

les personnes et la famille

Bulletin du CERFAP

Centre d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU
BORDEAUX IV

Interview de Monsieur le Professeur Spellenberg

Monsieur Ulrich Spellenberg a achevé le 16 avril 1999 son séjour à l'Université Montesquieu Bordeaux IV où il a pu dispenser des cours d'allemand et de droit comparé. Professeur à l'université de Bayreuth, il enseigne tout particulièrement le droit civil, mais également le droit comparé ; spécialiste de droit africain, il dirige par ailleurs l'institut de droit africain de l'Université de Bayreuth. Ayant de nombreuses attaches professionnelles et amicales à Bordeaux, l'Université Montesquieu l'accueille régulièrement depuis plus de 20 ans déjà. C'est donc tout naturellement que le bulletin "Les Personnes et la Famille" a tenu à s'entretenir avec cet éminent spécialiste du droit privé de la famille tel qu'il est connu en Allemagne.

Les Personnes et la Famille : Après de très intenses débats, la proposition de loi relative au pacte civil de solidarité (PACS) a finalement été votée par l'Assemblée Nationale le 7 avril 1999 ; le législateur allemand envisage-t-il d'adopter un pacte similaire ?

Ulrich Spellenberg : L'Allemagne connaît à l'heure actuelle une légère polémique relative au statut juridique des couples non mariés, et donc des couples homosexuels, car il n'existe pas encore de véritable législation concernant le concubinage. Ces débats n'ont aucune commune mesure avec ceux que vous avez connus et l'adoption d'un tel pacte n'est pas encore d'actualité en Allemagne.

Si le PACS connaît un véritable succès en France, peut-être pourra-t-il servir d'exemple au législateur allemand. Mais cela me semble peu probable : le principal obstacle à une telle proposition provient en effet de l'opinion elle-même, largement défavorable à une assimilation des couples homosexuels aux couples mariés. Il faut savoir que c'est la Constitution elle-même qui réserve une place privilégiée au mariage et à la famille. Nous avons certes connu ces dernières années des changements notoires : ainsi, un couple non marié, à la naissance de l'enfant, pourra être assimilé à un couple marié mais uniquement au regard de leurs droits et obligations vis-à-vis de cet enfant ! Cette évolution est davantage le reflet des vœux du législateur de promouvoir l'égalité des enfants et la vitalité de la famille que celui de se prononcer sur un statut juridique global des couples non mariés.

Il n'en reste pas moins que la question du concubinage ainsi que celle d'un éventuel PACS restent posées. Néanmoins, comme le disait Savigny, "avant de faire une loi, il faut déjà savoir ce que l'on entend y mettre" et, dans le cas présent, on ne sait que faire. Il me semble d'ailleurs que les débats relatifs au PACS ont été particulièrement confus ...

P.F. : Vous l'avez dit, le droit positif allemand reste muet quant aux droits des concubins ; les candidats aux dernières élections avaient d'ailleurs promis de combler ce vide juridique. Qu'en est-il à l'heure actuelle ?

U.S : Jusqu'à présent, le gouvernement SCHRÖDER n'a pas fait de propositions concrètes pour améliorer les droits des concubins : cette question revêt des aspects idéologiques et religieux qui en font un sujet très sensible. Mais si les couples non mariés ne connaissent pas les avantages fiscaux des couples mariés, ils ont tout de même certains droits et obligations qui interviennent principalement lors de la séparation. Certes, l'obligation alimentaire n'existe pas entre concubins mais l'on pratique un partage du patrimoine acquis au cours de la vie commune.

Certaines situations sont cependant particulièrement problématiques, à l'image de celle du concubin qui aurait contribué à l'achat d'un immeuble, ou qui aurait participé à

l'activité professionnelle de son concubin sans recevoir de véritable rémunération. Quelles règles juridiques devons-nous alors appliquer ? La doctrine et la jurisprudence hésitent encore beaucoup. Les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux n'étant pas applicables, certains proposaient d'utiliser le droit des sociétés en voyant dans le concubinage une société créée de fait. La Cour Fédérale a rejeté cette solution, sauf pour des situations particulières, comme celle du commerçant contribuant à l'activité professionnelle de son concubin de façon particulièrement ostensible. Mon opinion est que l'on pourrait recourir avec profit à la notion d'enrichissement sans cause : la vie commune serait la cause de l'enrichissement, la rupture de cette vie commune entraînant ainsi une obligation de restitution des sommes formant cet enrichissement. Malgré cela, il ne semble pas que la Cour Fédérale ait retenu ce fondement.

On le voit, il apparaît parfois difficile de procéder au partage des biens, et la meilleure solution est encore de rédiger un contrat de société permettant une organisation patrimoniale du couple. De nombreuses formules de contrats pré-rédigés existent et sont d'ailleurs proposées aux concubins allemands, mais très peu d'entre eux les utilisent.

P.F. : La notion juridique de « couple » comprend, en France, plusieurs degrés d'engagement (le PACS le souligne d'ailleurs bien) : il semble que ces degrés d'engagement ne soient pas véritablement pris en compte par le droit allemand ...

U.S. : La Cour Fédérale est en effet très réticente à reconnaître un engagement autre que celui du mariage, sauf à considérer les contrats de société que les couples ont la possibilité de rédiger comme nous l'avons évoqué précédemment. Son raisonnement est simple : il ne faut pas imposer aux personnes qui ont choisi de ne pas se marier, et donc de ne pas s'engager, un statut dont elles ont voulu s'affranchir, a fortiori à la fin de la vie commune et de manière rétroactive.

P.F. : Cette différence très marquée entre conjoints et concubins se retrouve-t-elle dans les droits successoraux qui leur sont accordés ?

U.S. : Bien entendu. Le conjoint survivant est un héritier réservataire : sa part pourra ainsi varier entre $\frac{1}{4}$ et $\frac{3}{4}$ de la succession, en fonction du régime matrimonial adopté et du nombre d'enfants.

Au contraire, le concubin n'a pas de droit de succession, puisqu'il n'est pas considéré comme parent du *de cuius*. Il pourra cependant bénéficier d'un testament, la Cour Fédérale admettant depuis plus de 30 ans maintenant que les legs au profit du concubin ne sont ni contraires aux bonnes mœurs ni illicites.

P.F. : Il existe déjà un « carnet international de mariage » réalisé sous l'égide de la commission internationale de l'état civil ; certains enseignants français songent également à promouvoir un « livret de famille européen ». Y êtes-vous favorable ?

U.S : La création d'un livret de famille européen est une excellente idée, qui permettrait de faciliter grandement la preuve du statut personnel. Il existe à l'heure actuelle de nombreuses conventions bilatérales et multilatérales consacrées à la reconnaissance des actes de mariage, d'adoption, ainsi que des documents d'état civil en général, mais ces conventions ne fonctionnent pas, elles sont en outre bien trop nombreuses, signées entre des partenaires souvent différents, ce qui engendre certaines contradictions entre elles.

La commission internationale de l'état civil que vous évoquiez est, à mon sens, un échec. C'est pourquoi un livret de famille européen, qui représenterait une sorte de « passeport », me semble aujourd'hui nécessaire. Il faut cependant garder à l'esprit que ce livret ne résoudrait que les problèmes de preuve, et qu'il est nécessaire, à terme, d'opérer une harmonisation du droit international privé, mais cette tâche apparaît bien lourde

P.F. : Le droit familial allemand connaît depuis longtemps la tutelle d'office, mais un projet de réforme récent visait à la supprimer. Qu'en est-il à l'heure actuelle ?

U.S. : Ce projet de réforme a finalement abouti : une loi du 1^{er} juillet 1998 a supprimé la tutelle d'office, qui était déjà affaiblie depuis les années 1970. Cette tutelle trouvait à s'appliquer dès la naissance d'un enfant d'une femme non mariée : le juge désignait alors un tuteur ad hoc chargé d'établir la filiation paternelle – et donc d'opérer une recherche en paternité ! – afin de faire valoir les droits de l'enfant auprès du père : droits de succession, ou obligation alimentaire par exemple. On comprend que la mère ne tienne pas à rechercher le père à tout prix, et c'est la raison pour laquelle le principe d'une tutelle d'office a été supprimé. Mais la mère peut toujours la réclamer si elle le souhaite, car il existe aujourd'hui beaucoup de naissances hors mariage, et le père ne reconnaît pas toujours l'enfant.

P.F. : Vous évoquez la preuve de la paternité : le droit allemand et le droit français ne diffèrent-ils justement pas sur ce point ?

U.S. : Le droit allemand me semble en effet en avance sur ce point par rapport au droit français : s'il faut bien évidemment une action en justice pour effectuer une recherche en paternité, l'article 372 du Code de Procédure Civile allemand permet au juge d'imposer à toute personne de se soumettre à un examen biologique, la personne en question ne pourra donc pas refuser un prélèvement de sang afin de prouver la filiation.

Il peut également arriver qu'un homme épouse une femme enceinte d'un enfant qui n'est pas le sien. Le droit allemand ne connaît pas la possession d'état, mais le mari pourra ester en justice dans un délai de 2 ans à compter du moment où il devait avoir de forts soupçons de sa non-paternité ; passé ce délai, il ne pourra tenter aucune action en justice car l'on interprète son silence comme une acceptation de reconnaître l'enfant. Cette règle connaît cependant un affaiblissement : à la majorité de l'enfant s'ouvre un délai de 2 ans pendant lequel celui-ci peut corriger la décision de ses parents.

Pourrait-on y voir une sorte de possession d'état fondée sur les relations affectives et sur la volonté ?

P.F. : Il semble également que la détermination du nom porté par l'enfant soit complexe en droit allemand, qu'en est-il ?

U.S. : Effectivement, le choix du nom de l'enfant pose beaucoup de problèmes à cause de la sévérité avec laquelle est entendue l'égalité des sexes. La Constitution allemande est très stricte à cet égard : aucune discrimination ne peut être tolérée, exceptée celle qui apparaît biologiquement inévitable (on pense ici naturellement à la maternité). Le droit de la filiation a beaucoup évolué depuis 1949 – nous avons connu 2 réformes en 1970 et en 1998 – mais on peut distinguer selon que le couple est marié ou non.

Pour le couple marié, la femme, puis l'enfant prennent traditionnellement le nom du mari, mais la Cour Constitutionnelle, par 3 arrêts successifs, a bouleversé ce principe en considérant que chacun des membres de la « famille nucléaire » pouvait choisir entre le nom du mari ou de la femme. En cas de désaccord, le juge devra alors trancher, et, dans ce cas, la Cour Constitutionnelle a précisé que le choix du double nom était possible, sans pour autant en évoquer l'ordre !

Pour les couples non mariés, c'est en principe le nom de la mère que portera l'enfant, mais le père a toujours la possibilité d'intervenir auprès du juge pour s'y opposer.

L'article 1617 A du BGB prévoit cependant que l'attribution du nom peut dépendre de l'autorité parentale : les parents qui ont fait une déclaration conjointe en vertu de laquelle ils exercent conjointement l'autorité parentale peuvent choisir le nom de l'enfant. Si l'autorité parentale n'est reconnue qu'à un seul des parents, alors c'est ce nom que portera l'enfant.

P.F. : Le droit allemand et le droit français ont adopté sensiblement les mêmes règles en matière commerciale, pénale, et surtout administrative ; mais pensez-vous qu'ils connaissent des différences fondamentales en droit de la famille ?

U.S. : Peut-on véritablement parler de différences fondamentales ? Sur certains points, il est vrai, le droit allemand diffère du droit français. Le législateur allemand, par exemple, est beaucoup plus réticent que le nôtre à attribuer des effets juridiques au concubinage, mais ne pourrait-on pas y voir une simple question de formalisme et considérer que le droit français consacre, par le concubinage, une sorte de mariage informel ? Le régime matrimonial légal en vigueur dans les deux pays n'est pas le même : la France adhère à la communauté réduite aux acquêts alors que l'Allemagne connaît le régime de participation aux acquêts. En droit de la filiation, enfin, il semble que la reconnaissance de l'enfant ait une plus grande importance en droit français qu'en droit allemand, qui ne connaît pas la possession d'état.

Mais il faut considérer ces quelques différences à leurs justes proportions ; je pense sincèrement que les droits allemand et français ne connaissent pas de clivages fondamentaux, et qu'ils ont même tendance à se rapprocher.

P.F. : Vous citez Savigny au début de notre entretien, celui-ci estimait, à l'image de Montesquieu, que le droit ne peut être qu'essentiellement national. Vous semblez pourtant optimiste quant au rapprochement du droit allemand et du droit français. Pensez-vous qu'une véritable construction juridique européenne soit envisageable ?

U.S. : Tout dépend du point de vue que l'on adopte. Sur un plan de technique juridique, je pense qu'une unification n'est pas utopique, même si le droit allemand continuera pendant un certain temps à ne pas accorder de droits aux couples non mariés ! En réalité, c'est moins une différence objective entre les systèmes juridiques qui me préoccupe, mais bien plus cette propension – toute subjective – des peuples à s'attacher à leur droit, attachement qui persiste même si leur droit est tout à fait identique avec le droit voisin, ou celui de la communauté européenne.

Peut-être pourrions-nous promouvoir une base juridique européenne commune tolérant, dans un même temps, et sur certains points seulement, un droit national dérogeatoire ? ...

Interview réalisée le 12 avril 1999 par François Gilbert et Dimitri Kalinine, étudiants en DEA de Droit Privé Général.

CERFAP

Centre d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes

Porte E123

Université Montesquieu - Bordeaux IV
Avenue Léon Duguit - 33608 Pessac cedex

Directeur : Jean Hauser

Directeur de la publication : Patrick Nicoleau

ISSN en cours

(Maquette : service communication de l'Université)