

A. Introduction

1. Mentionnez les principes qui irriguent l'interprétation des règles en droit de la famille. Croyez-vous possible d'établir une hiérarchie entre eux? Dans l'affirmative, justifiez.

Les principes varient selon la branche de droit de la famille concernée. Le droit de l'autorité parentale est régi par l'intérêt de l'enfant (*Kindeswohl*). Toutes les décisions en droit de la famille qui affectent un mineur doivent observer le *Kindeswohl* (cf. aussi § 1697a BGB). Les relations des époux sont régies par l'égalité des époux, la liberté contractuelle en matière patrimoniale et la solidarité familiale (qui parfois est incompatible avec la liberté contractuelle). Pour les principes du droit de la filiation cf. infra.

2. Croyez-vous que, de nos jours, il soit possible d'identifier des valeurs nouvelles ou émergentes en droit de famille?

De nos jours, la liberté de reproduction (*Fortpflanzungsfreiheit*) et le respect de l'identité sexuelle deviennent plus importantes.

3. Quelles sont les valeurs que le législateur mentionne le plus souvent à l'occasion d'une réforme du droit de famille? Varient-elles suivant l'idéologie du gouvernement qui prend l'initiative?

Voici les valeurs invoquées le plus souvent dans les réformes majeures du droit de la famille ces vingt dernières années : Le projet de loi de 2001 introduisant la Loi sur le partenariat enregistré homosexuel fait référence à la discrimination des homosexuels et à l'identité sexuelle des individus.¹ Le projet de loi de 2013 réformant l'autorité parentale des parents non-mariés fait référence au respect de la vie familiale (Art. 8 CEDH), la prohibition des discriminations (Art. 14 CEDH) et l'intérêt de l'enfant.² Pareillement, le projet de loi de 2013 visant à une consolidation des droits du père uniquement biologique fait référence à la vie privée et familiale (Art. 8 CEDH) et à l'intérêt de l'enfant.³ Le projet de loi de 1997 réformant l'autorité parentale fait référence aux les droits des enfants, l'intérêt des enfants, les droits des parents (cf. l'influence de l'État), l'égalité des enfants nés des parents mariés et non-mariés.⁴ Le projet de loi portant réforme du droit de l'obligation alimentaire fait référence à l'intérêt de l'enfant (en tant que créancier d'une obligation d'entretien), la responsabilité propre des époux divorcés cf. la solidarité familiale, simplification de la loi.⁵ Le projet de loi de 2009 réformant la répartition des pensions fait référence à la participation des deux époux au partage équitable des pensions, à la clarté et à l'opérabilité de la loi.⁶ Pareillement, le projet de loi de 2009 modifiant le droit de la participation aux acquêts et de l'assistance invoque notamment le partage égal des acquêts entre

¹ BT-Drs. 14/3751 p. 33.

² BT-Drs. 17/11048 p. 11.

³ BT-Drs. 17/12163 p. 8.

⁴ BT-Drs. 13/4899 pp. 1 et seq.

⁵ BT-Drs. 16/1830, pp. 1, 12 et seq.

⁶ BT-Drs. 16/10144, pp. 1 et seq.

les deux époux et la clarté, la simplicité et l'opérabilité de la loi.⁷

4. La confrontation entre droits fondamentaux et règles de droit privé, en d'autres termes, la construction de la *Drittwirkung* a-t-elle eu un certain succès en droit de la famille?

La *Drittwirkung* des droits fondamentaux se retrouve dans les clauses générales du droit privé, notamment dans les bonnes mœurs (§ 138 BGB) et la bonne foi (§ 242 BGB). En droit de la famille, la *Drittwirkung* agit notamment dans les contrats de mariage, modifiant les obligations d'entretien après divorce ou la participation aux acquêts. Le contrôle des bonnes mœurs intervient au moment de la conclusion du contrat et le contrôle de la bonne foi s'applique lorsque les circonstances prévues par les époux au moment de la conclusion du contrat se sont développées de manière inattendue.

5. Quel a été le *leading case* sur la question de l'ordre public en droit de famille? Cela a-t-il conduit à une modification législative subséquente?

Il n'est pas possible d'identifier un seul *leading case* sur la question de l'ordre public en droit de famille. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont provoqué ou ont, au moins, eu une importante influence sur la législation et la jurisprudence récentes.⁸ La très grande majorité des règles de droit de la famille est d'ordre public et il y a un grand nombre de décisions fondamentales.⁹

6. Existe-t-il un déclin de l'ordre public dans le domaine du droit de la famille?

Non, les règles d'ordre public n'ont pas diminué dans les dernières décennies.

7. Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation du droit de la famille?

Ces valeurs, concepts ou intérêts jouent un rôle important en ce qu'ils forment la motivation du législateur et conséquemment déterminent l'interprétation de la loi. Doctrine et jurisprudence invoque fréquemment les valeurs derrière les normes. Ces valeurs, concepts ou intérêts sont également des points fixes dans les débats doctrinaux sur la politique juridique.

B. Le mariage. Aspects personnels et patrimoniaux

B.1. Concept, célébration et dissolution

1. Quelles sont les limites du mariage?

Comparé à des époques antérieures, le droit actuel connaît très peu de limites du mariage ; seulement les interdictions de l'inceste et de la bigamie. Selon le § 1306 BGB, le mariage ne peut être conclu lorsqu'il existe entre l'une des personnes qui veulent se marier et une tierce

⁷ BT-Drs. 16/10798 p. 1.

⁸ Cf. p. ex. CEDH, *Labassee c/ France*, n° 65941/11, arrêt du 26 juin 2014 ; CEDH, *Zaunegger c/ Allemagne*, n° 22028/04, 3 décembre 2009 ; CEDH, 15 septembre 2011, n° 17080/07, *Schneider c/ Allemagne* ; CEDH, 21 décembre 2010, n° 20578/07, *Anayo c/ Allemagne*.

⁹ Cf. récemment BGH, 10.12.2014 - XII ZB 463/13 sur la maternité de substitution ; BGH, 20 avril 2016 n° XII ZB 15/15 sur la co-maternité ; BVerfG, 19 avril 2016, n° 1 BvR 3309/13 sur le droit de l'information contre le père biologique présumé ; BVerfG, 21. juillet 2010, n° 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 sur la garde du père non-marié.

personne un mariage ou un partenariat de vie. Selon le § 1307 BGB le mariage ne peut être conclu ni entre parents en ligne directe ni entre frères et sœurs consanguins ou utérins; il en est ainsi même lorsque le lien de parenté a disparu en conséquence d'une adoption. La conséquence d'une infraction de ces règles est un mariage résiliable (cf. § 1313 BGB), et non pas un mariage nul. Cette limite due à la parenté s'applique aussi, en principe, aux personnes dont la parenté est fondée sur une adoption (§ 1308 BGB). Cependant, dans ce cas, une dispense du tribunal de la famille peut être non seulement obtenue, mais une telle infraction n'a, en outre, aucune conséquence.

2. Le mariage homosexuel est-il admis? Votre droit reconnaît-il le mariage homosexuel célébré dans un autre pays, notamment si l'un des mariés est ressortissant d'un Etat qui interdit le mariage homosexuel?

Il n'y a pas de mariage homosexuel, seulement le partenariat enregistré (*eingetragene Lebenspartnerschaft*), introduit en 2001 par le gouvernement des sociaux-démocrates et des Verts et jugé conforme à la constitution en 2002.¹⁰ Le mariage homosexuel quant à lui a été revendiqué plusieurs fois par l'opposition¹¹, mais les partis conservateurs, qui tiennent la majorité dans les administrations des législatures depuis 2005 le refusent. Les conséquences du *Lebenspartnerschaft* et du mariage sont quasiment identiques, même en droit social et fiscal mais il reste une importante différence en droit de l'adoption (pas d'adoption commune par les *Lebenspartner*). La doctrine débat de la conformité constitutionnelle du mariage homosexuel.¹²

Aux conditions matérielles de la célébration du mariage s'appliquent cumulativement les lois des États dont les époux sont ressortissants (Art. 13 al. 1 EGBGB) ; la forme de la célébration du mariage doit satisfaire soit la forme du lieu de la célébration soit celle des lois des États dont les époux sont ressortissants (Art. 11 EGBGB). Lorsqu'un de ces droits applicables aux conditions matérielles de la célébration du mariage interdit le mariage homosexuel, le mariage n'est pas valable du point de vue d'un juge allemand. Ils peuvent cependant conclure un partenariat selon droit matériel allemand, car celui-ci est régi par les lois de l'État dans lequel il est enregistré. En Allemagne, deux personnes du même sexe ne peuvent pas célébrer un mariage, même si les conditions matérielles de mariage sont régies par le droit de l'État de leur nationalité qui, lui, permet le mariage homosexuel. Cependant lorsqu'un droit étranger est applicable aux conditions matérielles de mariage, le droit allemand reconnaît le mariage homosexuel célébré valablement à l'étranger.¹³

3. Quelles sont les conditions de forme du mariage? Se sont-elles atténuées avec le temps? Est-il possible de régulariser le mariage célébré en violation des règles de forme?

Les conditions de formes sont réglées dans les §§ 1310-1312 BGB. Elles ne se sont pas

¹⁰ BVerfG, arrêt du 17 juillet 2002, n° 1 BvF 1/01 ; 1 BvF 2/01.

¹¹ Notamment par les Verts (BT-Drs 12/7885 (en 1994) ; BT-Drs 13/2728 (en 1995) ; BT-Drs 16/13596 (en 2009) ; BT-Drs 17/6343 (en 2011) ; BT-Drs 17/13912 (en 2013) ; 17/12677 (en 2013) ; BT-Drs 18/5098 (en 2013)), les socialistes (BT-Drs 17/2023 (en 2010) ; BT-Drs 18/8 (en 2013), BT-Drs 18/5205 (en 2015)) ; les sociaux-démocrates (BT-Drs 17/8155 (en 2011); 17/12677 (en 2013)) et même le Bundesrat entier (BT-Drs 18/6665 (en 2015)).

¹² Cf. p. ex. Maunz/Dürig/Badura, GG Art. 6 n° 58 ; BeckOK GG/Uhle GG Art. 6 n° 4 ; Sachs/von Coelln, Grundgesetz, 7e ed. 2014, Art 6 n° 4 et seq. et pour l'opinion contraire cf. Dreier/Brosius-Gersdorf, GG Art. 6 n° 81 ; Brosius-Gersdorf, NJW 2015, 3557 ; Beck/Tometten DÖV 2016, 581.

¹³ MüKoBGB/von Hein Art. 6 n° 260 ; JurisPK/Baetge Art. 6 n° 95.

atténuées dans les décennies passées. Le mariage n'est célébré que si les comparants déclarent devant l'officier de l'état civil qu'ils veulent contracter mariage ensemble (§ 1310 al. 1 BGB). Ces déclarations doivent être faites personnellement et en présence de l'autre. Elles ne peuvent comprendre de condition, ni être assorties d'un terme, § 1311 BGB. L'officier de l'état civil doit lors de la célébration du mariage demander individuellement à ceux qui se marient s'ils veulent contracter mariage ensemble, et, après leur réponse affirmative, déclarer que désormais en vertu de la loi ils sont époux légitimement unis, § 1312 BGB.

Un mariage conclu devant une autre personne qu'un officier de l'état civil (ou une personne considérée comme officier d'état civil, § 1310 al. 2 BGB) est nul. Il peut être régularisé selon les conditions prévues au § 1310 al. 3 BGB. Une infraction au § 1311 BGB mène à un mariage résiliable (cf. § 1314 al. 1 BGB). La résiliation est exclue si les époux, après la célébration du mariage, ont vécu ensemble comme époux pendant cinq années ou, si l'un d'eux est décédé antérieurement, jusqu'à la mort de celui-ci et au moins pendant trois années, à moins que la résiliation n'ait été demandée au cours des cinq années ou au moment du décès (§ 1315 al. 2 no. 2 BGB). Une infraction au § 1312 BGB n'a néanmoins ni de conséquence pour la validité ni pour la résiliabilité du mariage.

4. Êtes-vous en train d'analyser la possibilité de reconnaître des structures familiales où le « couple » soit intégré, par des raisons religieuses/ culturelles, par une pluralité de personnes (bref, plus que deux)?

Un mariage polygame n'est pas possible en droit matériel de la famille allemand (principe de la *Einehe*, cf. § 1306 BGB, supra). Il n'y a pas de suggestions sérieuses proposant de permettre la polygamie en Allemagne.¹⁴ La doctrine débat vivement de la reconnaissance en Allemagne d'un mariage polygame valablement (Art. 13, 11 EGBGB) conclu à l'étranger ou de son atteinte à l'ordre public (Art. 6 EGBGB).

Bien sûr, les individus sont, en revanche, libres de vivre en structures de plusieurs personnes de fait tant qu'une personne n'est pas mariée à plus qu'une autre personne.

5. Le mariage est-il indissoluble?

En principe, oui. Le mariage est conclu pour la vie (§ 1353 al. 1 BGB), mais il peut être dissolu par résiliation (§§ 1313 et seq. BGB) ou par divorce (§§ 1564 et seq. BGB).

5.1. Quelles sont les causes de divorce?

Depuis la loi sur la réforme du droit de mariage de 1976, il n'y a qu'une cause de divorce : l'échec du mariage. Le mariage a échoué si la communauté de vie des époux a cessé et qu'on ne peut s'attendre à ce que les époux la rétablissent (§ 1565 al. 1 BGB). Il y a deux présomptions irréfragables (!) d'échec du mariage : d'abord, lorsque les époux vivent séparés (cf. § 1567 BGB) depuis une année, et que les deux époux demandent le divorce ou que le défendeur donne son accord au divorce ; et aussi, lorsque les époux vivent séparés depuis trois années (§ 1566 BGB).

5.2. Est-ce que ces causes ont des conséquences, notamment patrimoniales?

¹⁴ Cf. sur ce sujet Coester/Coester-Waltjen, Polygame Verbindungen und deutsches Recht, FamRZ 2016, 1618 ; Coester/Coester-Waltjen, Polygamie im 21. Jahrhundert, in : FS Hahne, 2012.

Pas applicable, cf. supra.

5.3. Est-il possible de contractualiser les causes ou conséquences du divorce, de le *tayloriser*? Est-ce qu'il y a des débats à ce sujet?

Il n'est pas possible de contractualiser les causes du divorce. Mais les conséquences du divorces peuvent faire l'objet de contrats entres les époux. L'obligation d'entretien après divorce (§§ 1569 et seq. BGB) peut être modifiée par contrat des époux (§ 1585c BGB) et il y a des nombreux arrêts sur les limites du pouvoir des époux à se priver de leur droit à l'entretien. Une grande partie des règles sur la participation aux acquêts (*Zugewinnngemeinschaft*, §§ 1363 et seq. BGB) peut être modifiée par contrat. Aussi, il est possible de modifier certains aspects de la répartition des pensions (*Versorgungsausgleich*, cf. §§ 6 et seq. VersAusglG).

6. Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation du droit du mariage?

L'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation du droit du mariage ne diffère pas de l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur le droit de la famille en général (cf. supra A.7.).

B.2. Les aspects patrimoniaux du mariage

7. Quelles sont les valeurs qui innervent les effets patrimoniaux du mariage?

D'abord, la participation des époux aux acquêts est dominée par le principe de l'indépendance des patrimoines de l'époux (cf. § 1364 BGB) ; la compensation n'intervient qu'à la fin du régime matrimonial. Ensuite, le principe central de la participation aux acquêts est le principe de la division par moitié (*Halbteilungsgrundsatz*).¹⁵ Cependant une partie remarquable des règles régissant les détails contredit ce principe. La division par moitié est aussi à la base de la répartition des pensions (§ 1 al. 1 VersAusglG).

7.1. Est-il possible de contractualiser les effets patrimoniaux du mariage?

Oui, cf. supra 5.3.

7.2. Les limites éventuelles à cette contractualisation sont-elles justifiées par la protection du conjoint faible ou du créancier?

Elles sont surtout justifiées par la protection du conjoint faible. Mais en même temps, les intérêts des enfants (dont le conjoint économiquement faible doit des aliments), les intérêts des débiteurs d'aliments subsidiaires (comme les parents ou les enfants majeurs du conjoint économiquement faible) et les intérêts de la société entière (qui doit supporter le conjoint économiquement faible par voie de prestations sociales) sont protégés par les limites à la

¹⁵ cf. § 1378 al. 1 BGB

contractualisation.

7.3. Les avantages que se consentent des époux doivent-ils être réciproques?

En principe non, mais le décalage entre les avantages/désavantages prévus par l'un et l'autre époux doit apparaître raisonnable pour ne pas porter atteinte aux bonnes mœurs (§ 138 BGB).

7.4 Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence des valeurs, concepts et des intérêts sur l'interprétation des aspects patrimoniaux du mariage?

L'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation des aspects patrimoniaux du mariage ne diffère pas de l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur le droit de la famille en général (cf. supra A.7.).

C. Les couples de fait

1. Les couples de fait - concubinage, PACS...- sont-ils reconnus? Ont-ils les mêmes droits et devoirs que les couples mariés?

Les couples de fait ne sont pas reconnus au sens strict. Ils n'ont pas de droits et devoirs relevant du droit de la famille. Il n'y a pas de règle de droit de la famille qui s'adresse explicitement aux couples de fait. Il n'y a pas de régime optionnel comme le PACS ; les relations patrimoniales des concubins sont régies par le droit des obligations et le droit des biens, avec cependant quelques modifications développées par la jurisprudence et la doctrine.¹⁶

Afin d'accéder à ces modifications, on applique une notion commune, établie par la jurisprudence et la doctrine, de ce qu'est un couple de fait. En dehors du droit de la famille, la loi se réfère parfois à la « communauté semblable au mariage » (*eheähnliche Gemeinschaft*) ou à des notions similaires. Dans ce sens limité, les couples de fait sont « reconnus ». En général, les couples de fait n'ont pas les mêmes droits et devoirs que les couples mariés. Leur position ressemble fortement à celle des époux en droit de l'autorité parentale (cf. § 1626a BGB, cf. § 1626 BGB), mais elle n'y est nullement identique. Il n'y a pas de participation aux acquêts, pas d'obligation alimentaire – ni pendant, ni après le concubinage, pas de répartition des pensions, ni aucune autre conséquence émanant spécifiquement du droit de la famille. La jurisprudence a fait des efforts pour permettre de récompenser les transferts unilatéraux de large quantité de patrimoine par voie d'instruments relevant du droit des obligations, très semblables aux instruments développés par la jurisprudence pour les époux vivant sous le régime de séparation de biens.

2. S'agit-il d'une situation purement contractuelle?

Comme le droit de la famille ignore les concubins, les couples de fait ne jouissent pas d'un statut juridique. Il s'agit d'une situation purement contractuelle et de fait.

¹⁶ Cf. p. ex. BGH, 9 juillet 2008, n°XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 ; BGH, 4 mars 2015, n° XII ZR 46/13 FamRZ 2015, 833 = NZFam 2015, 502 ; BGH, 3 février 2010, n° XII ZR 189/06 BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958.

3. Dans certains territoires (par exemple la Catalogne), l'existence de couples de fait dont un des membres est marié est reconnue à condition qu'il soit séparé de fait. Est-ce le cas chez vous? Quid au regard de l'interprétation des règles existantes?

Non, ce n'est pas le cas en droit allemand.

D. Filiation et adoption

D.1 Filiation

1. Questions préliminaires. Est-il possible dans votre pays que le mineur ait une filiation établie envers plus de deux personnes? Pouvez-vous avoir deux pères et/ou deux mères? Y a-t-il plusieurs types de filiation dans votre pays, avec des conséquences distinctes?

Une remarque préliminaire : Le droit de la filiation en Allemagne est en ce moment le sujet de débats intenses. Au niveau du garde de sceaux une commission a été établie pour préparer une grande réforme du droit de la filiation. On attend les résultats de cette commission pour l'été de 2017. Pour le moment la situation de droit est la suivante :

Il n'est pas possible d'avoir une filiation établie envers plus de deux personnes. Ce principe (dualisme de la filiation) est traité comme un principe constitutionnel par la Cour constitutionnelle fédérale [[Fundstellen für Zwei-Eltern-Dogma//Dualismus-Dogma des BVerfG]].

En droit de la famille allemand il n'est pas possible d'avoir deux pères ou deux mères. Mais récemment le Cour fédéral de justice a jugé que la reconnaissance de l'existence de deux mères en droit sud-africain n'est pas contraire à l'ordre public allemand.¹⁷

En droit, il n'y a qu'un type de filiation (*Abstammung*, §§ 1589, 1591 et seq. BGB) avec des conséquences uniformes. En dehors de cette filiation (de droit), la doctrine utilise les notions de la filiation génétique (ou biologique) (p. ex. le donneur de sperme) et de la filiation sociale (p. ex. les beaux-parents de fait). Pourtant, depuis une réforme récente de 2013, le père uniquement biologique peut obtenir un droit de contact avec l'enfant (cf. § 1686a BGB), sans qu'il n'y ait d'autres conséquences découlant typiquement de la filiation. Si on veut, le législateur allemand a, avec ceci, établi une sorte de « filiation light ».

x. Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence des valeurs, concepts et des intérêts sur l'interprétation du droit de la filiation?

En droit de la filiation, on essaie de trouver un équilibre entre les objectifs contradictoires de la vérité de la filiation (*Statuswahrheit*), de la clarté de la filiation (*Statusklarheit*) et de la stabilité

¹⁷ BGH, 20 avril 2016, n° XII ZB 15/15, BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251.

de la filiation (*Statusbeständigkeit*).¹⁸

2. Établissement de la filiation

2.1. Existe-t-il une présomption de paternité? Cette présomption s'applique uniquement aux couples mariés ou aussi aux couples en concubinage?

Oui, selon le § 1592 no. 1 BGB, le père d'un enfant est l'homme qui, au moment de la naissance, est marié avec la mère de l'enfant. Cette règle s'applique par analogie si le mariage s'est dissous par la mort et si un enfant naît dans les 300 jours qui suivent cette dissolution, sauf si la femme a conclu un nouveau mariage (cf. § 1593 BGB). L'effet de la règle des §§ 1592 no. 1, 1593 BGB est plus qu'une présomption ; elle établit la paternité.

La présomption de paternité du § 1592 no. 1 BGB s'applique seulement aux couples mariés, pas aux couples de fait et ni aux couples vivant dans un partenariat (cf. supra).

2.2. Pour déterminer la filiation maternelle, quel est le [rôle] du centre médical où l'enfant est né? Y a-t-il une obligation légale de notifier à l'autorité publique la naissance d'un enfant? Est-il possible que la mère abandonne l'enfant?

Le centre médical où l'enfant est né est obligé de signaler la naissance de l'enfant au bureau de l'état civil (*Standesamt*) compétent (§§ 18 al. 1, 20 PStG¹⁹). L'infraction de ce devoir constitue une contravention et le centre médical peut être condamné à payer une amende.

Les données qui doivent être communiquées au bureau de l'état civil comprennent le nom de la mère (§ 21 al. 1 no. 4 PStG). Donc, si la mère accouche dans un centre médical ou avec assistance de quelqu'un fournissant des services de périnatalogie, elle ne peut pas abandonner l'enfant.

Mais en 2013 la possibilité de l'accouchement sous X a été introduite (§§ 25 et seq. SchwKonflG²⁰, § 18 al. 2 PStG). Lors d'une consultation la femme enceinte obtient un pseudonyme qu'elle utilise pour accoucher dans un centre médical. Le bureau de consultation sauvegarde alors son vrai nom. Une fois l'enfant né, le service d'aide à la jeunesse s'occupe de l'enfant et une procédure d'adoption est initiée. Dans le cas d'un accouchement sous X, le centre médical où l'enfant est né ne doit signaler au bureau de l'état civil, en dehors des données de l'enfant, que le pseudonyme de la mère.

2.3. L'établissement de la filiation obéit-il à une procédure administrative ou bien judiciaire? Y a-t-il un organisme responsable de la publication et de la gestion des naissances? Est-ce qu'un tel organisme est sous la tutelle du Ministère de la Justice ou bien de l'Intérieur?

¹⁸ D. Coester-Waltjen, Die Theorie der Privatrechtsgesellschaft, 2007, p. 271 (276).

¹⁹ Personenstandsgesetz (Loi de l'état civil).

²⁰ Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz) – (Loi visant à l'évitement et au dépassement des conflits naissants d'une grossesse).

L'établissement de la filiation (*Vaterschaftsfeststellung*) fait l'objet d'une procédure judiciaire (§ 1600d BGB, §§ 169 et seq FamFG).

Le *Standesamt* (bureau de l'état civil) est responsable de gérer le registre des naissances (Geburtenregister, § 21 PStG). Tout ce qui est relatif à l'état civil est sous la tutelle du Ministère de l'Intérieur.

2.4. Quelles sont les conditions d'établissement de la filiation paternel? Le consentement de l'autre parent est-il nécessaire à cet établissement?

Si la paternité ne résulte pas de la règle du § 1592 no. 1 (cf. supra), elle peut résulter d'une reconnaissance (§§ 1594 et seq. BGB) ou d'un établissement judiciaire de la paternité (§ 1600d BGB). La reconnaissance de la paternité exige le consentement de la mère (§ 1595 al. 1 BGB) ou de l'enfant, si la mère n'a plus l'autorité parentale (§ 1595 al. 2 BGB). L'établissement judiciaire de la paternité suit la vérité biologique et n'exige pas le consentement des parents.

2.5. Des adminicules sont-ils nécessaires? Est-il possible de contraindre le père à la réalisation d'un test de paternité biologique? Est-ce que des conséquences sont tirées du refus de faire ce test de paternité?

Dans une procédure d'établissement judiciaire de la paternité, le père présumé peut être obligé par le tribunal de la famille de réaliser un test de paternité biologique (§ 178 FamFG).

L'enfant et la mère peuvent demander à tout moment au père légal de réaliser un test de paternité biologique (§ 1598a BGB).

3. Contestation de la filiation

3.1. Les conditions de la contestation de la filiation diffèrent-elles suivant que le couple est marié, en concubinage, séparé, divorcé, etc.?

En principe, les conditions de la contestation de la filiation ne diffèrent pas suivant que le couple est marié, en concubinage etc. Mais le père biologique présumé ne peut pas contester la paternité du père légal – dont la paternité est attribuée selon le § 1592 no. 1 (ou no. 2) BGB – si entre l'enfant et le père légal, des liens sociaux-familiaux existent (§ 1600 al. 2 BGB). Des liens sociaux-familiaux existent si le père légal se comporte effectivement comme responsable de l'enfant; une prise de responsabilité effective est normalement présumée, si le père légal est marié avec la mère ou a eu une communauté de vie avec l'enfant dans une vie de famille pendant une assez longue durée (§ 1600 al. 4 BGB).

3.2. Ces actions peuvent-elles être exercées par des organismes publics?

En principe, un organisme public - l'autorité compétente - est habilité à contester la paternité en cas de reconnaissance de la paternité (§§ 1592 no. 2, 1594 et seq. BGB) lorsqu'il n'existe, entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance, pas de liens sociaux-familiaux et qu'il n'y en ait pas existés au moment de la reconnaissance, et que par la reconnaissance aient été créées les conditions juridiques pour l'entrée autorisée ou le séjour autorisé de l'enfant ou de l'un de ses parents (§§ 1600 al. 1 no. 5, al. 3 BGB). Cependant, cette règle a été jugée contraire à la Constitution et nulle par la Cour constitutionnel en 2013, parce qu'elle peut avoir pour conséquence d'arracher la nationalité allemande à l'enfant (cf. Art. 16 GG²¹) sans qu'il n'y ait eu d'examen des intérêts de l'enfant.²² Jusqu'à maintenant, le législateur n'a pas dessiné un droit de contestation des organismes publics conforme à la Constitution.

3.3. Est-ce qu'un jugement établissant la filiation de manière définitive peut être révisé ?

Normalement, un jugement devenu définitif ne peut être révisé sauf dans des cas assez limités. Selon les §§ 578 et seq. ZPO²³, un nouveau procès peut être commencé lorsqu'il y eu une violation grave des règles de procédure (p. ex. en cas de participation d'un juge partial) ou s'il y a eu un acte criminel (p. ex. un faux témoignage). Mais en matière de filiation, il y a une règle particulière (§ 185 FamFG) qui permet une nouvelle procédure lorsqu'une des parties produit un nouveau rapport d'expertise (notamment à cause des progrès médicaux/techniques) capable de mener à une décision de justice différente.

4. Procréation médicalement assistée

4.1. Qui est la mère? La mère ovulaire? La mère qui accouche? Celle qui a conclu le contrat de maternité de substitution, si ce cas est autorisé dans votre pays?

Depuis 1998 le BGB est très claire sur ce point ; seule la mère qui accouche est la mère légale. Cette règle (§ 1591 BGB) a été introduite face aux évolutions techniques comme la maternité de substitution et elle accompagne les prohibitions de la maternité de substitution prévues dans d'autres lois (ESchG²⁴ et AdVermG²⁵). Si la mère qui accouche n'est pas la mère biologique, on ne peut rien faire, il n'y a pas de contestation de maternité en droit allemand.

4.2. Qui est le père? Le donneur de sperme? Le don de sperme anonyme est-il autorisé?

Le père est le mari de la mère (§ 1592 no. 1 BGB), l'homme qui reconnaît la paternité (§ 1592 no. 2 BGB) ou l'homme dont la paternité biologique a été établie par voie judiciaire (§ 1592 no. 3 BGB), cf. supra. Donc en principe, le donneur de sperme peut être établi comme père par voie

²¹ Grundgesetz (Constitution allemande).

²² BVerfG (Bundesverfassungsgericht), arrêt du 17 décembre 2013, n° 1 BvL 6/10, BGBl. (Bundesgesetzblatt) I 2014 p. 110.

²³ Zivilprozessordnung (ZPO) (Code de procédure civile).

²⁴ Embryonenschutzgesetz, cf. § 1 ESchG.

²⁵ Adoptionsvermittlungsgesetz, cf. § 13 AdVermG.

judiciaire. Mais ceci présuppose qu'il n'existait pas de paternité d'un autre homme (ce qui est rare parce que les centres médicaux, selon les directives des chambres des médecins, refusent de prendre en charge les femmes célibataires) ou que la paternité de l'autre homme ait été contestée (ce qui est tout aussi rare car la mère et son mari, ayant donné leur consentement à la procréation médicalement assistée, sont exclus de la contestation, § 1600 al. 5 BGB). Cependant il reste encore un certain risque pour le donneur de sperme de devenir le père légal. Le législateur voulait éliminer ce risque et libérer le donneur de sperme de toute responsabilité, mais il n'a pas encore présenté de projet de loi.

Le don de sperme anonyme n'est pas autorisé. Le principe selon lequel l'enfant a le droit de connaître son origine biologique a été établi dans les années quatre-vingt.²⁶ Mais la pratique des centres médicaux ne suivait pas toujours ce principe. Ce sujet a fait l'actualité en 2013 avec un arrêt du Tribunal Régional Supérieur de Hamm²⁷ et en 2015 avec un arrêt de la Cour Fédéral de Justice qui ont confirmé le droit de l'enfant à connaître l'identité du donneur de sperme.²⁸

4.3. Est-il possible d'utiliser les gamètes ou le matériel génétique d'une personne décédée? Si oui, comment la filiation est déterminée?

Il est explicitement interdit par le § 4 al. 1 n° 3 ESchG d'utiliser le sperme d'un homme décédé pour féconder un ovocyte. Le cas contraire – mort de la femme ayant donné l'ovocyte avant la fertilisation – n'est pas réglementé par la loi allemande, car il est interdit de féconder un ovocyte avec un but autre que la grossesse de la femme ayant donné l'ovocyte (§ 1 al. 1 n° 2 ESchG). Il est cependant permis de transférer à une femme, après le décès de l'homme, l'ovocyte fécondé si la fertilisation a eu lieu avant la mort.²⁹

Lorsque, en violant l'interdiction du § 4 al. 1 n° 3 ESchG, le sperme a été utilisé pour féconder un ovocyte, la paternité est déterminée par les normes générales (cf. supra) ; l'homme décédé est donc le père lorsque le bébé est né dans les 300 jours après la mort (§ 1593 BGB) ou lorsque sa paternité a été déterminée post mortem (§§ 1592 n° 3, 1600 BGB). Sinon, la paternité d'un autre homme peut résulter d'un mariage au moment de la naissance (§ 1592 n° 1 BGB) ou d'une (fausse) reconnaissance (§§ 1592 n° 1, 1594 et seq. BGB).³⁰

4.4. La maternité de substitution est légale ou interdite dans votre pays? Sur quels principes s'appuie l'interdiction, le cas échéant? S'agit-il d'un sujet d'actualité?

La maternité de substitution est interdite en Allemagne (cf. supra). Il s'agit d'un sujet d'actualité depuis les années quatre-vingt. Les adversaires de la maternité de substitution y voient une violation de la dignité de la mère porteuse (parce qu'elle serait réduite à une machine reproductrice ; parce que la grossesse ne devrait pas être commercialisée) et même de l'enfant.

²⁶ Deutsches Ärzteblatt 1985, p. 1691 (1696) ; *Coester-Waltjen*, Gutachten B zum 56. djt 1986, p. B 59 ; BVerfGE 79, 256.

²⁷ OLG Hamm, arrêt du 6 février 2013, 14 U 7/12, FamRZ 2013, 637 = NJW 2013, 1167 = MDR 2013, 467 = ZKJ 2013, 292 = JAmt 2013, 151 = MedR 2013, 672, ann. Spickhoff, MedR 2013, 677 ; Wellenhofer, FamRZ 2013, 825 ; Kingreen, FamRZ 2013, 641 ; Schneider, FamFR 2013, 172 ; Fink/Grün, NJW 2013, 1913 ; Meier, NZFam 2014, 337 ; Leeb/Weber, ZKJ 2013, 277 ; Jorzig, jurisPR-MedizinR 2/2013 Anm. 1.

²⁸ BGH, arrêt du 28 janvier 2015, n° XII ZR 201/13, NZFam 2015, 254 = MDR 2015, 397 = NZG 2015, 1098 ann. *Bonvie*, jurisPR-MedizinR 3/2015 Anm. 5.

²⁹ Spickhoff/Müller-Terpitz ESchG § 4 n° 4 ; OLG Rostock MedR 2010, 874.

³⁰ MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1593 n° 10.

En plus, ils estiment qu'il y aurait une menace pour les intérêts de l'enfant car la mère porteuse ne serait pas capable d'avoir pendant la grossesse le même lien fort à l'enfant qu'une « vraie » mère, ce qui pourrait empêcher un développement normal de l'enfant.

D.2 Adoption

1. Y a-t-il plusieurs types d'adoption?

Il y a l'adoption des mineurs (§§ 1741 et seq. BGB) et l'adoption des majeurs (§§ 1767 et seq. BGB). Aujourd'hui il n'y a pas d'autres types d'adoption (comme l'adoption forte et faible ou comme l'adoption ouverte).

2. L'adoption est-elle limitée aux mineurs?

Non, cf. supra.

3. Un mineur non « abandonné » peut-il être adopté?

Oui.

4. Est-ce que l'adoption éteint définitivement le lien avec la famille d'origine? Si oui, la famille d'origine conserve-t-elle des droits et obligations?

Oui, l'adoption fait disparaître les liens de parenté de l'enfant et de ses descendants avec les parents qu'il avait jusqu'alors et il en est en particulier ainsi pour les droits et les devoirs qui en découlent ; les créances de l'enfant qui sont survenues avant l'adoption ne sont pas modifiées par l'adoption (§ 1755 al. 1 BGB). Lorsque l'un des époux adopte l'enfant de son conjoint, la disparition des liens de parenté ne se produit qu'entre l'adopté et l'autre parent et la famille de celui-ci (§ 1755 al. 2 BGB).

5. Est-ce qu'il existe un âge minimum requis dans votre pays pour adopter ou pour être adopté?

Il n'y a pas d'âge minimum pour être adopté (mais il y a en principe la nécessité d'un temps probatoire d'une durée raisonnable [cf. § 1744 BGB], donc en principe il n'y a pas d'adoption immédiate d'un nouveau-né). L'adoptant doit avoir 25 ans accomplis ; dans certains cas limités, 21 ans accomplis suffiront (cf. § 1743 BGB).

6. Est-ce qu'il existe des règles spécifiques lorsque l'adopté est un étranger?

Oui. Le droit applicable à l'adoption est, en principe, le droit de l'État de la nationalité de l'adoptant (Art. 22 EGBGB). Mais la nécessité et la délivrance du consentement de l'enfant ou des membres de sa famille d'origine sont cumulativement régies par la loi de l'État de la nationalité de l'enfant (Art. 23 EGBGB). L'Allemagne est État contractant de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Les effets d'une adoption faite à l'étranger sont réglés par l'AdWirkG.³¹

7. La procédure d'adoption est-elle administrative, judiciaire ou bien hybride?

La procédure d'adoption est judiciaire (cf. § 1752 BGB).

8. Quelle est en jurisprudence ou en doctrine l'influence des valeurs, concepts et des intérêts sur l'interprétation du droit de l'adoption?

L'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur l'interprétation du droit de l'adoption ne diffère pas de l'influence de ces valeurs, concepts ou intérêts sur le droit de la famille en général (cf. supra A.7.).

³¹ Adoptionswirkungsgesetz – Gesetz über Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht.