

# LE DROIT DE LA FAMILLE EN ESPAGNE ET SON ÉVOLUTION RÉCENTE

PAR

SUSANA SANZ CABALLERO

PROFESSEUR, CHAIRE JEAN MONNET,  
UNIVERSITÉ CEU CARDENAL HERRERA,  
VALENCIA, ESPAGNE

Il est difficile d'expliquer le Droit de la famille en Espagne à l'heure actuelle. Le Droit de la famille a subi beaucoup de changements ces trois dernières années. Il a tant changé que certains auteurs pensent que l'essence et la philosophie du Droit de la famille et de l'institution du mariage ne sont plus les mêmes. Le Droit de la famille, tel qu'on l'a connu jusqu'à aujourd'hui, s'est diffusé.

La Loi 13/2005 du premier juillet a modifié le Code civil en ce qui concerne le droit au mariage. On l'appelle la loi des mariages homosexuels. Cette loi a également modifié le Code civil et la Loi de procédure judiciaire civile en ce qui concerne la séparation et le divorce. On l'appelle la loi du divorce express. En l'espace de sept jours, en une seule semaine, tout le Droit de la famille a été modifié.

Cela est étrange puisque l'Espagne avec l'Italie et l'Irlande, ont été les derniers pays européens à admettre le divorce. Aujourd'hui, l'Espagne s'est dotée d'une loi qui facilite la procédure de divorce à tel point que l'on estime qu'une personne peut maintenant contracter quatre mariages dans une même année. Une personne peut se marier et divorcer quatre fois par an.

Par ailleurs, il est étrange que l'Espagne – qui a été assez lente pour réglementer la coexistence de couples en dehors du mariage – se soit dotée d'une législation si nouvelle, mais minoritaire dans le monde, sur le droit au mariage des personnes de même sexe.

Ces deux lois sont controversées. Elles ont agité la classe politique ainsi que la société civile. La première d'entre elles, la loi qui permet le mariage entre deux personnes du même sexe, a fait l'objet d'un recours devant le Tribunal Constitutionnel, un recours présenté par l'opposition politique.

Durant l'année 2005, une révolution s'est produite dans le Droit de la famille en Espagne.

Nous énoncerons tout d'abord les prémisses de ce Droit de la famille en Espagne, puis nous reviendrons sur les nouveautés.

## I. – CARACTÈRES DE LA FAMILLE ET DU DROIT DE LA FAMILLE

Le Droit de la famille en Espagne a comme pierre angulaire, comme pilier fondamental, l'article 39 de la Constitution espagnole, selon lequel «Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille».

L'article fait une allusion à la famille, mais il ne dit pas à quelle famille cette protection est offerte. Le Code civil espagnol ne définit pas non plus le terme «famille». En effet, la famille peut être comprise au moins de deux façons :

1. dans un sens vaste, étendu, en tant que groupe de personnes unies par le mariage ou la coexistence de fait ou par des liens de parenté, par affinité ou par adoption;
2. ou dans un sens étroit, comme famille nucléaire. Dans ce sens, elle est formée par le couple (marié ou non marié) et les enfants, en excluant la parenté.

On ne peut pas blâmer la législation espagnole pour le manque de définition de la famille. Cependant, à la Conférence mondiale de Beijing de 1995 sur les droits de la femme, le manque de consensus sur le contenu du terme famille a presque abouti à l'échec du sommet.

Bien qu'il n'y ait pas une définition de la famille dans les lois, il est clair que le modèle de la famille envisagé par le Code civil espagnol avant la réforme de 2005, a été le modèle traditionnel. D'après Díez Picazo, la famille est formée par les parents et les enfants, c'est-à-dire le noyau social primaire, les personnes unies par les liens

sociaux les plus forts. Ceux qui restent dans le foyer quand on ferme la porte la nuit<sup>1</sup>. Il est vrai que dans quelques autres articles du Code civil on parle de la famille dans un sens plus vaste (137, 140, 148) mais c'est l'exception.

Ce qui est clair aussi dans notre législation c'est que l'on n'admet ni la polygamie ni la polyandrie.

Quels sont les principes basiques réglemant la famille dans la Constitution? Ils sont au nombre de six :

1. le mariage est soumis à la législation et juridiction de l'état;
2. le divorce est admis;
3. les hommes et les femmes sont juridiquement égaux;
4. Les enfants nés de parents mariés et ceux nés en dehors du mariage ou adoptés, sont égaux en droit;
5. les intérêts du mineur et des handicapés sont protégés;
6. la protection de la famille nucléaire est renforcée.

#### A. – *Caractères de la famille comme institution sociale :*

Magda Torrero cite trois caractères basiques<sup>2</sup> :

- le caractère communautaire ou supra individuel : les relations familiales ne se régissent pas par des critères individualistes, mais, au contraire, par l'intérêt supérieur et commun à tous. C'est ce que l'on appelle l'intérêt supérieur de la famille.
- le caractère institutionnel : la famille est réglementée par le Droit mais elle est un *præius* pour le Droit. Elle n'est pas une création technique du législateur.
- ses relations juridiques : de la famille dérivent trois types de relations juridiques : la relation juridique matrimoniale ou de fait (concubinage), la relation paternelle filiale entre les parents et les

<sup>1</sup> Diez PICAZO, L. : *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia*, 2006, Tecnos, *passim*. Sur le concept de famille, on peut aussi voir Sanz CABALLERO, S. : *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 21 et Sanz CABALLERO, S. : «La familia, ¿una preocupación europea?», *Retos para la familia en el siglo XXI*, BENEYTO, R., TORRERO, M. y LLOPIS, J.M., eds., 2008, Moncada, Ed. Práctica del Derecho, 2008, pp. 375-404, pp. 377 et s.

<sup>2</sup> TORRERO MUÑOZ, M. : «Familia y matrimonio», *Curso básico de derecho de familia y sucesiones*, LLOPIS GINER, J.M. (coord.), Valencia, editorial Práctica de Derecho, 2005, pp. 35-63, p. 37.

enfants et la relation parentale qui lie les personnes unies par des liens de sang ou d'affinité.

### B. – *Caractères du Droit de la famille*

Le Droit de la famille, en tant qu'ensemble de normes qui régissent les relations existant entre les membres d'une même famille, a subi beaucoup de réformes en Espagne<sup>3</sup>.

Le Droit de la famille jouit de connotations spéciales par rapport au reste des parties du Droit civil :

- il faut d'abord relever le contenu éthique de ses institutions : on l'aperçoit à l'art. 66 et suivants du Code civil quand on parle des droits et devoirs des conjoints. Il ne s'agit pas seulement de normes juridiques, mais aussi de normes morales, éthiques, de coexistence humaine.
- de plus, les relations familiales ne se régissent pas par des critères individualistes de leurs membres, mais par l'intérêt supérieur de la famille. L'intérêt individuel est subordonné à l'intérêt commun.
- le Droit de la famille se caractérise également par une autonomie privée limitée. C'est la partie du Droit civil où la volonté des sujets est la plus limitée. Il y a des normes impératives, comme l'art. 1255 C. civ. qui nous présentent la notion d'ordre public familial.
- il se caractérise enfin par la fusion de droits et devoirs (par exemple l'autorité parentale, la fidélité).

<sup>3</sup> - loi 14/75 du 2 mai sur la situation juridique de la femme mariée et les droits et devoirs des conjoints;

- loi 11/81 du 13 mai sur la modification du C. civ. en matière de filiation, autorité parentale et régime économique matrimonial;

- loi 30/1 du 7 juillet sur le mariage dans le C. civ. et la détermination de la procédure à suivre dans les causes de nullité, séparation et divorce;

- loi 13/83 du 24 octobre sur la modification du C. civ. en matière de tutelle;

- loi 21/87 du 11 novembre sur la modification du C. civ. et la Loi de procédure judiciaire civile en matière d'adoption;

- loi organique 1/96 du 15 janvier sur la protection juridique du mineur;

- loi 40/1999 du 5 novembre sur le prénom et le nom de famille et l'ordre entre eux;

- loi organique 9/2002 du 10 décembre de modification de la loi organique 10/1995 du Code pénal et du C. civ. sur la soustraction des mineurs;

- loi 42/2003 du 21 novembre de modification du C. civ. et de la loi de procédure judiciaire civile en matière de relations familiales entre les grands parents et petit enfants;

- loi 13/2005 du 1 juillet de modification du C. civ. en matière du droit au mariage;

- loi 15/2005 du 8 juillet de modification du C. civ. et de la loi de procédure judiciaire civile en matière de séparation et divorce.

## II. – LES RELATIONS DE COUPLE EN DROIT CIVIL ESPAGNOL

Il faut savoir que notre Code civil ne traite pas le concubinage. Il ne règle que le mariage civil, avec cette nouveauté apportée à l'institution en 2005 qui consiste en la possibilité du mariage homosexuel. Ce sont les tribunaux, d'une part, et la législation régionale de plusieurs Communautés Autonomes espagnoles, de l'autre, qui ont comblé le vide du Code civil en accordant aux unions de fait, c'est-à-dire, en accordant au concubinage, des effets similaires à ceux du mariage.

### *A. – Qu'en est-il tout d'abord du mariage civil en Espagne?*

Selon l'article 32 du Code civil :

1. l'homme et la femme ont le droit au mariage avec pleine égalité juridique;
2. La loi réglera les formes de mariage, l'âge, la capacité pour contracter mariage, les droits et devoirs des conjoints, les causes de séparation et dissolution et leurs effets.

Le Code civil espagnol ne définit pas le mariage. La définition est apportée par la doctrine, qui prévoit que c'est l'union légale entre deux personnes, avec indépendance de leur orientation sexuelle, en vue de créer entre eux une pleine communauté de vie et d'existence. Sa principale caractéristique c'est l'unité, c'est-à-dire l'union de deux personnes. Le mariage évoque une conception monogamique sous-jacente dans notre Droit et dans notre société.

#### *1. Quelles sont les conditions pour contracter mariage?*

1. Dans l'ordre juridique espagnol, pour contracter mariage, il faut avoir la majorité selon l'article 46.1 Code civil. Cette disposition légale interdit le mariage des mineurs qui ne sont pas émancipés. Le critère de la maturité biologique utilisé auparavant a été remplacé par le critère de la maturité psychologique. On présume qu'à 18 ans la personne a l'aptitude pour comprendre et pour assumer le contenu de l'institution du mariage.

Cependant, l'article 48.2 permet au juge de lever cet empêchement à partir de 14 ans après avoir écouté le mineur et ses parents. Par conséquent, qui peut contracter mariage en Espagne? : les majeurs, les mineurs émancipés, les majeurs de 14 ans si le juge donne son accord.

Si un mineur contracte mariage sans être émancipé et sans dispense du juge, cela peut être une cause de nullité selon l'article 73.2 C. civ., mais cette action en nullité ne pourra plus être exercée si les conjoints ont vécu au moins un an ensemble après la majorité du mineur (art. 75.2 C. civ.).

2. Outre le fait d'avoir l'âge exigé pour contracter mariage, il faut être libre de tout autre empêchement.

Les articles 46.2 et 47 nous présentent trois empêchements :

- être lié par un lien matrimonial précédent;
- être uni par des liens de parenté par consanguinité ou adoption : mais le juge peut dispenser à partir du troisième degré (par exemple entre un oncle et ses nièces);
- ou avoir été condamné comme auteur ou complice de la mort du conjoint de l'un des deux futurs époux.

3. L'article 45 du Code civil établit qu'il n'y a pas de mariage sans consentement matrimonial. Il faut mettre en rapport cet article avec l'art 73. Ce dernier, quand il énumère les causes de nullité du mariage, indique que le mariage célébré sans consentement matrimonial est nul. Le consentement c'est la déclaration de volonté émise par une personne décidée à assumer le contenu de l'institution du mariage, les fins matrimoniales proprement dites.

Le consentement matrimonial doit être pur :

- Cela signifie que le consentement, ne peut pas être soumis à une condition et ne peut pas être subordonné à une charge;
- en second lieu, il doit s'agir d'un consentement sans vices : les vices du consentement matrimonial sont la violence morale, l'erreur sur l'identité de la personne ou sur les qualités personnelles qui ont été déterminantes pour le consentement matrimonial (article 73.4, C. civ.);
- enfin, la personne doit être capable. Si une personne handicapée physique veut se marier, il est nécessaire de solliciter un avis médical (art. 56.2).

4. La célébration du mariage : plusieurs formes de célébration sont admises :

- la forme civile, devant le fonctionnaire compétent ;
- la forme religieuse, avec deux sous types : forme canonique ou forme religieuse si la confession est admise par l'Etat. Selon l'article 59 Code civil,

«Le mariage pourra être contracté dans la forme prévue par une confession religieuse reconnue par l'Etat».

## 2. *Quels sont les effets du mariage en Espagne ?*

Selon les articles 66, 67 et 68 du Code civil, les droits et devoirs des conjoints sont les suivants :

Le premier des devoirs, l'égalité des conjoints, a été établi avec la réforme du Code civil de 1975. Depuis cette date, la référence à la soumission de la femme au mari a été supprimée.

Le second devoir, celui de coexistence, doit être spontané et volontaire. On ne peut pas l'imposer par la force. Mais le mariage peut difficilement accomplir ses fins s'il n'y a pas de coexistence.

L'article 69 présume la coexistence du couple. Sauf preuve contraire, les conjoints vivent ensemble.

Cette coexistence suppose un foyer familial. Avant la réforme de 1975, le foyer familial était fixé par le mari. Maintenant l'article 70 indique que les conjoints fixent d'un commun accord le domicile conjugal et s'ils ne parviennent pas à un accord, le juge décidera en tenant compte de l'intérêt supérieur de la famille.

Quant au devoir de fidélité, il suppose l'exclusivité dans les relations sexuelles.

Les époux doivent également se respecter, sans envahir la sphère privée de l'autre.

Enfin, une nouveauté a été apportée par la loi du 8 juillet 2005. C'est le devoir de partager les responsabilités domestiques ainsi que les soins à l'égard des ascendants, descendants et personnes dépendants à charge. Cela peut poser des problèmes : le conjoint a en effet le devoir de prendre soin des ascendants de l'autre membre du couple<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> GONZALO VALGAÑÓN, A. : «Las últimas modificaciones del derecho de familia», en *Themis Revista Jurídica de Igualdad*, 2007, pp. 62-65, p. 63.

### 3. La loi 13/2005 sur le droit du mariage<sup>5</sup>

Le mariage entre deux personnes du même sexe a été légalisé en Espagne en 2005 par le gouvernement de Rodriguez Zapatero avec les mêmes effets que le mariage hétérosexuel (en ce qui concerne l'adoption, l'héritage et la pension).

En 1998, on commençait à parler de la possibilité d'un contrat d'union civile pour les homosexuels; mais à ce moment-là, on pensait qu'il faudrait distinguer le mariage de l'union civile homosexuelle. Finalement, le gouvernement a opté pour une identité totale.

Le projet de loi a été très discuté. Le Conseil d'État s'y est opposé. Tout en soulignant la nécessité d'étendre les droits des homosexuels afin d'éviter la discrimination, dans le même temps, le Conseil d'État estimait que l'absence de discrimination pouvait être obtenue par d'autres moyens.

Le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire a été lui aussi très critique avec le projet. Le projet a été approuvé par le Congrès mais pas par le Sénat, et il a dû retourner au Congrès. Après l'approbation finale de la loi, deux juges ont fait usage de leur liberté de conscience et ont été sanctionnés pour avoir refusé de célébrer le mariage de quelques couples homosexuels.

L'opposition politique ne nie pas le droit des homosexuels à la reconnaissance d'un droit à institutionnaliser leurs relations de couple, mais elle considère que cela peut se faire avec une nouvelle figure juridique. C'est la dénomination de mariage pour ces unions qui trouble la moitié de la population espagnole. Le législateur doit protéger et respecter l'essence de cette institution.

La loi espagnole a été la troisième dans le monde sur cette question. Les deux premières ont été celles de la Hollande et de la Belgique. Après l'Espagne ce fut le tour du Canada. La loi espagnole permet l'adoption en commun par des conjoints homosexuels. Cela a été très critiqué par le Pouvoir Judiciaire qui n'admet pas que l'adoption soit conçue comme un droit des parents, mais comme un droit pour les enfants.

---

<sup>5</sup> Il y a déjà des ouvrages sur la nouvelle loi. On peut citer CAÑAMARES, S. : *Matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, Madrid, Iustel, 2007.

Quel a été le contenu de la loi 13/2005 ?<sup>6</sup>

La grande nouveauté de cette loi est concentrée dans l'article 44 du Code civil. Le premier paragraphe de cet article reste invariable mais un second a été ajouté selon lequel «Le mariage aura les mêmes conditions et effets que les deux contractants soient du même sexe ou de sexe différent»<sup>7</sup>.

Les autres modifications du Code civil effectuées par cette loi cherchent à remplacer les expressions époux et épouse par conjoints, et père et mère par géniteurs.

Les effets s'étendent à toutes les matières : succession, résidence, adoption, impôts, nourriture, séparation, divorce.

En ce qui concerne l'adoption, ceux qui sont contre la loi soutiennent que la législation en Espagne était déjà assez permissive, puisqu' avant cette loi, on admettait déjà l'adoption individuelle par des célibataires, homosexuels inclus. Mais aujourd'hui les deux conjoints homosexuels peuvent adopter en commun, et si l'un d'eux meurt ou si la relation de couple prend fin, l'autre jouit encore de droits sur l'enfant.

Après l'adoption de la loi, on a envisagé le problème des étrangers homosexuels souhaitant se marier en Espagne. Il y eut d'abord le cas d'un espagnol qui voulait se marier avec son fiancé indien mais le mariage n'a pas été autorisé parce que l'Inde ne reconnaît pas ce type de mariage. Peu après il y eut un cas similaire avec deux femmes, l'une espagnole, l'autre argentine. Le gouvernement décida que les étrangers homosexuels pouvaient se marier et que le mariage aurait plein effet en Espagne, mais que cela n'impliquait pas que le mariage soit valable à l'étranger. De la même façon, deux étrangers qui résident légalement en Espagne peuvent contracter mariage selon notre loi.

Après l'entrée en vigueur de la loi, il y eut une explosion de demandes de mariages dans les consulats espagnols à l'étranger. Dans les consulats il est possible de célébrer des mariages homosexuels si l'un des contractants est espagnol.

<sup>6</sup> Sur la loi : BLANCO LÓPEZ, J. : «La celebración del matrimonio en el derecho internacional privado español tras la reforma llevada a cabo por la ley 13/2005 de 1 de julio», en *El nuevo derecho matrimonial*, 2007, accessible en <http://vlex.com/vid/362198>.

<sup>7</sup> Traduit par l'auteur.

Quelle est la situation actuelle de la loi 13/2005 ?

- on attend le résultat du recours présenté à la Cour constitutionnelle;
- le Forum de la famille a présenté 1 million et demi de signatures contre la loi au Congrès mais le parlement a rejeté cette initiative populaire. Les chiffres officiels disent qu'en juin 2007, on comptabilisait 3340 mariages homosexuels.

### B. – *Les situations de crise du mariage*

La loi sur le divorce constitue l'un des principaux changements sociaux apportés par la démocratie en Espagne<sup>8</sup>. Elle fut adoptée en 1981 et pendant 25 années, elle ne subit aucune réforme. Quand on lit le texte de la loi de 1981, on se rend compte que le divorce était conçu comme la dernière ressource. Le couple qui voulait divorcer, devait d'abord se séparer. Les époux devaient rester séparés durant une année avant qu'ils ne puissent divorcer. Bien sûr, l'intérêt recherché par la loi en établissant cette période d'impasse c'était la réconciliation. En plus, le couple ne pouvait se séparer qu'un an après la célébration du mariage.

Il en résultait que les personnes qui voulaient divorcer, devaient passer par deux procès judiciaires, le premier en séparation; le second en divorce. Ils devaient payer les frais d'avocat deux fois. De plus, le divorce ne pouvait être prononcé qu'après deux ans dans le meilleur des cas (un an de mariage pour pouvoir demander la séparation et un an après la séparation pour pouvoir divorcer ...).

Les changements dans le mode de compréhension des relations de couple et la volonté d'éviter la prolongation du conflit entre les conjoints, quand il est clair qu'ils ne souhaitent pas continuer avec le mariage, sont les raisons pour lesquelles la loi 15/2005 a été adoptée. Elle a facilité le divorce et a fait de la séparation une figure résiduelle.

---

<sup>8</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. : «Cuestiones generales a una reforma anunciada», en *El nuevo derecho matrimonial*, 2007, <http://vlex.com/vid/362218>.

### 1. *La séparation*

Jusqu'à 2005 en Espagne, quand deux époux voulaient divorcer, il leur fallait d'abord se séparer. La séparation signifie que les époux s'éloignent physiquement l'un de l'autre, que la présomption de coexistence cesse, et qu'ils peuvent choisir des domiciles différents. Mais la séparation ne casse pas le lien matrimonial. La séparation n'éteint pas ce lien. Si les époux se séparent, ils ne peuvent pas se marier de nouveau. Ils sont encore mariés.

Avant la réforme du Code civil de 2005, si des époux voulaient divorcer, ils devaient être séparés pendant un an. Après cela, ils pouvaient divorcer. La raison était que la loi contraignait les époux à prendre une période de réflexion pour éviter les décisions précipitées.

Aujourd'hui la séparation a un caractère résiduel parce qu'il peut exister un divorce sans séparation préalable. Le législateur n'exige que trois mois de mariage pour pouvoir demander le divorce. C'est pour cela que l'exposé de motif de la loi 15/2005 explique que la séparation s'appliquera seulement au cas où les conjoints décident de ne pas opter pour la dissolution du mariage. La séparation n'est plus un premier pas indispensable vers le divorce.

La séparation est envisagée dans l'article 81.2 du Code civil, lequel explique qu'un seul des conjoints peut la demander. Il n'est pas nécessaire que tous deux la demandent. L'article exige aussi un délai de trois mois après le mariage pour pouvoir demander la séparation. La réforme de 2005 supprime cette exigence lorsqu'il y a risque pour la vie, l'intégrité physique, l'intégrité morale, la liberté du conjoint, des enfants ou des autres membres de la famille.

On peut critiquer la liste des raisons par lesquelles une personne peut demander la séparation immédiatement après la célébration du mariage, sans attendre les 3 mois obligatoires. Font défaut, dans la liste, d'autres raisons de poids, comme la consommation de drogues.

La décision judiciaire de séparation entraîne la suspension de la vie en commun (art. 83) – bien qu'il y ait toujours la possibilité de réconciliation (art. 84.1) – et l'interdiction d'utilisation des biens de l'autre conjoint pour subvenir aux besoins de la famille (art. 83).

## 2. Le divorce

Avant la loi de 2005, le divorce était très encadré en Espagne. La personne qui voulait le divorce ne l'obtenait qu'après deux ans de mariage, dans le meilleur des cas. C'était un divorce-sanction<sup>9</sup>. Aujourd'hui, après trois mois de mariage, l'un des deux conjoints, peut demander le divorce, même si l'autre conjoint n'est pas d'accord.

Avant 2005, on exigeait pour le divorce la démonstration d'une cause de divorce. Le Code civil donnait une liste des motifs possibles de divorce, et il fallait absolument en alléguer un. Personne ne pouvait divorcer comme conséquence simplement d'un accord entre les conjoints. Il fallait justifier le divorce, en déclarant l'infidélité de l'autre, le manque de coexistence, la violation répétée des devoirs familiaux ...

L'esprit de la nouvelle loi est tout à fait différent. Selon la nouvelle loi, le fait même de demander le divorce montre la volonté claire, au moins de l'un des époux, de ne pas continuer le mariage; le manque d'*affectio maritalis* est une cause suffisante pour obtenir le divorce.

De fait, la loi de 2005 établit que le juge ne peut pas s'opposer à la demande de divorce. Il ne peut pas étudier les causes du divorce, parce qu'il n'y a plus de causes. Les problèmes d'infidélité restent dans la sphère personnelle. On considère qu'il est inutile de s'opposer à la volonté des individus de divorcer en ralentissant la dissolution de la relation .

Cependant, on peut aussi soutenir que la loi provoque l'unilatéralité de la rupture, la superficialité du recours au divorce, car il n'y a ni période de réflexion ni nécessité d'alléguer des causes de la rupture.

D'autres aspects de la loi 15/2005 sont importants :

La loi prévoit le recours à la médiation familiale comme ressource alternative à la voie judiciaire. C'est un moyen d'éviter la «judiciarisation» excessive des problèmes de la famille. Si les deux conjoints sont d'accord, ils peuvent volontairement demander au

---

<sup>9</sup>SÁNCHEZ CASTRILLO, G.: «Divorcio exprés y nuevos matrimonios. Últimas reformas del Código Civil», en *Lex Nova*, julio/septiembre, 2005, pp. 32-35, p. 33.

juge à n'importe quel moment de la procédure, de suspendre le procès et d'essayer la médiation.

La loi établit également dans l'article 97 du Code civil une pension compensatrice pour celui des conjoints (homme ou femme) qui, du fait de la rupture, se trouvera dans une situation de déséquilibre économique.

Le couple qui veut divorcer doit rédiger un contrat définitif dont l'objectif est de se mettre d'accord sur les termes du divorce et les futures relations avec les enfants. Dans l'accord il y a des aspects personnels et patrimoniaux (qui va rester au foyer familial?, la garde des enfants, le régime des visites, la pension alimentaire, la fin du régime matrimonial). S'il n'y a pas de consensus entre les conjoints et leurs avocats, le juge présentera lui même l'accord.

L'un des points les plus polémiques de la loi porte sur la réglementation de la garde partagée des enfants. Avant cette loi, la garde n'avait jamais été partagée. Cette loi de 2005 prévoit que le juge peut accorder la garde partagée dans le cas où les conjoints la souhaitent et la demandent, et cela arrive parfois. Mais le problème surgit si les parents ne sont pas d'accord. La nouvelle loi prévoit que même dans ce cas là, le juge peut demander la garde partagée si un avis du procureur la justifie. La doctrine ne peut pas imaginer une garde partagée contre le désir des parents ou lorsque les parents ne conservent pas une bonne relation. La rédaction de la loi sur ce point-là est absurde. Il est très difficile de partager les droits et les devoirs, les décisions importantes concernant l'éducation si les parents ne conservent pas une bonne relation. De fait, je pense que le juge n'osera pas accorder la garde partagée si l'ex couple n'a pas une bonne relation. En Espagne la mère se voit reconnaître la garde des enfants dans 98 % des cas.

Un an après l'entrée en vigueur de la réforme du divorce (2006), le nombre de divorces avait augmenté de 10 %. En 2007, les ruptures avaient augmenté de 47 %. Cela veut dire que les conséquences de la nouvelle loi sur le mariage ont été claires : multiplication des ruptures.

Un couple marié sur 4, divorce. Les divorces non consensuels ont augmenté de 70 %.

### C. – *Le concubinage en Espagne*

*C'est la relation non matrimoniale formée par deux personnes, du même sexe ou de sexe différent, unies par une relation d'affectivité analogue au mariage, avec une vocation de permanence et fondée sur une volonté de coexistence*<sup>10</sup>.

Normalement, on connaît le concubinage en Espagne sous le nom d'union de fait ou de couples de fait, mais aussi sous le nom de couples stables ou d'unions non matrimoniales, unions libres, etc.

Le concubinage n'est pas envisagé par la Constitution, mais il n'est pas empêché ou interdit non plus. La protection accordée à la famille dans la Constitution par les articles 32 et 39 s'applique tant à la famille fondée sur le mariage qu'à la famille fondée sur le concubinage.

Le concubinage n'est pas réglé par le Code civil. Par contre, il est réglé dans la législation de plusieurs communautés autonomes. Plusieurs tentatives d'initiatives législatives étatiques ont été faites pour régler le concubinage mais elles n'ont aboutit à rien.

Il existe deux théories sur le sujet : selon la première, il faut régler par loi le concubinage car ne pas le faire serait discriminatoire par rapport au mariage. Selon la seconde, si un couple opte pour une coexistence non mariée c'est précisément parce qu'il fuit la réglementation légale de sa relation.

En Espagne ce sont les lois régionales qui ont défini et réglé le concubinage<sup>11</sup>. Un certain nombre de villes ont créé des registres d'unions civiles hétérosexuelles et homosexuelles.

<sup>10</sup> Sur le concept, on peut voir : GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E. : «El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, vol. 3, pp. 1043-1195, p. 1045.

<sup>11</sup> Loi 10/1998 de 15 juillet, d'unions stables de couple, de Catalogne, modifiée en 2005.

Loi 6/1999 de 26 mars relative aux unions stables non mariées, d'Aragon.

Loi 6/2000 de 3 juillet pour l'égalité juridique des couples stables, de Navarre.

Loi 1/2001 de 6 avril des couples de fait de la Communauté Valencienne.

Loi 18/2001 de 1 décembre des couples stables des Îles Baléares.

Loi 11/2001 de 19 décembre d'unions de fait de la Communauté de Madrid.

Loi 4/2002 de 23 mai des couples stables d'Asturies.

Loi 5/2002 de 16 décembre des couples de fait d'Andalousie.

Loi 5/2003 de 6 mars des couples de fait de Canaries.

Loi 5/2003 du 20 mars des couples de fait d'Extremadure.

Loi 2/2003 de 7 mai régulatrice des couples de fait du Pays Basque.

Loi 1/2005 du 16 mai des couples de fait de Cantabrie.

Cette réglementation au niveau régional signifie qu'il n'y a pas d'homogénéité dans le traitement. Plusieurs des lois permettent l'inscription de couples du même sexe. D'autres, non. Certaines permettent l'adoption par le couple homosexuel (Pays Basque), d'autres ne le permettent pas.

García-Posada a critiqué la confusion sous-jacente à toutes ces lois autonomes. Ces lois ont tenté de formaliser et d'institutionnaliser le concubinage. Mais le concubinage est, *per se*, a-formel. Certains auteurs considèrent que ces lois, en réalité, ont créé un nouveau type, un troisième type de coexistence, une sorte de concubinage légalisé, que l'on pourrait appeler, dans certains cas – comme en Catalogne – un mariage notarial<sup>12</sup>.

L'existence du concubinage suppose que soient réunis les éléments suivants :

- une coexistence *more uxorio*, c'est à dire, une identification du modèle de coexistence développé dans les foyers fondés sur le mariage. Cela veut dire que ces relations doivent être publiques et notoires. On exclut par conséquent les relations secrètes;
- une communauté de vie stable et durable : toutes les lois régionales exigent une période de temps pour accorder une relevance juridique.

La relation doit être monogamique (on exclut les relations extra-matrimoniales simultanées avec une union légale) et elle doit avoir un contenu sexuel, à défaut de quoi on pourrait considérer comme concubinage la coexistence de frères ou d'amis.

La jurisprudence a précisé les caractères exigés pour retenir le concubinage :

- la stabilité : selon l'arrêt du Tribunal Constitutionnel 184/1990, les relations éphémères, ou les rencontres sexuelles sporadiques ne constituent pas un concubinage;
- la continuité : il faut un *animus* de continuité, un compromis sur le futur. On peut être flexible s'il y a une interruption circonstancielle de la coexistence; mais il faut une volonté de vivre ensemble<sup>13</sup>;

<sup>12</sup> GARCÍA-POSADA, cit., p. 1160.

<sup>13</sup> Arrêt de l'Audience Provinciale de Granada du 5 mars 1996.

- l'exclusivité : cette condition est présumée. Seul le registre de couples de fait d'Andalousie mentionne expressément l'interdiction de l'enregistrement d'un couple si l'un de ses membres est déjà inscrit dans un autre registre d'unions civiles;
- l'absence d'éléments formels : l'élément distinctif du concubinage c'est l'absence de forme, même s'il y a une certaine formalité dans le cas de couples non mariés qui optent pour enregistrer leur union sur un registre officiel ou chez le notaire;
- l'accomplissement des devoirs familiaux : le principal problème ici est d'exiger la fidélité. Il ne peut s'agir que d'une présomption. On espère la fidélité d'une manière spontanée mais il n'y a pas de sanction pour le cas d'infraction selon l'Audience Provinciale de Palme de Mallorca du 15 mai 1998;
- la notoriété et la publicité de la relation : la relation doit être connue par des tiers. L'Audience Provinciale d'Asturies parle d'une projection publique de la communauté de vie dans son arrêt du 4 novembre 1994 et le Tribunal Suprême parle d'une reconnaissance sociale<sup>14</sup>.

Par ailleurs, certains auteurs ajoutent la présence de relations sexuelles. Mais on exige parfois plus du couple non marié que du couple marié. La jurisprudence a parfois exigé des relations sexuelles dans le concubinage. Même si les relations sexuelles n'existaient plus, il fallait prouver qu'il y en avait eu auparavant. Par contre, il n'est pas nécessaire aujourd'hui de consommer le mariage pour que le mariage existe et soit valable. Ce qui est important c'est l'existence d'*affectio maritalis* et non les relations sexuelles. L'Audience Provinciale de Toledo le 2 novembre de 1994 a reconnu l'existence de concubinage sans relations sexuelles dans le cas d'une personne ayant une incapacité permanente absolue.

Cependant, ni la constitution des relations économiques entre les membres du couple ni l'hétérosexualité ne sont des éléments indispensables. S'agissant du premier aspect, il n'est pas indispensable, mais la mise en commun de ressources économiques, le partage de l'argent, peut démontrer la relation de concubinage. Quant à l'hétérosexualité, elle n'est plus une condition pour le concubinage.

<sup>14</sup> Arrêt du Tribunal Suprême, 16 décembre 1996.

L'arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Catalogne de 4 juillet 1996 nous parle du concubinage homosexuel. On considère que la relation affective de deux personnes du même sexe peut être analogue à la relation conjugale. L'utilisation des registres autonomiques par des couples homosexuels a été très abondante pendant des années. Après l'adoption de la loi sur les mariages homosexuels, le nombre d'inscriptions de couples homosexuels sur les registres d'unions libres a diminué.

Le Tribunal Constitutionnel s'est également prononcé sur le concubinage à plusieurs reprises, même pour les couples homosexuels. Selon ses décisions, « le concubinage n'est pas une union illicite ou illégale; il n'est pas contraire à la Constitution de régler le concubinage; le mariage et le concubinage sont des réalités constitutionnelles différentes, mais leurs conséquences sont les mêmes (par exemple, les enfants) ».

Le Tribunal Suprême s'est prononcé à son tour :

- selon lui, le régime juridique du Code civil sur le mariage n'est pas applicable dans son intégralité au concubinage, mais on peut parfois utiliser l'analogie;
- la coexistence *more uxorio* doit signifier un régime de vie commune, le partage du domicile, une coexistence quotidienne, stable, consolidée après les années, pratiquée sous une forme publique, avec une communauté de vie, d'affectivité, d'intérêt et de fins communes dans le foyer familial (arrêt de 18 mai 1992).

Même si les tribunaux ont établi qu'il n'y a pas une identité de droits entre couples mariés et non mariés, parfois les conséquences sont les mêmes :

Par exemple, en ce qui concerne la relation entre parents et enfants, les règles du Code civil sur les relations parentales s'appliquent au concubinage.

Les devoirs des époux (art. 66 et suivants) s'appliquent également entre concubins, notamment la vie sous le même toit, le soutien et le respect mutuels.

Le Tribunal suprême relève cependant des différences de traitement :

- les effets patrimoniaux ne sont pas les mêmes; selon le Tribunal Suprême on ne peut pas appliquer les règles du régime matrimo-

nial car il n'y a pas de contrat entre concubins et par conséquent on ne sait pas s'il y a une communauté de biens (arrêt de 2001); – en matière de succession, les tribunaux ne reconnaissent aucun droit de succession au survivant quand il n'y a pas un testament; – enfin, en cas de rupture, normalement on ne reconnaît pas un droit à la pension<sup>15</sup>.

Bref, il n'y a pas une égalité juridique formelle entre mariage et concubinage mais il y a une similarité du point de vue du développement matériel de la relation. Ce sont deux réalités familiales, l'une institutionnelle et formalisée, l'autre plus libre et alternative au mariage<sup>16</sup>.

## CONCLUSION

Le Droit de la famille en Espagne a connu une évolution très rapide. Cette évolution a été une vraie révolution depuis 2005. Nous avons parcouru un long chemin en un temps très court. Le Code civil espagnol existe depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle et il est resté presque inchangé pendant toute la dictature.

La modernisation du Code civil en matière de famille a débuté pendant la transition à la démocratie. Tout d'abord, la question s'est posée de garantir l'égalité de traitement entre les deux époux. En effet, jusqu'aux années 50, le Code civil prévoyait par exemple que si une femme se mariait avec un étranger, elle perdait la nationalité espagnole. Mais ce n'est qu'en 1975, que l'on a garanti l'égalité des deux sexes dans le mariage. Puis, en 1981, on a garanti le divorce mais la loi était si restrictive, que les couples qui voulaient divorcer avaient beaucoup de mal à le faire.

Un peu plus tard, pendant les premières années de la démocratie, d'autres réformes du Code civil ont modernisé la situation des

---

<sup>15</sup> Quand à l'extinction du concubinage, les lois régionales et la jurisprudence démontrent qu'elle peut être dû à :

- la mort d'un des concubins;
- volonté unilatérale;
- séparation de fait d'un an au moins;
- par le mariage d'un membre du couple avec une troisième personne.

<sup>16</sup> PÉREZ VALLEJO, A. M. : «Las parejas no casadas. Panorama actual y perspectivas de futuro», en *El nuevo derecho matrimonial*, 2007, accessible en <http://vlex.com/vid/362204>.

enfants dans la famille. Le but a été de considérer les enfants comme des personnes avec leurs droits, plutôt que comme des prolongations des parents, ou comme une propriété du père. Les lois sur l'adoption, la tutelle, la soustraction des mineurs (par un des parents qui divorcent), sur la protection juridique des mineurs ou sur la garde des enfants, mettent l'accent sur la nécessité de protéger l'intérêt supérieur des enfants, des mineurs, parfois contre la volonté des parents. Il faut penser qu'auparavant les parents, et surtout le père, avait un pouvoir omniprésent sur les enfants.

En 2005, ce fut le tour du divorce. Il s'agit maintenant d'un divorce à l'américaine. Depuis 2005, le divorce est si facile que, à condition d'attendre trois mois de mariage, tout le monde peut divorcer et se remarier autant de fois qu'il le souhaite.

Mais cette loi sur le divorce n'a pas été la loi la plus polémique de 2005. La loi la plus polémique a été celle du mariage homosexuel, qui assimile la situation de l'union légale d'un homme et d'une femme avec celle de deux femmes ou deux hommes. Les auteurs de la Constitution espagnole ont déclaré que, lorsqu'ils ont écrit ce texte, ils n'avaient pas l'intention d'admettre dans l'article 39 le mariage de deux personnes du même sexe. Mais il est également vrai que le texte de l'article 39 ne l'exclut pas. Il ne dit pas que l'homme et la femme peuvent se marier ensemble... En revanche, il dit que l'homme et la femme peuvent se marier.

Les conséquences que le mariage homosexuel peut avoir sur l'institution du mariage est une autre question. Personnellement, je pense qu'on aurait pu accorder un statut légal, une reconnaissance digne et égale aux unions homosexuelles par la création d'une institution nouvelle adaptée à l'union de deux femmes ensemble ou deux hommes ensemble, plutôt que de dénaturer le contenu et l'essence du mariage.