garde, s'era

puni de la peine d'emprisonnement d'un à quatre ans et de l'incapacité absolue d'une durée de six à douze ans

2. Il sera passible des mêmes peines lorsque la personne sollicitée sera un ascendant, un descendant, un frère ou une soeur, selon la nature ou l'adoption, ou un allié aux mêmes degrés, d'une personne qui était sous leur garde. Il sera également passible de ces peines lorsque la personne sollicitée est le conjoint d'une personne sous sa garde ou liée à celle-ci d'une manière stable par une relation affective comparable.

### **Article 617**

1. Celui qui, par quelque moyen ou procédé que ce soit, aura causé à autrui une lésion qui n'est pas constitutive d'un délit selon le présent code, sera puni de la peine d'arrêts, de trois à six fins de semaine, ou d'une amende d'un à deux mois.

2. Celui qui aura porté des coups ou maltraité autrui par son action sans causer de lésion sera puni de la peine d'arrêts d'une à trois fins de semaine ou d'une amende de dix à trente jours.

Quand les victimes sont le conjoint de l'auteur ou une personne avec qui une relation affective comparable se trouve établie de manière stable, ou ses propres enfants, ou ceux de son conjoint ou ceux de la personne avec laquelle il partage sa vie, ses pupilles ou ses ascendants, pourvu qu'ils vivent avec lui, la peine sera celle des arrêts, de trois à six fins de semaines, ou une amende d'un à deux mois.

### **3. Références bibliographiques**

CERDA GIMENO, J., «La situation actuelle des couples non mariés face au droit » *Bulletin d'Information du Ministère de la Justice*, 15 Février 1988.

ESTRADA ALONSO, «Les unions extra-matrimoniales dans le droit Civil espagnol », Ed Civitas, Madrid, 1986.

SAURA, L.F. «Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia », Tirant monografias, Ed Tirant Lo Blanc, València 1995.

MACIA PRIETO et BRAVO SAN JOSE «Tendències actuals de la política jurídica : parelles de fel »

VIDAL MARTINEZ J. «La relation non matrimoniale dans le droit espagnol actuel» 1989.

SAURA, L.F. «Uniones Libres y la configuración del nuevo derecho de familia », Tirant monografias, Ed Tirant Lo Blanc, València 1995.