



HAL
open science

Homosexualité et Droit civil

Régis Schlagdenhauffen

► **To cite this version:**

Régis Schlagdenhauffen. Homosexualité et Droit civil : Trad. fr. de: Numa Praetorius, “ Homosexualität und bürgerliches Gesetzbuch ”, in Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, vol. 6, 1904, pp. 1-61.. 1904. halshs-03082869

HAL Id: halshs-03082869

<https://shs.hal.science/halshs-03082869>

Submitted on 18 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Homosexualité et Droit civil*

Par

Dr. jur. Numa Praetorius

Introduction

La signification principale du sentiment sexuel contraire pour la jurisprudence se situe dans le domaine du droit pénal ; le conflit pratiquement le plus important de l'homosexualité avec la loi est causé par l'article 175 du code pénal (§175) qui, bien que des centaines d'hommes de toutes les sciences et de toutes les professions, des médecins, des juristes, des érudits de tous les sujets demandent son abolition, persiste encore et menace les homosexuels de peines ignominieuses en raison de leurs relations homosexuelles.

Compte tenu de l'importance de l'aspect pénal de l'homosexualité, il n'est pas étonnant qu'il fasse l'objet de discussions répétées, alors que la relation de l'homosexualité avec le droit civil n'a pratiquement pas été traitée¹. L'homosexualité n'a pas la même signification en droit civil qu'en droit pénal, mais ici aussi elle joue un rôle dans un certain nombre de relations juridiques, et là aussi certaines questions seront résolues différemment selon la nature du sentiment sexuel contraire. De même, en droit civil, le préjugé antérieur, qui considère l'homosexualité comme un vice et un crime honteux, conduira à des résultats bien différents des conclusions de la science, selon lesquelles l'amour entre personnes du même sexe est le fruit d'un instinct implanté dans l'organisme. Dans le domaine de l'homosexualité, beaucoup de choses sont encore contestées. Mais cela est déjà certain sur la base des recherches scientifiques des trente dernières années, que la conception précédente des relations homosexuelles comme un vice et une immoralité digne d'être punie était erronée dans presque tous les cas, et que les cercles primitifs n'ont pas, pour ainsi dire, arbitrairement abandonné leurs sentiments normaux pour se tourner vers l'amour masculin de leur propre volonté, mais qu'ils - comme l'exprime si bien Krafft Ebing dans l'un de ses derniers avis d'expert - se contentent de « suivre la loi dans leurs membres² ».

* Traduction française de Numa Praetorius, « Homosexualität und bürgerliches Gesetzbuch », *Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen*, vol. 6, 1904, pp. 1-61, établie par Régis Schlagdenhauffen, Ehess, 2020.

¹ Seul Moll aborde le sujet dans ses *Konträren Sexualempfindung*, 3e éd. p. 503 et p. 530-583, plus loin dans ses *Untersuchungen über die Libido sexualis*, vol. I, 2e partie, p. 693-695 ; il convient également de mentionner un ouvrage cité par Moll, d'Allan M'Lane Hamilton, « The civil responsibility of sexual pervers », dans *The American Journal of Insanity*, avril 1896, n° 4, qui ne m'a malheureusement pas été accessible.

² Krafft-Ebing, « Drei Konträrsexuale vor Gericht », dans *Jahrbücher für Psychiatrie und Neurologie*, vol. XIX, numéro 2, 1900 (Cf. mon article dans cet annuaire [*Jahrbuch*], vol. III, p. 378.

D'autre part, la question de l'origine du sentiment sexuel contraire n'a pas encore été entièrement élucidée : si et à quel pourcentage cet instinct se développe à la suite d'une association contraignante dans la petite enfance ou à la puberté en raison de circonstances externes et internes, ou s'il existe déjà de manière latente dans l'embryon et trouve son origine dans la bisexualité du fœtus (d'une part Binet, Schrenk-Notzing etc., d'autre part Ellis, Hirschfeld, Krafft-Ebing, Moll, Näcke, etc.).

Pour le jugement juridique de l'homosexualité, ces questions n'ont cependant aucune importance, mais le fait que parmi les chercheurs les plus éminents, il est considéré comme incontestable que les homosexuels ne sont pas des libertins et des criminels, mais des personnes ayant une orientation sexuelle anormale, que cette orientation sexuelle soit toujours innée ou fréquemment acquise, est d'une importance décisive.

La question controversée de savoir si l'homosexualité est un phénomène pathologique ou naturel jouera alors également un rôle important en droit civil et, selon la réponse qui lui sera apportée, devra conduire à des résultats différents. Sur ce point, on peut probablement distinguer trois opinions principales :

La première est essentiellement que la sensation sexuelle contraire est toujours pathologique, mais ne se produit pas comme un phénomène pathologique isolé, mais n'est qu'un symptôme d'une dégénérescence générale, seulement une partie d'un complexe de maladies mentales. En tant que principaux représentants de ce groupe nombreux³, jusqu'à récemment, Krafft-Ebing⁴, qui a défini la sensation sexuelle contraire dans les différentes éditions de sa *Psychopathia sexualis* comme un « signe fonctionnel de dégénérescence et de manifestation partielle d'une condition neuropsychopathique, principalement héréditaire ».

Le second point de vue considère également l'homosexualité comme un phénomène toujours pathologique, mais suppose qu'elle est aussi parfois le seul symptôme de maladie chez des personnes qui ne présentent pas d'autres signes pathologiques⁵.

D'autres enfin, qui reconnaissent également que l'homosexualité peut être présente chez des personnes par ailleurs parfaitement normales, ne la considèrent pas comme pathologique dans ce cas, mais seulement lorsqu'elle fait partie d'un état dégénératif, ce qui est pourtant souvent le cas⁶.

³ Cf. les chiffres donnés par Moll dans *Untersuchungen über die Libido sexualis*, Vol. I, Tl. 2, p. 646 fig.

⁴ Dans la dernière période de sa vie, Krafft-Ebing s'est plutôt tourné vers la troisième vue donnée ci-dessous, car dans le rapport pour le 13e Congrès médical international à Paris en 1900 (imprimé dans les *Archives de Neurologie*, Vol. X, 2. série, N° 59 et 60, cf. *Jahrbuch III*, p. 384), il dit que la perversion sexuelle, selon lui, ne forme que l'équivalent du sens sexuel normal, et dans ses études plus récentes dans le domaine de l'homosexualité, *Jahrbuch III*, p. 7, il arrive à la conclusion que la présence d'une sensation sexuelle contraire « ne préjuge pas de l'hypothèse d'une absence de trouble des fonctions mentales et est compatible avec une fonction mentale normale ».

⁵ Moll, *Die konträre Sexualempfindung*, p. 407 et suiv. et *Untersuchungen über die Libido sexualis*, Vol. I, Partie 2, p. 732.

⁶ Ellis et Symonds, *Das konträre Geschlechtsgefühl* (en allemand par Kurella, Bibliothek für Sozialwissenschaft, Vol. VII). - Hirschfeld, „Die objektive Diagnose der Homosexualität“, *Jahrbuch I*. - Idem, „Der urnische Mensch“, *Jahrbuch V*. - Näcke, „Probleme auf dem Gebiet der Homosexualität“, in *Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie und psychiatrisch-gerichtliche Medizin*, Vol. LIX, n° 6.

Tous les médecins s'accordent cependant à dire que la sensation sexuelle contraire n'est en tout cas qu'un phénomène pathologique d'un degré plus léger et jamais une véritable maladie mentale au sens étroit du terme.

Si l'on partage l'une des deux premières opinions, si l'on voit un phénomène pathologique dans le sentiment sexuel contraire, alors l'homosexualité en droit civil nécessitera une discussion où l'influence des troubles mentaux sera prise en considération, c'est-à-dire en particulier :

- a) En matière de responsabilité délictuelle, c'est-à-dire de responsabilité pour des actes illicites préjudiciables,
- b) dans le cas de la capacité juridique,
- c) en cas d'incapacité.

Si, par contre, on ne considère pas, comme je le fais avec le troisième groupe, que la sensation sexuelle contraire est pathologique, alors la question de son influence sur la santé mentale ne peut pas du tout être soulevée. Cependant, que l'homosexualité soit considérée comme un phénomène pathologique ou non, elle deviendra significative :

1. concernant les conditions de validité du mariage et du divorce,
2. dans le cas de certains principes applicables aux déshérités et à l'obligation de payer une pension alimentaire.

Comme la plupart des médecins considèrent la sensation sexuelle contraire comme un phénomène pathologique, c'est dans cette optique que j'aborderai la signification de l'homosexualité pour la capacité délictuelle, la capacité juridique et l'incapacité. L'importance pratique de cette question est cependant moindre, comparée à l'intérêt pratique plus important que revendique la discussion de l'influence de l'homosexualité sur le mariage. Par conséquent, je commencerai par aborder cette question très importante (première section), et après avoir abordé la relation entre l'homosexualité et le déshéritement dans la deuxième section, je consacrerai la troisième section à la question de l'influence de l'homosexualité sur la capacité.

Première partie.

L'homosexualité et le mariage.

L'homosexualité est prise en considération dans le droit du mariage dans deux directions : 1. sur la question de la validité du mariage, 2. sur le divorce.

Chapitre I.

Validité du mariage.

Un mariage peut être déclaré invalide pour deux types de raisons. Certains motifs empêchent un mariage d'être valable en premier lieu ; l'autre est que le mariage est nul *ab initio*, par exemple un mariage entre parents proches ; mais même dans ces cas, une action, appelée recours en annulation, est nécessaire pour établir la nullité. D'autres motifs ne permettent que de contester le mariage ; ici, le mariage est valable en soi et produit tous les effets d'un mariage valable, mais par la suite, le mariage peut être annulé avec ses effets, de telle sorte qu'il est considéré comme nul *ab initio*. Le mariage n'est nul ou annulable que pour les motifs expressément prévus par la loi.

§ 1.

En ce qui concerne la nullité, la loi ne reconnaît pas parmi les causes de nullité l'existence de stades intermédiaires mentaux ou physiques. En premier lieu, même les stades physiques intermédiaires, l'hermaphrodite physique ou la pseudohermaphrodite (difformités des organes génitaux) ne constituent pas un motif de nullité.

Bien que les hermaphrodites physiques soient connues depuis longtemps, le B.G.B. a refusé de prendre des dispositions spéciales pour les hermaphrodites. Le *Landrecht* prussien (I, 1, §§ 19-23) contenait diverses dispositions concernant les hermaphrodites. D'autres lois, telles que le Code civil, le *Baden Landrecht*, le *Gesetzbuch* autrichien, les ignorent. Leur exemple est suivi par le B.G.B. Les motifs (Mugdan, "Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch", Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil I, p. 370) sont les suivants :

« En l'état actuel de la science médicale, on peut supposer qu'il n'existe pas d'êtres humains sans sexe ni d'êtres humains unissant les deux sexes en eux-mêmes, que chaque soi-disant hermaphrodite est soit un homme sexuellement déformé, soit une femme sexuellement déformée. La proposition du droit romain (I, 10, D 1,5) incluse dans le Landrecht bavarois I, 3, § 2-2 et le Code de droit saxon § 46, selon laquelle l'hermaphrodite doit être attribué au sexe prédominant en lui, est correcte, mais découle de la situation factuelle elle-même ; dès que l'une ou l'autre forme est présente de manière reconnaissable, il s'agit d'une incertitude qui peut être résolue en vérifiant cette forme. Cependant, les difformités ne sont pas absolument exclues, dans lesquelles le véritable sexe caché ne peut être déterminé en examinant la personne vivante. Il conviendra toutefois de s'abstenir de possibilités aussi lointaines, dont la loi actuelle ne tient pas compte, et d'en rester là, que si, dans l'appréciation des relations, il est question de l'appartenance d'une personne à l'un ou l'autre sexe, mais que les faits ne peuvent être établis avec certitude, il se produit les conséquences juridiques qui, selon les circonstances, résultent de l'état d'incertitude ou d'irréfutabilité ».

Ces remarques me semblent, dans une large mesure, assez discutables. Comme l'ont montré des recherches récentes, il n'est pas rare de voir des cas où il est difficile, voire impossible, de déterminer le sexe et où les deux organes sont présents, l'un plus ou moins développé que l'autre⁷.

⁷ Cf. notamment l'important travail de Neugebauer dans ces *Jahrbücher*, Vol. II, IV et V, également Dr. Theodor Landau, *Über Hermaphroditen, nebst einige Bemerkungen über die Erkenntnis und die rechtliche Stellung dieser*

Mais même lorsqu'un organe est nettement prédominant et que seuls des rudiments résiduels de l'autre existent, le fait que ces êtres soient souvent comptés pendant des années comme appartenant au sexe correspondant à l'organe le moins développé, et qu'ils ressentent souvent aussi l'impulsion sexuelle de ce sexe, suffit à montrer que cela signifie un certain arbitraire de les classer dans un certain sexe et d'admettre des mariages valables de ces hermaphrodites comme entre homme et femme. Tout comme l'hermaphrodisme physique, les stades intermédiaires mentaux sont inclus dans les causes de nullité.

§ 2.

Il existe cependant toute une série de raisons qui ne sont pas énumérées dans la loi mais qui empêchent la naissance d'un mariage, à savoir tous les cas où il n'existe aucun fondement naturel au mariage, où il existe une union qui ne peut même pas prétendre offrir l'apparence de l'union que la loi veut entendre comme un mariage, par exemple un mariage entre enfants de moins de sept ans ou un mariage entre hommes, puisque le mariage, selon sa conception telle que définie par la loi, présuppose des adultes et des personnes de sexe différent. Dans tous ces cas, il n'est pas du tout nécessaire d'engager une action en nullité ; il n'y a que des circonstances factuelles auxquelles ne s'attachent pas de conséquences juridiques⁸. Ainsi, par exemple, un mariage conclu par un homosexuel avec un autre homosexuel ou avec une personne normale, par exemple en tenue féminine, avec de faux papiers et en trompant l'officier d'état civil, serait entièrement nul. N'importe qui pourrait invoquer la nullité malgré l'acte de mariage accompli, une détermination de la nullité ne serait pas nécessaire.

On peut maintenant se demander si ces cas ne devraient pas être assimilés à ceux où un homosexuel épouse une femme.

Dans le sens de certains homosexuels, qui se désignent souvent eux-mêmes comme le troisième sexe, on pourrait peut-être faire valoir que l'homosexuel n'est pas du tout un vrai homme, et que par conséquent un mariage avec une femme n'est qu'une relation réelle.

Cet argument serait totalement indéfendable. Toutefois, s'il s'agit d'intermédiaires physiques ou d'hermaphrodite physique, il peut arriver que la nullité soit présumée si, par exemple, une personne que l'on pensait être un homme avait épousé une femme et que, plus tard, après un examen médical approfondi, il s'avère qu'elle appartient au sexe opposé⁹. Dans ce cas également, le sentiment sexuel sera souvent hermaphrodite et incliné vers les deux sexes. Le mariage n'est cependant pas possible dans ces cas. Dans ce cas, le mariage est considéré comme inexistant non pas en raison de sentiments sexuels, mais parce que la personne est considérée comme étant du même sexe que l'autre conjoint sur la base de ses organes sexuels. En revanche, il ne peut être question de simulacre de mariage même en présence d'un hermaphrodite ou pseudo-hermaphrodite physique,

Individuen, in *Berliner Klinische Wochenschrift*, 13. Avril 1903, n° 15, qui rappelle qu'il est souvent impossible de déterminer le sexe d'un soi-disant hermaphrodite, et déclare incompréhensible que le B.G.B. ne prévoit rien pour les hermaphrodites. En fait, les conditions préalables des motifs ne s'appliquent pas et il y a donc une lacune évidente dans la loi. Cf. également les mots de Virchow qui y est cité, « il y a des gens chez qui il n'y a pas du tout de glandes sexuelles distinctes. Il existe réellement un neutrius generis individuel. Par conséquent, peu importe comment vous procédez, vous ne pourrez toujours pas dire s'il s'agit d'une femme ou d'un homme ».

⁸ Cf. Endemann, *Einführung in das Studium des B.G.B. Ein Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Vol. II, § 160, note 1.

⁹ Les tribunaux français ont même, dans des cas où la femme était presque entièrement dépourvue d'organes sexuels féminins, présumé la validité du mariage ; d'autres, cependant, ont à nouveau prononcé la nullité dans de tels cas. Cf. Dalloz, Mariage, Supplément du Répertoire, vol. X, nos 28 et 29.

comme le montrent les motifs cités ci-dessus, qui reconnaissent expressément la validité régulière des mariages de personnes dites hermaphrodites.

Aujourd'hui, l'homosexualité n'a généralement rien à voir avec l'hermaphrodisme, bien que dans ce dernier cas, l'hermaphrodisme psychique puisse parfois aller de pair avec l'hermaphrodisme physique.

L'homme et la femme contraires présentent souvent un certain nombre de caractéristiques sexuelles secondaires et tertiaires de la femme et de l'homme respectivement, qui peuvent même s'exprimer par une apparence générale rappelant le sexe opposé, mais ils possèdent régulièrement les organes sexuels de l'homme et de la femme respectivement sous une forme normale. Seule cette dernière circonstance a été prise en compte par la science actuelle, sur laquelle la loi est également fondée. Si maintenant la loi, même en cas de malformations des organes sexuels, en cas de doute existant sur le sexe d'un prétendu hermaphrodite physique, ne considère pas sans plus tarder un mariage comme nul et non avenue, ce sera encore moins le cas pour le mariage des homosexuels. Le ou les homosexuels, aussi féminins ou masculins qu'ils puissent être après tout, sont considérés comme des hommes ou des femmes respectivement, et le mariage avec une femme ou un homme respectivement est considéré comme un mariage entre personnes de sexe différent. Un tel mariage ne pourra jamais être assimilé à un mariage de complaisance entre personnes du même sexe.

§ 3.

Bien que l'homosexualité ne soit pas un motif d'annulation, elle peut devenir significative en cas de contestation du mariage. La question est de savoir si un conjoint qui ignorait l'homosexualité de l'autre partie au moment du mariage peut contester le mariage pour cause d'erreur et donc le faire déclarer nul.

a) Pour tous les mariages encore conclus avant l'entrée en vigueur de la B.G.B. – c'est-à-dire avant 1900 - la question est appréciée selon l'article 198 E.G. Z. B.G.B. conformément au droit du Land antérieur. Selon les lois de chaque État en vigueur jusqu'en 1900, la question de la contestation d'un mariage pour cause d'erreur était normalisée de manière très différente et était généralement assez litigieuse¹⁰.

Le droit canonique ne prend en compte comme obstacle séparateur au mariage que l'erreur sur la personne et le statut libre. D'autre part, selon l'opinion dominante, l'erreur sur les qualités de la personne est tout aussi valable. Le droit canon protestant est également du même avis. La doctrine et la pratique tendent cependant à reconnaître comme motifs d'annulation les cas individuels d'erreur sur les qualités personnelles, par exemple la grossesse ou le manque de virginité de la femme, ainsi que l'impuissance. Le Code civil ne reconnaît pas la nullité pour cause d'erreur sur les qualités, et l'opinion dominante déclare que l'erreur sur les simples qualités est insignifiante, alors qu'un certain nombre d'auteurs considèrent cependant que l'erreur sur les qualités sociales, morales et même physiques comme significatives¹¹. Selon ces droits, du moins selon l'opinion dominante, même une erreur sur l'hétérosexualité n'a pas de sens.

Le code de Saxe a réglé la question de manière plutôt casuistique. Entre autres, le consentement au moment du mariage est considéré comme exclu si l'autre conjoint était déjà atteint de certaines

¹⁰ Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht*, p. 42 et 43.

¹¹ Cf. Zachariä-Crome, t. III, p. 437, notes 1 et 3.

maladies ou infirmités mentales ou physiques incurables avant le mariage, à savoir s'il était incurablement incapable d'avoir des relations sexuelles, ou s'il a commis une "fornication contre nature" avec un être humain, ou si un des conjoints apprend seulement après le mariage que l'autre conjoint a commis un acte obscène après les fiançailles précédentes pour lequel le divorce pourrait être demandé. Ainsi, en Saxe, pour les mariages contractés avant 1900, l'homosexualité justifierait l'invalidité du mariage si elle provoquait l'impuissance ou si elle conduisait à un acte homosexuel couvert par le § 175 avant le mariage.

La loi foncière prussienne, en revanche, tient davantage compte de l'erreur et la déclare substantielle si elle porte sur des qualités personnelles habituellement présumées au moment du mariage.

Les propriétés qui sont reconnues comme motifs de contestation ne semblent pas être incontestables. Alors que, par exemple, Förster¹² souligne que le juge doit s'en tenir aux cas spécifiques reconnus par le droit ecclésiastique protestant comme motifs de contestation (absence de virginité de la femme, impuissance incurable de l'homme, maladie dégoûtante incurable) ; afin d'éviter un trop grand arbitrage, la Cour impériale¹³ ne semble pas considérer qu'une spécialisation des cas soit nécessaire, et adopte le point de vue des auteurs ecclésiastiques, qui, en général, considèrent comme significatifs les défauts qui mettent directement en danger l'essence du mariage et reconnaissent comme motif d'annulation « *l'ignorance de qualités inhabituelles qui affectent si étroitement la personnalité que, pour des raisons fondées sur la nature morale du mariage, il faut présumer que l'autre partie, si elle avait été informée de ces qualités, n'aurait jamais consenti au mariage.* »

En conséquence, la contestation pour erreur sur les biens immobiliers devrait être recevable en droit prussien dans des conditions à peu près identiques à celles de la B.G.B. Les remarques suivantes relatives à la B.G.B. s'appliqueront donc aussi, dans l'ensemble, à la contestation en droit prussien.

b) Pour tous les mariages contractés depuis 1900, seul le B.G.B. s'applique, et plus précisément, le § 1333 traite de la question de la contestation d'un mariage pour cause d'erreur. Ce paragraphe se lit comme suit :

« Le mariage peut être contesté par le conjoint qui, au moment du mariage, s'est trompé sur la personne de l'autre conjoint ou sur des caractéristiques personnelles de celui-ci qui l'auraient dissuadé de contracter le mariage s'il avait connu les faits et avait raisonnablement apprécié la nature du mariage ».

L'homosexualité constitue-t-elle une qualité telle que celle visée dans la deuxième phrase de ce paragraphe ?

La loi ne définit pas le terme de « capacité personnelle », pas plus que les motifs. Cela est certain et ressort clairement des protocoles, ainsi que des délibérations de la commission du Reichstag, qui a supprimé les « circonstances¹⁴ », que les circonstances personnelles, c'est-à-dire les circonstances extérieures par opposition aux qualités personnelles, ne relèvent pas du § 1333, c'est-à-dire qu'elles n'estampillent pas une qualité comme personnelle au sens du paragraphe. Mais cela

¹² *Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts*, Vol. III, p 203, p 501.

¹³ R.G., Vol. XVII, p. 248.

¹⁴ Mugdan, *Materialien zum B.G.B., Familienrecht*, p. 713 et 1210.

ne nous dit pas quels sont les biens qui doivent être considérés comme personnels. La notion de « qualité personnelle » n'étant pas limitée par la loi, elle doit être entendue dans le sens le plus large, avec la restriction que les qualités qui ne font qu'accroître une personne par des circonstances et des relations ne doivent pas être considérées comme personnelles au sens de la loi. Ainsi, par exemple, selon Endemann¹⁵ :

« *Par qualités personnelles, il faut entendre toutes les qualités mentales, morales, physiques* », plus loin : « *Le ton repose sur ce qui constitue la particularité de la personnalité.* »

L'orientation de la pulsion sexuelle, hétérosexualité ou homosexualité, doit maintenant certainement être considérée comme personnelle. Si l'homosexualité entraîne l'impuissance de l'érection et donc l'incapacité d'avoir un coït normal, elle sera déjà un motif de contestation en raison de cette impuissance. Car l'impuissance est généralement comptée parmi les déficiences qui justifient l'évitement¹⁶. Mais même lorsque, malgré l'homosexualité, il existe une capacité à avoir des relations sexuelles normales avec les femmes, la direction de l'instinct sexuel doit être considérée comme une qualité personnelle. L'homosexualité donne à l'homosexuel un caractère particulier ; elle est enracinée dans sa nature et produit, non seulement dans la sphère spirituelle, mais dans l'ensemble de ses sentiments, de sa pensée et de sa volonté, et même dans son habitus extérieur, un certain nombre de formes qui le distinguent de l'homme normal et le caractérisent comme quelque chose entre les deux sexes.

Peu importe que l'on considère, comme je le fais, l'homosexualité comme un simple phénomène physiologique ou comme un symptôme pathologique, car les déficiences pertinentes des caractéristiques personnelles comprennent également, notamment, des défauts mentaux¹⁷.

De même, le § 1333 B.G.B. peut être appliqué si, suite aux préjugés précédents, l'homosexualité est considérée comme un vice, ainsi que dans les rares cas où les rapports homosexuels sont normaux, par exemple dans les cas de prostitution de personnes normales à des fins lucratives, car les qualités de caractère se présentent également comme personnelles, par exemple Endemann attribue à certains actes, qui permettent de déduire un caractère répréhensible, la signification qu'ils rendent possible l'impunité. De ce dernier point de vue, la dissimulation délibérée de l'homosexualité à la fin du mariage - indépendamment du fait que l'on considère l'homosexualité comme un phénomène physiologique, morbide ou vicieux - peut être considérée comme un motif de contestation, dans la mesure où, dans cette dissimulation, la "qualité personnelle" de la disposition déshonorante est souvent à voir¹⁸.

¹⁵ Endemann, cité supra, Vol. II, p. 63, note 8, nomme comme exemples : Prodigalité, folie querelleuse, délire trimestriel, manque de virginité, grossesse, impuissance, secret, maladies dégoûtantes. Voir aussi Seidlmayer, dans les annuaires de Jhering, 2e inst. Vol. X, Heft 3 u. 4, 1903, Über Personen- und Eigenschaftsirrthum bei der Eheschließung nach B.G.B., insbesondere p. 214 et 215.

¹⁶ Cf. les motifs, Mugdan, p. 1210) - En outre, Kuhlenbeck, B.G.B., au § 1333, note 2 - Staudinger, B.G.B., au § 1333, note 26 - Endemann, B.G.B., t. II, p. 65 - Des lois antérieures, comme par exemple la loi du Land de Saxe, ont expressément déclaré que l'erreur sur la capacité du coït était substantielle.

¹⁷ Les protocoles, cf. Mugdan, *Familienrecht*, p. 724, mentionnent expressément certaines maladies, outre la tuberculose, la syphilis et l'épilepsie. - Kuhlenbeck, B.G.B., au § 1333, mentionne « les défauts mentaux, l'imbécillité, même à un degré moindre, la folie ou la disposition à celle-ci, l'exposition à un germe de maladie dont les enfants héritent ». - Endemann, B.G.B., cité ci-dessus p. 17, note 1, mentionne à l'occasion le délire, la folie querelleuse.

¹⁸ Planck, sur le § 1333, note 2 a, qui inclut expressément "l'intégrité de la personnalité" parmi les qualités personnelles.

Un écrivain, Hölder¹⁹, définit le terme « qualité personnelle » différemment de l'opinion dominante. Il exclut les qualités qui sont plus ou moins présentes chez chacun, comme l'intelligence, la mémoire, l'intelligence, etc. « La disposition de la loi n'englobe pas l'erreur quant à la nature ou à la mesure dans laquelle une qualité particulière appartient à l'autre conjoint ».

Dans le sens de Hölder, on pourrait donc peut-être être enclin, puisque l'instinct sexuel existe chez tout le monde, à considérer comme triviale une erreur sur sa formation. On pourrait peut-être être d'autant plus enclin à le faire que Hölder, en particulier, ne reconnaît pas l'erreur sur les défauts corporels - même l'impuissance (dans laquelle il a sans doute tort) - comme un motif de contestation.

Mais je considère que toute la conception de Hölder sur les qualités personnelles est erronée. D'une part, il restreint cette notion de manière inadmissible, en ce sens qu'il n'inclut pas les qualités du corps et de l'esprit en elles-mêmes ; d'autre part, il élargit la notion d'une manière qui ne correspond pas au droit, en ce sens qu'il inclut également les qualités qui sont conditionnées par des circonstances extérieures.

Toutefois, même si l'on acceptait la définition de Hölder, il faudrait encore considérer la sensation sexuelle contraire comme un bien personnel au sens du § 1333.

Car selon Hölder, les qualités personnelles sont « *celles auxquelles on attache de l'importance pour la personnalité de leur propriétaire, de sorte que celle-ci est différente selon qu'il s'agit de l'existence ou de l'absence de la qualité* ». Étant donné l'importance du sentiment sexuel contraire pour l'ensemble de la personnalité, la définition s'applique également à l'homosexualité.

c) L'annulation n'a lieu que si, au moment de la conclusion du mariage, il y a eu une erreur de la part de l'un des époux quant aux caractéristiques personnelles de l'autre. Il importe peu que la partie trompée soit responsable de l'erreur ou non, c'est-à-dire qu'elle ait pu découvrir la véritable nature de l'autre par une enquête ou une investigation. Si, en revanche, une partie est consciente des sentiments sexuels contraires de l'autre, par exemple, dans la mesure où la partie adverse a éclairé sa moitié du mariage avant le mariage, alors la contestation n'est pas recevable. Des doutes peuvent toutefois surgir quant à la réalité de la divulgation, par exemple de simples indices ne suffisent pas s'ils n'ont pas été effectivement compris ou ont été mal compris, même si l'autre partie peut les avoir considérés comme suffisants pour l'informer de la véritable situation.

Il est alors indifférent que le manque de qualité pré-exposée soit la faute de l'homosexuel ou non. L'homosexualité acquise dans les cas où l'on veut attribuer son apparition ou son développement à la faute de l'homosexuel doit être traitée de la même manière que l'homosexualité innée en ce qui concerne la question de la contestation ; de même, il importe peu en soi que l'homosexualité ait déjà conduit à des actes homosexuels avant le mariage ou non. En soi, le fait que la vie affective soit tout à fait anormale est suffisant ; dans des cas individuels, cependant, la question de savoir si des relations homosexuelles ont été ou non pratiquées avant le mariage peut devenir importante dans l'application du § 1333 (*voir plus loin*).

Mais toute erreur sur le sentiment sexuel ne justifie pas le droit de contester le mariage ; l'erreur doit plutôt être telle que, si l'autre conjoint avait eu connaissance des fautes dont il n'était pas

¹⁹ Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Person, in Jherings Jahrbüchern, 2e série, 6, vol. XLII, n° 1-3.

conscient, cela l'aurait empêché de contracter le mariage s'il avait raisonnablement apprécié la nature du mariage.

Dans l'examen de ces conditions préalables, le facteur décisif est une fois le point de vue subjectif du conjoint fautif ; de son point de vue, pour sa situation, son niveau d'éducation, etc²⁰. Mais il faut ajouter à cela « *le fait que, selon une appréciation objective, le défaut serait incompatible avec l'accomplissement des devoirs moraux et le but naturel du mariage*²¹ ». Ces deux critères subjectifs et objectifs seront souvent présents dans le cas du sophisme de l'hétérosexualité. En règle générale, la connaissance de l'homosexualité de l'un des conjoints aurait empêché l'autre de contracter le mariage, et il sera généralement considéré comme une appréciation compréhensive de la nature du mariage si la partie trompée avait refusé de contracter le mariage en raison de la nature homosexuelle de l'autre.

L'homosexualité est d'une telle importance pour les deux parties que, très souvent, on ne peut pas s'attendre à ce qu'un des conjoints vive avec un homosexuel. L'homosexualité provoque une dysharmonie de pensée, de sentiment et de volonté entre les époux, elle oblige l'homosexuel à contracter un mariage avec le mensonge par lequel il passe dans la vie et à cacher son secret et sa vraie nature à sa moitié conjugale, elle empêche une communion d'âme telle que l'essence d'un vrai mariage la présuppose. Souvent, elle rendra également l'union physique impossible, mais fera toujours en sorte que les rapports sexuels apparaissent comme un devoir pesant pour la partie homosexuelle, et plus ou moins palpable en tant que tel pour l'autre. Le sentiment sexuel contraire, en ce sens qu'il met la personne qui en est victime en danger de céder à sa nature et de s'adonner à des relations homosexuelles, comporte en outre le danger de l'ostracisme social de l'homosexuel, voire de poursuites pénales, et donc non seulement le danger que les conditions internes d'un mariage heureux ne soient pas présentes, mais aussi que les conditions externes soient détruites par la disgrâce, l'anéantissement social et la perte de la position extérieure. Enfin, il est également possible que l'anomalie soit transmise à la progéniture sous une forme identique ou différente.

Dans les cas où l'homosexualité a déjà conduit à des actes homosexuels depuis le mariage, où des faits tangibles ont montré l'importance et le danger de l'homosexualité pour une cohabitation maritale réussie, on est le plus susceptible de considérer comme significative l'erreur d'une partie sur la nature sexuelle de l'autre. Dans ces cas, le divorce sera souvent possible et il y aura un choix entre une action en divorce et une action en annulation, mais au moins les conditions préalables à une action en divorce peuvent faire défaut (par exemple dans le cas d'un simple onanisme mutuel ou de l'homosexualité de la femme et de l'absence des conditions préalables du § 1568 B.G.B.).

Si les relations sexuelles entre personnes du même sexe n'ont eu lieu qu'avant le mariage, mais pas après, ou si ces relations ne peuvent plus être prouvées, des doutes auront tendance à surgir quant à la recevabilité de la contestation. C'est dans de tels cas que le § 1333 revêt une importance pratique particulière, car ici, en l'absence d'actes homosexuels prouvés depuis le mariage, une action en divorce pour cause d'homosexualité ne peut être soulevée. Pour trancher cette question de l'applicabilité du § 1333, tout dépendra des circonstances de l'affaire. Ici, les phrases doivent être appliquées : « *Les raisons n'ont qu'une importance relative, les circonstances de l'affaire en*

²⁰ Endemann, *Familienrecht*, §162, n° 2, p. 658.

²¹ Ibid.

décident²². *L'appréciation doit être prise du point de vue de l'individualité et des intérêts individuels de la personne fautive*²³. »

Ainsi, par exemple, il peut arriver que la femme apprenne l'homosexualité de son mari et ses relations homosexuelles antérieures par le biais d'un rapport d'un ancien amant de son mari, ou que l'homosexuel avoue sa véritable nature sexuelle à sa femme²⁴. Depuis le mariage, cependant, l'homosexuel peut ne pas avoir encouru le moindre soupçon de relations homosexuelles et peut avoir suscité l'espoir par sa conduite qu'il ne succombera plus à son impulsion. La nature homosexuelle du conjoint n'a pas interféré dans aucune direction et, à d'autres égards, la vie commune n'a peut-être pas été mauvaise. On ne peut ici supposer sans plus attendre que la femme n'aurait pas contracté le mariage si elle avait eu connaissance de l'homosexualité, car une pulsion homosexuelle que le mari peut contrôler au point de renoncer à son activité et qui, par ailleurs, ne l'empêche pas de vivre avec la femme de manière tolérable jusqu'à la découverte accidentelle de l'anomalie, ne caractérise pas sans plus attendre le mariage comme une relation intenable. Dans ce cas, le juge devra notamment examiner si la partie adverse n'utilise pas la découverte de l'homosexualité comme prétexte pour contester le mariage pour d'autres raisons qui ne sont pas valables en soi.

Des difficultés encore plus grandes sont présentées par le cas où l'homosexuel n'a jamais eu de rapports homosexuels du tout, mais d'un autre côté il y a la possibilité d'un coït normal avec la femme.

Il y a de tels homosexuels qui, bien que totalement inconscients de leur nature, ont pratiqué l'abstinence pour les raisons les plus diverses et se sont peut-être mariés précisément dans le but de « guérir ». Ici aussi, la décision d'appliquer ou non l'article 1333 dépendra de la question de savoir si et dans quelle mesure le sentiment sexuel contraire de l'un des conjoints a eu un effet perturbateur sur la cohabitation conjugale. Une contestation sur la base de l'article 1333 n'est nullement exclue, car les motifs de contestation sont de nature tout à fait relative et le point de vue subjectif du conjoint fautif, ainsi que ses opinions morales et religieuses, sont de première importance.

La nature sexuelle particulière de l'homosexuel, par exemple, peut avoir produit il y a longtemps une profonde disharmonie, une rupture totale de la vie conjugale. Si maintenant, après avoir découvert la véritable cause de la vie conjugale tendue et insatisfaisante - l'homosexualité de l'autre partie - le conjoint devient certain qu'il doit renoncer pour toujours à la cohabitation conjugale, qui sert le nom d'alliance de mariage, et est profondément offensé dans ses sentiments moraux par la pensée d'une union à vie avec un conjoint affectueusement attaché à son propre sexe, son erreur quant à la nature sexuelle de l'autre partie peut justifier l'annulation du mariage²⁵.

²² Endemann, *Familienrecht*, p 162.

²³ Heymann, *Zum persönlichen Eherecht*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, n° 5, 1902, p. 112 ; également Hölder, *B.G.B.*, § 119, et dans *Jherings Jahrbücher*, vol. XLII, p. 29.

²⁴ Une telle confession volontaire m'est connue.

²⁵ La contestation d'un mariage pour cause d'anomalie sexuelle est également reconnue : Hoche (Berlin 1901, Verlag Hirschwald) dans son *Lehrbuch der gerichtlichen Psychiatrie* p. 345 : « *Les anomalies sexuelles doivent être appréciées à deux égards. Tout d'abord, l'aspect sexuel de la vie conjugale en est directement affecté, et la loi en tient également compte ; ensuite, il est à craindre que si la puissance est préservée, l'anomalie se produise sous la même forme ou sous une forme similaire dans les descendants* ».

D'autre part, il y aura à nouveau des cas où, même si des actes homosexuels ont eu lieu avant ou même après le mariage, l'erreur sur la nature du sexe est néanmoins dénuée de sens. Par exemple, lorsqu'un homme homosexuel se marie avec une femme homosexuelle, ou lorsque des personnes âgées se marient entre elles dans une optique d'amitié plutôt que de mariage, et n'attachent que peu ou pas d'importance à la vie sexuelle ou aux sentiments qui en découlent. Dans ce cas, on peut souvent dire que le mariage aurait également été conclu si l'on avait eu une appréciation raisonnable de sa nature et si l'on avait connu les faits de l'affaire.

d) Un type particulier de contestation du mariage pour cause d'erreur est le cas de la contestation pour cause de fausse déclaration frauduleuse :

L'article 1334 prévoit que « *le mariage peut être contesté par le conjoint qui a été amené à contracter le mariage par une tromperie frauduleuse sur les circonstances qui l'auraient empêché de contracter le mariage s'il avait connu les faits et avait raisonnablement apprécié la nature du mariage* ».

Alors que l'article 1333 n'autorise l'annulation du mariage que pour erreur sur les caractéristiques personnelles, l'article 1334 autorise l'annulation pour erreur non seulement sur les caractéristiques personnelles, mais sur toutes les circonstances qui, en connaissance de cause et avec une appréciation raisonnable de la nature du mariage, auraient empêché la conclusion du mariage, si l'erreur a été causée par une tromperie frauduleuse.

Dans la mesure où il s'agit d'une erreur sur une caractéristique personnelle, c'est-à-dire dans le cas d'une contestation fondée sur l'homosexualité, l'article 1334 est pratiquement sans objet pour la contestation, puisqu'une contestation est déjà possible sur la base de l'erreur sans tenir compte de la fausse déclaration frauduleuse.

Si, en revanche, l'homosexualité n'était pas considérée comme une caractéristique personnelle au sens du § 1333, alors l'évasion pour cause d'erreur ne serait admissible que si les conditions du § 1334 étaient remplies, c'est-à-dire que l'erreur aurait dû être causée par une tromperie frauduleuse. Par conséquent, le conjoint homosexuel doit avant tout avoir eu conscience de son homosexualité au moment de contracter le mariage. Toutefois, le simple fait de cette connaissance ne permet pas toujours de conclure à une tromperie frauduleuse, par exemple si l'homosexuel ne rend pas clairement compte de son anomalie et de son importance pour la vie conjugale ; son comportement devrait plutôt être qualifié de tromperie délibérée de la volonté de l'adversaire en prétendant être faux ou en déformant ou supprimant des faits réels (c'est-à-dire en prétendant être hétérosexuel en supprimant le fait de son homosexualité²⁶).

Chapitre II.

Le divorce.

²⁶ Cf. Endemann, Vol. I, § 73, p. 312.

L'homosexualité peut revêtir une importance particulière pour la question du divorce. Alors que l'annulation du mariage selon l'article 1333 signifie une déclaration de nullité du mariage, c'est-à-dire qu'elle a pour effet que le mariage est réputé n'avoir jamais eu lieu, le divorce a seulement pour effet que le mariage est dissous par le jugement, mais la validité du mariage jusqu'au divorce n'est pas modifiée. En conséquence, l'annulation et le divorce du mariage ont des effets pratiques différents.

Les relations homosexuelles pendant le mariage constituent un motif de divorce une fois en dessous du § 1565 B.G.B., en vertu duquel un conjoint peut demander le divorce si l'autre conjoint est coupable d'adultère ou d'une infraction punissable en vertu des §§ 171, 175, St.G.B. Si les rapports sexuels relevant du § 175 sont prouvés, le divorce doit être prononcé à la demande de l'autre partie, car les cas énumérés au § 1565 du B.G.B. constituent des motifs absolus de divorce. Étant donné que, selon les décisions du Reichsgericht, la fornication non naturelle au sens de l'article 175 du code civil vise non seulement l'*inmissio penis in anum*, mais aussi les actes dits similaires au coït, ces derniers doivent également être reconnus comme motifs de divorce ; en revanche, l'onanisme mutuel, parce qu'il ne relève pas de l'article 175, ne constituera pas un motif de divorce au sens de l'article 1565 du code civil. En outre, comme l'acte doit être un acte qui remplit les éléments du § 175, il requiert une commission coupable au sens du droit pénal ; si, par conséquent, un acte correspondant aux éléments objectifs du § 175 existe également, mais que l'aspect subjectif, par exemple en raison de la folie, fait défaut, le divorce est irrecevable sur la base du § 1565 B.G.B. Le tribunal civil est toutefois lié par les règles du § 1565 B.G.B. dans ce cas. Dans ce cas, cependant, le juge civil n'est pas lié par une décision du juge pénal, qui avait acquitté un homosexuel de l'infraction à l'article 175 St.G.B. uniquement pour cause de folie ; il peut plutôt apprécier librement le côté subjectif et arriver à la conclusion que le défendeur doit être tenu responsable de l'infraction punissable à l'article 175 et que, par conséquent, les exigences de l'article 1565 B.G.B. sont remplies. Si l'infraction est prescrite, c'est-à-dire si 5 ans se sont écoulés depuis la commission de l'infraction, et que le demandeur n'avait pas connaissance de l'infraction du défendeur (ou avait quand même intenté une action en divorce dans les 6 mois suivant la prise de connaissance (L'action en divorce doit être intentée dans les cas des §§ 1565 à 1568 dans les 6 mois à compter du moment où le conjoint a pris connaissance des motifs du divorce (§ 1571, clause 1.)), l'acte homosexuel peut toujours être utilisé comme motif de divorce, car l'opinion correcte et dominante est que la prescription ne fait qu'éliminer la prétention de l'État à une sanction, mais pas l'illégalité de l'acte²⁷. Le droit au divorce est exclu si le conjoint a consenti à l'acte homosexuel. Ce consentement peut être explicite ou implicite. Le consentement tacite peut être présumé si la femme est consciente de la poursuite des relations homosexuelles de son mari, mais n'y voit aucune objection et n'exerce pas de pression pour que les relations cessent, c'est-à-dire qu'elle les tolère pratiquement.

De tels mariages, dans lesquels la femme « connaît » les relations homosexuelles de son mari et n'intervient pas contre lui pour des motifs divers (crainte du scandale, indifférence, ou désir d'avoir les mains libres de sa part, voire compréhension de la nature du mari), ne sont pas rares. L'épouse peut, bien entendu, retirer son consentement à tout moment, ou indiquer sa désapprobation en s'y opposant. Les relations homosexuelles poursuivies à partir de ce moment peuvent alors être à la base de l'action en divorce. Mais elle doit avoir sérieusement exprimé son souhait de s'abstenir de

²⁷ Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, p. 263 (6e éd.) ; *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, p. 8.

relations sexuelles ; sa protestation, qui intervient après une longue période d'acquiescement préalable, ne doit pas être une simple protestation formelle, une protestation fictive soulevée simplement pour le bien de l'action en divorce. L'acte homosexuel est alors toujours pris en considération dans la loi sur le divorce des couples mariés, à la lumière de l'article 1568 du B.G.B. Le paragraphe 1 de cet article est libellé comme suit

« Un conjoint peut demander le divorce si l'autre conjoint, par un manquement grave aux obligations établies par le mariage ou par une conduite déshonorante et immorale, a causé une rupture si profonde de la relation conjugale qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que le conjoint poursuive le mariage. »

Ce paragraphe est important dans les cas où il n'y a pas de rapport sexuel couvert par l'article 175 du StGB, ou lorsqu'il n'est pas possible de le prouver, mais que seul l'onanisme mutuel est établi ; en outre, dans tous les cas de rapports homosexuels de l'épouse, puisque dans tous ces cas il n'y a pas de motif de divorce en vertu de l'article 1565 ou de tout autre paragraphe.

L'accomplissement d'actes homosexuels doit sans aucun doute être considéré au moins comme un manquement grave aux devoirs établis par le mariage, puisque chaque conjoint, en contractant le mariage, s'engage à être fidèle à l'autre conjoint et à s'abstenir de tout rapport sexuel extraconjugal ; mais les rapports homosexuels du conjoint marié devront aussi généralement être qualifiés de comportement déshonorant et immoral. Un manquement au devoir, ou une conduite déshonorante et immorale, n'existe que s'ils sont coupables, c'est-à-dire si l'acte qui doit mériter cette désignation a été commis dans un état d'esprit sain²⁸. L'acquiescement du conjoint homosexuel dans une procédure pénale pour cause de folie fondée sur l'homosexualité amènera généralement le juge civil à nier sa culpabilité, mais en principe, il n'est pas impossible que le juge civil arrive à une conclusion différente et traite l'homosexuel comme responsable de la commission de l'acte homosexuel.

En utilisant le terme « a été fautif » du § 1568, il ne faut bien sûr pas considérer la faute comme exclue en raison de l'existence de l'homosexualité en soi. L'homosexualité, cependant, n'est pas coupable, pas plus que l'impulsion normale en soi, mais les actes accomplis pendant le mariage pour satisfaire l'impulsion homosexuelle sont aussi coupables que les actes de l'hétérosexuel par lesquels il rompt la fidélité conjugale. Mais le conjoint normal, dans le mariage dont la conclusion présuppose qu'il épouse une personne qu'il aime, reçoit la possibilité, sanctionnée par la loi, de satisfaire son impulsion sous une forme approuvée par l'État en fonction de sa nature, alors que l'homosexuel ne trouve pas cette possibilité dans le mariage, et le mariage ne peut pas du tout posséder pour lui le caractère qu'il a pour le normal. Mais en contractant le mariage, il s'engage volontairement et promet la fidélité conjugale ; son infidélité est coupable, même si elle semble moralement plus excusable que l'adultère de l'homme normal.

La faute doit avoir causé une perturbation si profonde de la relation conjugale que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que le conjoint poursuive le mariage. Cela laisse une grande marge d'appréciation au juge ; contrairement au § 1565, il n'est pas obligé de prononcer le divorce en cas de relations homosexuelles considérées dans le contexte du § 1568 en raison de ce dernier en soi, mais seulement si la rupture du mariage exigée par le § 1568 existe. Le moment où il faut supposer

²⁸ Davidson, *The Law of Divorce under the B.G.B.*, p. 23, note, où les décisions de la Cour impériale y sont citées.

une telle rupture dépendra entièrement des circonstances, de la fréquence des rapports homosexuels, de l'occasion à laquelle ils ont été perpétrés, etc.

Bien que les rapports homosexuels soient moins à mettre sur le compte de l'anticonformisme que de l'infidélité d'un homme normal avec une femme, ils entraînent généralement plus facilement l'échec du mariage, comme le prévoit le § 1568. Tous les points de vue développés ci-dessus dans la première section, chapitre I, sur l'importance de l'homosexualité pour le maintien du mariage sont également à prendre en considération ici. D'autre part, même des rapports homosexuels répétés n'entraîneront pas nécessairement une rupture justifiant le mariage, de sorte que, par exemple, l'applicabilité de la loi sur le mariage à un homosexuel ne sera pas justifiée. Il se pourrait que l'applicabilité du § 1568 soit refusée si l'homosexuel n'a succombé à son impulsion que par hasard et dans des occasions particulières, mais s'est repenti de sa faiblesse et a toujours sérieusement combattu son inclination ; inversement, il est possible que dans le cas d'un seul rapport homosexuel d'une personne normale, par exemple par désir de gain, les conditions de 1568 soient considérées comme données et le divorce accordé.

Dans le cas de mariages conclus avant 1900, le divorce n'est autorisé que pour les fautes visées aux §§ 1565-1568 B.G.B., c'est-à-dire également pour les relations homosexuelles, si ces fautes constituaient également un motif de divorce en vertu des lois antérieures (art. 201 E.G. z. B.G.B.).

Les rapports homosexuels étaient désormais, selon la plupart des lois, assimilés à l'adultère et, comme ce dernier, étaient considérés comme un motif absolu de divorce, de sorte que selon la loi foncière prussienne, la loi foncière saxonne, la doctrine de l'Église catholique et protestante.

En vertu du code civil, en revanche, les relations homosexuelles ne constituent pas un motif absolu de divorce, mais elles relèvent généralement de la notion d'« insulte grossière » à laquelle un divorce peut être accordé. Dans les cas où les actes homosexuels sont considérés par le juge comme un manquement à un devoir ou une conduite immorale ou déshonorante en dessous de § 1568 B.G.B., il y aura aussi presque toujours une insulte grave au sens du Code civil et le divorce sera donc autorisé dans ce cas.

Deuxième partie.

Homosexualité et privation de la part obligatoire

(ou de la pension alimentaire selon le statut).

L'homosexualité peut jouer un rôle dans la privation de la portion obligatoire. La part obligatoire, c'est-à-dire la moitié de la part légale de l'héritage que les ascendants doivent laisser à leurs descendants, les enfants à leurs parents et un conjoint à l'autre, peut être retirée à ceux qui ont droit à la part obligatoire pour certaines raisons.

Parmi ces motifs qui permettent au testateur de priver un descendant de sa part d'héritage, le § 2333 n° 5 B.G.B. mentionne le cas : « *Si le descendant mène une vie déshonorante ou immorale contraire à la volonté du testateur* ». Selon les points de vue précédents sur les relations homosexuelles, l'accomplissement d'actes homosexuels signifiait une immoralité particulièrement grave, un vice abominable, une attitude témoignant de la brutalité et de la méchanceté, un acte

bien pire que les actes sexuels extraconjugaux avec des personnes du sexe opposé. Dans le cadre de ces conceptions dépassées, on serait donc enclin à considérer la commission d'actes homosexuels comme un mode de vie immoral relevant du § 2333 n° 5 beaucoup plus facilement que s'il s'agissait simplement d'une question d'hétérosexualité ; en effet, il se pourrait bien qu'un seul acte homosexuel, surtout s'il avait donné lieu à une condamnation judiciaire, soit considéré comme suffisant pour l'application du § 2333 n° 5.

Dans l'interprétation du § 2333 n° 5 et de l'expression « *mode de vie immoral* », il va de soi que ces points de vue dépassés et incorrects ne doivent pas être pris comme base et que les dispositions testamentaires des testateurs qui, sans connaître les recherches plus récentes, ont été pris dans ces erreurs, doivent également être prises en compte. S'il existe un sentiment sexuel contraire de la part du descendant, il faut supposer que l'acte homosexuel découle de la nature homosexuelle et ne doit pas être jugé différemment de l'acte hétérosexuel de la personne normale. Par conséquent, la commission d'un acte homosexuel isolé ne doit guère être considérée comme un mode de vie immoral et, en particulier, il n'y a pas lieu d'attacher une importance particulière à une condamnation en vertu du § 175 St.G.B. pour l'application du § 2333 n° 5 B.G.B., car elle ne constitue pas une violation de la loi. La raison en est que c'est précisément l'inexpérimenté, le nouveau venu, celui qui ne connaît pas le monde homo sexuel, qui s'engagera le plus facilement dans des conflits criminels et qui, dépassé par ses pulsions, est le plus susceptible de commettre une infraction contre une personne normale sans considération ni calcul²⁹.

Un mode de vie immoral au sens du § 2333 n° 5 sera présumé dans des conditions à peu près identiques à celles dans lesquelles on l'affirmerait lors de rapports hétérosexuels. Ainsi, par exemple, si l'homosexuel, sans égard à sa position et à son statut, a des relations sexuelles dissolues continues qui, en général, le choquent, le pincent et vivent avec des personnes suspectes, etc.

Si nous considérons le sentiment sexuel contraire comme un phénomène pathologique, nous serons encore moins sévères dans notre jugement d'un mode de vie homosexuel, et nous jugerons la conduite de l'homosexuel non pas de la même manière que celle de l'hétérosexuel, mais moins strictement ; car si l'homosexualité est pathologique, il sera moins facile que dans le cas des hétérosexuels de parler d'un mode de vie immoral à partir d'une activité immodérée de l'instinct sexuel qui conduit à l'excès.

Dans les mêmes circonstances qui, conformément au § 2333 n° 5, donnent au testateur le droit de priver les descendants de leur part obligatoire, il est également tenu, conformément au § 1611 (2), de ne leur accorder qu'un entretien d'urgence au lieu d'un entretien conforme à leur statut. Ce qui vient d'être dit à propos du § 2333 n° 5 s'applique ici en ce qui concerne « le mode de vie immoral ».

²⁹ Lorsque Endemann, B.G.B., vol. III, p. 618, note 25, dit : Les opinions morales générales devraient être décisives pour décider s'il existe un mode de vie immoral au sens du § 2333 n° 5, il faut corriger cela, appliqué aux opinions sur l'homosexualité, en disant que les opinions fondées sur des préjugés dépassés ne sont pas décisives, même si elles prévalent encore dans de larges cercles. Par conséquent, même son exemple d'application de l'article 2333, paragraphe 5, « à savoir la perte des droits civils à la suite d'un jugement », n'est généralement pas correct dans le cas où la condamnation est pour une violation de l'article 175 du StGB. - Cf. également la déclaration de Heller dans le Deutsche Juristen Zeitung, n° 5, 1902, p. 246 : "Les opinions populaires erronées doivent être combattues par les Lumières, mais ne doivent pas être prises en compte dans l'interprétation du droit.

Troisième partie.

Homosexualité et capacité d'action.

La question de l'influence de la perturbation pathologique de l'activité mentale n'est pas totalement uniforme en droit civil ; elle nécessite une discussion spéciale des trois concepts juridiques, la capacité délictuelle, la capacité juridique et l'incapacité. Elle ne peut pas être épuisée par une simple enquête sur la santé mentale ou la folie. Dans chaque cas, il convient d'examiner si la sensation sexuelle contraire remplit les conditions légales qui excluent précisément la capacité de commettre un délit ou la capacité de contracter, ou qui justifient l'incapacité³⁰.

Chapitre I.

Le délit.

Quiconque cause un dommage (c'est-à-dire en dehors du droit des contrats) par un délit civil tel que prévu par les §§ 823-826 du B.G.B., par exemple en portant intentionnellement ou par négligence atteinte à la vie, à la santé, aux biens, est tenu de réparer le dommage. Selon l'article 827 B.G.B., en revanche, une personne qui cause un dommage à autrui dans un état d'inconscience ou dans un état de perturbation mentale pathologique qui empêche la libre détermination de la volonté n'est pas responsable du dommage. Par conséquent, la personne aliénée n'a pas à compenser les dommages qu'elle a causés³¹.

L'article 827 parle d'un état d'inconscience et d'un état de perturbation pathologique de l'activité mentale excluant la libre détermination de la volonté. Je n'aborderai pas plus avant la question de l'inconscience comme raison de la prise de responsabilité ; car l'inconscience ne produira jamais l'homosexualité en soi ; les actes accomplis dans un état inconscient et fondés au contraire sur la sensation sexuelle ne se produiront que dans un état d'intoxication alcoolique ou dans un état épileptique, c'est-à-dire dans les cas où ces états constituent la cause de l'inconscience et que cette dernière n'est pas spécifiquement imputable à l'homosexualité³².

D'autre part, l'état de perturbation pathologique de l'activité mentale, qui exclut la libre détermination de la volonté, prévue en outre par l'article S 827, nécessite un examen plus approfondi.

Les éléments suivants sont requis : 1. *une perturbation pathologique de l'activité mentale.*

³⁰ À tort, certains auteurs, tels que Hölder, Kommentar zum B.G.B., Erläuterung 3 zu S 104, ainsi que Staudinger, B.G.B., zu § 6 IA 4 d, déclarent que les exigences en matière d'indemnisation pour cause d'aliénation mentale sont les mêmes que celles en matière d'incapacité.

³¹ L'exception de l'article 829, selon laquelle la réparation du dommage peut néanmoins être exigée sur le patrimoine de l'auteur de l'infraction d'aliénation mentale sous certaines conditions, ne modifie pas le principe de l'article 827 B.G.B. en soi et n'est pas pertinente pour l'examen suivant.

³² Cf. Moll, *Die konträre Sexualempfindung*, p. 473.

Si l'on considère la sensation sexuelle contraire comme un phénomène pathologique, alors elle doit également être décrite comme une perturbation pathologique de l'activité mentale. La plupart des médecins l'admettent ; Moll en particulier, qui reconnaît l'occurrence de l'homosexualité comme un symptôme isolé, la considère toujours comme une perturbation de l'activité mentale au sens large. L'instinct de contretemps en tant que symptôme mental relève du concept d'activité mentale, l'instinct homosexuel de contretemps est pathologique, il y a donc une perturbation pathologique de l'activité mentale, le concept ne doit pas être limité à une perturbation de l'intelligence³³.

Cependant, en affirmant qu'il existe une perturbation pathologique de l'activité mentale, la folie n'est pas encore déterminée, il faut plutôt ajouter la deuxième exigence de l'article 827, à savoir que la détermination du libre arbitre est exclue par la perturbation.

La plupart des médecins sont aujourd'hui d'avis que la sensation sexuelle contraire ne conduit que rarement à l'élimination complète de la santé mentale. Tant ceux qui ne considèrent l'homosexualité que comme le symptôme d'un ensemble de phénomènes pathologiques, comme le signe d'une dégénérescence générale, que ceux qui, comme Moll, supposent que l'apparition de la sensation sexuelle contraire est le seul phénomène pathologique.

La possibilité, cependant, que l'homosexualité puisse, dans certaines circonstances, empêcher la santé mentale, est reconnue par la plupart des médecins. Ainsi, Schaefer³⁴ et Moll³⁵ estiment que la sensation sexuelle contraire peut, dans certaines circonstances, avoir le pouvoir d'exclure la libre détermination de la volonté. Ce point de vue a été développé par Moll de manière assez approfondie et d'une manière scientifiquement belle³⁶.

³³ Moll, *Die konträre Sexualempfindung*, p.473 ; *Untersuchungen über die Libido sexualis*, vol. I, T. 2, p. 735.

³⁴ Schaefer, Über die forensische Bedeutung der konträren Sexualempfindung, dans le *Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin und öffentliches Sanitätswesen*, vol. XVII, numéro 2, p. 290-303.

³⁵ Moll, *Die konträre Sexualempfindung*, p. 474, et *Untersuchungen über die Libido sexualis*, vol. I, T. 2, p. 727-812.

³⁶ Schaefer et surtout Moll ne supposent que dans de rares cas exceptionnels que cette folie résulte d'une sensation sexuelle contraire, et ce faisant, ils supposent qu'il doit s'agir d'instincts pathologiquement accrus. Ainsi, ils soulignent la nature pathologique des pulsions sexuelles, ce qui signifie que, selon eux, l'homosexualité en soi n'exclut pas la santé mentale. Tout en soulignant la nécessité de vérifier la force exceptionnelle de la pulsion, je suis moi aussi d'avis que dans certaines circonstances, cette force de pulsion peut entraîner la folie, et que ce n'est qu'alors que la manifestation pathologique est la force de la pulsion, et non l'homosexualité en soi. Mais une telle force d'impulsion morbide peut tout aussi bien se produire avec une direction d'impulsion normale, de sorte que la raison de l'hypothèse de folie ne se trouve pas dans l'homosexualité en tant que telle.

Il faut toutefois souligner que l'homosexualité est en moyenne plus fortement exprimée que l'hétérosexualité (ce qui est probablement dû en partie à la plus grande difficulté de la satisfaire, en raison du respect général de l'instinct du même sexe), et que les cas de stimulus sexuel morbide peuvent donc être plus fréquents chez les homosexuels que chez les hétérosexuels, ou du moins, en raison du conflit plus facile des homosexuels avec la loi et les opinions sociales, plus fréquemment connus et plus susceptibles de donner lieu à une enquête sur la question.

Cependant, en raison de cette plus grande force de l'impulsion homosexuelle, il ne faut pas considérer l'impulsion elle-même comme pathologique. La différence, donc, entre Moll et moi, c'est qu'il considère l'impulsion homosexuelle comme morbide, et donc, dans le cas de la présence d'une force anormale, il est plus probable d'arriver à la présomption de folie, alors que dans le cas de l'amour normal, il doit exiger une preuve spéciale de folie même en présence d'une force anormale, parce que là, précisément, il faut s'en assurer : 1. une perturbation pathologique de l'activité mentale, 2: un degré tel que la libre détermination de la volonté est exclue. Dans le cas de l'homosexualité, en revanche, Moll n'exige pas de preuve spéciale de la perturbation pathologique de l'activité mentale, mais seulement de ce point 2.

Dans cette question sur l'exclusion de la libre détermination de la volonté, il faudra d'abord chercher une explication au terme d'« exclusion de la libre détermination de la volonté ». Ce n'est pas le lieu ici pour discuter de la question du libre et du non libre arbitre, de l'indéterminisme et du déterminisme.

La décision de cette question controversée n'est pas nécessaire pour les besoins de ce travail. Cependant, il faut garder à l'esprit que - que l'on rende hommage au déterminisme ou à l'indéterminisme - on ne peut rien ou presque rien faire avec le concept de liberté de la volonté, de libre détermination de la volonté. Même les paraphrases de la libre détermination de la volonté avec déterminabilité régulière par les idées³⁷ ou avec une volonté normale et rationnelle³⁸ donnent des définitions très élastiques, et conduisent à une hypothèse de folie trop fréquente. Il me semble que la meilleure définition est celle donnée par Moll : l'exclusion de la détermination du libre arbitre par une perturbation pathologique de l'activité mentale est à supposer lorsque la perturbation est telle que les contre-motifs qui répriment l'action ne sont pas éveillés ou ne peuvent pas agir³⁹. Bien entendu, même cette paraphrase ne donne pas de formule permettant de résoudre facilement toutes les difficultés.

Mais cette définition devrait fournir une base de plus grande certitude pour déterminer si la santé mentale existe ou non. Pour la solution de la question dans le cas individuel, les facteurs suivants entrent en ligne de compte.

Tout d'abord, il faut donc considérer la nature et le degré du phénomène pathologique. Certaines maladies mentales suggèrent immédiatement la folie, certains tableaux cliniques typiques et graves excluent nécessairement la responsabilité. Si, en plus ou dans le cadre de ces tableaux cliniques sévères typiques, une paranoïa, une manie, une paralysie progressive, s'accompagne de l'homosexualité, alors la folie existera en raison de la paranoïa, de la manie, etc. typique et responsable, et non en raison de l'homosexualité – et non à cause de l'homosexualité. Ces affaires ne nous touchent pas ici. L'homosexualité, cependant, est rarement présente dans ces maladies mentales au sens strict, et n'est régulièrement, tout au plus, qu'une manifestation morbide de moindre ampleur. De telles maladies mentales d'un degré plus léger, comme l'homosexualité, n'entraîneront que dans des cas exceptionnels la folie. Dans le cas de l'homosexualité, il doit y avoir une force d'impulsion particulière, un besoin impulsif, une psyché morbide complètement dominée par l'homosexualité, qui influence les actions du contrevenant d'une manière anormalement forte et morbide. Cela signifie donc que même si l'on reconnaît que la capacité de commettre un crime peut être exclue en raison de l'impulsion homosexuelle ou de son augmentation pathologique, on ne pourra jamais parler d'une folie absolument et *in abstracto* existante sur la base de l'impulsion homosexuelle, mais on devra toujours considérer la force de

Pour moi, les deux conditions doivent être prouvées, non seulement dans le cas de l'hétérosexualité, mais aussi dans le cas de l'impulsion homosexuelle, c'est-à-dire que dans le cas de l'homosexualité aussi, il faut établir une pathologie de la force d'impulsion ou une autre pathologie exceptionnelle de l'homo sexualité, c'est-à-dire une perturbation pathologique de l'activité mentale, et une telle, qui montre un degré excluant la libre détermination de la volonté. En pratique, la différence ne sera pas grande, parce que Moll n'assume la folie que dans de rares cas exceptionnels à la suite d'une sensation sexuelle contraire, et il exige également une hyperesthésie spéciale de l'instinct, par laquelle la liberté de la volonté est éliminée.

³⁷ Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6e éd., p 38, p 141. - Sur la définition de Liszt cf. les doutes de Moll dans ses *Untersuchungen über die Libido sexualis*, vol. I, TI. 2, p. 814 et 815.

³⁸ Endemann, *Lehrbuch des B.G.B.*, vol. I, p. 149.

³⁹ *Untersuchungen über die Libido sexualis*, vol. I, T. 2, p. 767.

l'impulsion et son influence sur le psychisme de la personne qui agit uniquement au cas par cas dans chaque acte concret individuel. Car seule la prise en compte exacte des circonstances réelles, et non la psyché de l'agent en elle-même, permet de trancher la question de la santé mentale de l'homosexuel. Ainsi, par exemple, malgré la même violation externe du § 175 St.G.B., la santé mentale d'un homosexuel pour son acte peut être jugée tout à fait différemment de celle d'un autre homosexuel. La santé mentale de l'homosexuel qui, dans une excitation sensuelle et malade qui repousse toute considération et tout contre-motif, se laisse emporter par une agression sexuelle, suivant son envie aveugle, sera beaucoup plus facile à nier, alors qu'elle ne fait aucun doute dans le cas d'une séduction planifiée, réalisée de sang-froid et par des calculs astucieux.

Mais non seulement les actes de différentes personnes qui sont toutes deux homosexuelles, mais aussi différents actes d'un même homosexuel peuvent avoir été commis dans l'état d'aliénation mentale dans un cas et dans l'état d'esprit dans l'autre.

Je suis bien conscient que la psychiatrie est généralement réticente à accepter la responsabilité d'une seule et même personne pour certains actes et à la nier pour d'autres. Toutefois, je suis tout à fait d'accord avec le point de vue de Moll selon lequel il est essentiel de reconnaître la possibilité d'une santé mentale partielle (c'est-à-dire la santé mentale pour certains actes, la folie pour d'autres)⁴⁰.

La possibilité d'une santé mentale partielle doit être justifiée notamment par les considérations suivantes : La santé mentale dépend de la motivation et s'étend aussi loin que les contre-motifs peuvent agir. Ces contre-motifs varient selon les actes en question. Par conséquent, il n'est pas évident que la raison soit également présente dans le cas d'un acte mais absente dans le cas d'un autre.

Les motifs qui visent à empêcher la commission d'un acte peuvent être les plus étroitement liés à la maladie ; la maladie peut produire une réaction anormale uniquement à la suite de certains stimuli bien définis, alors que dans le cas d'autres stimuli, elle ne s'affirme pas et n'influence pas le comportement de la personne malade, ou diffère à peine de celui de la personne normale.

Or, s'il est déjà reconnu en droit pénal que l'aliénation mentale d'un contraire-sexuel pour un acte en violation de l'article 175 n'entraîne pas nécessairement l'aliénation mentale pour un autre acte, l'acte préjudiciable commis par un contraire-sexuel en droit civil devra encore moins être considéré comme l'acte d'une personne aliénée en matière de dommages et intérêts, même si la personne en question a été acquittée lors du procès pénal pour infraction à l'article 175 sur la base de l'article 51, St.G.B.

L'évaluation différente de l'état mental de l'homosexuel dans le processus pénal et civil peut avoir sa raison d'être avant tout du point de vue de la procédure.

⁴⁰ Cette santé mentale partielle doit être distinguée de la santé mentale diminuée, ce qui ne signifie pas l'exclusion de la santé mentale dans certains cas, mais présuppose l'existence de la santé mentale et équivaut seulement à une diminution de la santé mentale. Cf. *Les Untersuchungen über die Libido sexualis*, vol. I, T. 2, p. 780 et suivantes, et la littérature juridique qui y est citée, p. 782, notes 1 et 2, et p. 780, notes 1-3. En raison de la reconnaissance d'une santé mentale "partielle", voir également Dernburg, *Pandekten*, I, p 56 (dernier paragraphe). - Cf. également Hölder, *Kommentar zum B.G.B.*, note 3 à p 104, p 241 : "La libre détermination de la volonté est exclue, selon que la nécessité pratique justifie ou non l'exclusion". - Bolze, *Décisions de la Cour impériale*, vol. IV, p. 12, n. 41, et vol. II, p. 10, n. 23 ; également Dalloz, *Répertoire, Dispositions entre vifs et testaments*, vol. XVI, n° 194, et Suppl. du Répertoire, vol. V, n° 74.

Le juge civil n'est pas lié par le jugement du juge pénal, il doit examiner l'ensemble de la situation factuelle selon son bon vouloir, il peut ordonner de nouvelles expertises sur l'état d'esprit de la partie homosexuelle et arriver à la présomption de santé mentale, malgré la conclusion contraire du juge pénal. Ensuite, la position du contrevenant dans l'affaire civile est différente de celle dans l'affaire pénale. *Dans* ce dernier, il est le défendeur et la phrase : "*In dubio pro reo*" s'applique en sa faveur. En cas de doute quant à sa santé mentale, il doit se voir accorder le bénéfice du doute, ce qui entraîne son acquittement. Dans les procédures civiles, en revanche, il n'est qu'un défendeur contre lequel le demandeur se dresse. S'il a causé un dommage et est donc poursuivi en dommages-intérêts, il doit, pour s'acquitter, prouver qu'il n'était pas sain d'esprit, que les conditions de l'article 827 étaient présentes au moment de l'acte dommageable.

La phrase "*in dubio pro reo*" n'a pas de sens en droit civil lorsqu'il n'y a pas de défendeur ; de simples doutes quant à la santé mentale ne peuvent remplacer la preuve complète de l'aliénation mentale, qui, dans une procédure civile, incombe régulièrement à l'auteur de l'infraction.

Toutefois, une évaluation différente de la responsabilité en droit pénal et en droit civil peut également être due à la différence des motifs considérés. Ainsi, en droit civil, l'aspect de la « nocivité » de l'acte sera au premier plan. Ainsi, en droit civil, l'aspect de la « nocivité » de l'acte sera au premier plan et la question se posera de savoir si la conscience qu'un dommage physique pourrait résulter pour l'autre personne de l'acte ne devrait pas avoir constitué un motif efficace contre la satisfaction de l'impulsion et aurait dû empêcher l'acte qui en résulte.

Ainsi, par exemple, le fait que la santé mentale ait été déniée en droit pénal en ce qui concerne la commission d'un acte similaire au coït n'exclut pas la responsabilité civile de la personne acquittée pour les dommages causés à un tiers par la *pédocriminalité*, car la force de l'impulsion n'était peut-être pas telle que cet acte plus dangereux n'aurait pas pu être évité et la perception de cette dangerosité n'aurait pas pu constituer un contre-motif approprié.

Mais alors, non seulement les conditions objectives mais aussi subjectives de la responsabilité civile pour les dommages infligés sont différentes de celles de la responsabilité pénale pour les actes homosexuels. La responsabilité est engagée même en cas de simple négligence. Par conséquent, bien que l'intention puisse être niée en droit pénal, il est néanmoins possible que la négligence soit à l'origine du même acte ; cette négligence est toutefois suffisante dans le cas de l'article 823 B.G.B. pour rendre l'auteur responsable de la réparation du dommage.

Dans cette question de la responsabilité civile pour les conséquences d'un acte dommageable, il faut distinguer deux types de cas. D'abord, les cas où l'acte est accompli directement pour la satisfaction de l'instinct homosexuel ou dans le sillage de cette satisfaction, lorsqu'il découle de la pulsion organique du contretemps et de l'instinct détumescent : par exemple un homosexuel infecte un autre homme de façon syphilitique ou cause des lésions corporelles par un véritable *pédicure*. Ici, l'acte préjudiciable est une conséquence directe de l'homosexualité, et ici, par conséquent, l'impulsion morbide à l'origine de l'acte sera, dans certaines circonstances, considérée comme apte à exclure également la liberté de la volonté dans la commission de l'acte.

Deuxièmement, les cas où l'acte préjudiciable n'est pas fait pour la satisfaction directe de l'impulsion ou dans son sillage, mais n'est qu'indirectement lié à l'impulsion et à sa satisfaction ; par exemple, les cas où un homosexuel blesse un rival par jalousie homosexuelle.

Alors que les cas du premier type forment un exutoire direct de l'homosexualité, alors que dans les leurs la satisfaction de l'instinct est la cause directe et immédiate de l'acte, et que l'instinct de

détumescence et de contretemps pousse souvent à l'acte avec une compulsion presque organique, dans la deuxième catégorie de cas ce lien causal direct entre instinct et acte n'existe pas, l'acte ne résulte que de motifs psychiques homosexuels, qui, en règle générale, ne seront guère jugés différemment que s'il avait été commis à partir de motifs hétérosexuels ; Par conséquent, dans les premiers cas, la santé mentale sera beaucoup plus susceptible d'être niée que dans les seconds.

Cependant, selon les circonstances de la deuxième catégorie de cas, le motif homosexuel à l'origine de l'acte peut également provoquer la folie en raison de la libido pathologique et accrue, mais probablement seulement dans des cas extrêmement rares.

Enfin, la folie du fait de l'homosexualité ne peut pas du tout être considérée dans les cas où aucun motif homosexuel n'est en cause, c'est-à-dire dans le cas de tout acte préjudiciable d'un homosexuel qui n'a aucun lien avec l'impulsion.

Un écrivain, Wachenfeld, que je n'ai pas mentionné jusqu'à présent, veut permettre que le sentiment sexuel contraire dans les actes punissables en vertu de l'article 175 s'applique de manière assez générale comme motif d'exclusion de la culpabilité en vertu de l'article 51 St.G.B. Wachenfeld part du principe, dans son article « Homosexualität und Strafgesetz » (Leipzig, Dieterichsche Verlagsbuchhandlung, 1901) pp. 97-105, que tout rapport sexuel réellement contraire (par lequel il entend uniquement celui dans lequel il existe une impossibilité totale de rapports sexuels hétérosexuels) doit être considéré comme une folie dans les infractions au § 175 et doit donc être acquitté. La sensation sexuelle contraire était un état mental pathologique et empêchait la personne sexuelle contraire d'être punie pour des actes homosexuels ; par conséquent, les exigences du § 51 de la St.G.B. étaient présentes. Je considère que ce point de vue est tout à fait erroné. Elle ne dépend pas exclusivement de la capacité d'imagination, ni de la perspicacité en matière de punition, comme le pense Wachenfeld, mais de la capacité de volonté, qui ne doit pas être éliminée par un manque de perspicacité en matière de punition, mais qui peut en revanche être éliminée par des anomalies de la vie émotionnelle et libidinale.

Il n'est pas question ici de réfuter en détail le point de vue de Wachenfeld ; je renvoie à cet égard à la discussion détaillée que j'ai faite de l'œuvre de Wachenfeld dans le *Jahrbuch* IV, notamment aux pages 729-736. Il convient ici de souligner uniquement les conséquences pour le droit civil découlant du point de vue de Wachenfeld.

Dans la mesure où, selon Wachenfeld, c'est la conception de la punition qui est décisive pour la question de la santé mentale, il conclut à juste titre que le contrevenant est sain d'esprit pour toutes les autres infractions, à l'exception de celles visées par le § 175, puisque son sentiment sexuel contrevenant n'annule pas sa conception de la punition pour les autres actes punissables. D'autant plus qu'il faudrait alors supposer que le contrevenant est toujours responsable en droit civil des actes nuisibles, même s'ils ont été commis sous l'influence de la sensation sexuelle du contrevenant, et ne peut jamais plaider la folie. En effet, en droit civil, l'exception d'aliénation mentale n'est pas du tout prise en considération. Si l'on laisse la faculté de l'imagination décider exclusivement de la question de la santé mentale, il est alors décisif de savoir si le contrevenant possède la perspicacité de la nocivité de l'acte dans le cas d'actes nuisibles, mais celle-ci n'est pas affectée par la sensation sexuelle du contrevenant et n'est pas éliminée en raison de la vie anormale des pulsions.

Chapitre II.

La capacité juridique.

La question de l'influence des troubles mentaux est quelque peu différente dans le cas de la capacité que dans le cas de la responsabilité délictuelle.

En vertu de l'article 104, n° 2, du B.G.B., une personne est frappée d'incapacité : « *Quiconque se trouve dans un état de perturbation morbide de l'activité mentale qui empêche la libre détermination de sa volonté, à moins que cet état ne soit par nature temporaire* ».

Alors que dans le cas de la capacité à commettre une infraction, il faut examiner au cas par cas si l'acte individuel a été entaché ou non de troubles pathologiques de l'activité mentale qui empêchent la libre détermination de la volonté, l'incapacité de contracter est normalisée de manière assez générale au § 104, indépendamment d'un acte spécifique. Ici, aucun lien avec un acte spécifique n'est requis pour l'incapacité ; en outre, la preuve d'un trouble pathologique n'est pas suffisante, mais un état permanent d'aliénation mentale doit exister. Si un tel état permanent excluant la santé mentale est établi, il y a alors incapacité de contracter.

La déclaration d'intention d'une telle personne incompétente est cependant nulle en vertu de l'article 105, paragraphe 1. Le sentiment sexuel contraire peut maintenant être compris en soi comme une condition pathologique permanente, mais en tout état de cause cette condition ne peut être considérée comme excluant de façon permanente la libre déclaration de volonté. L'homosexualité peut, dans certaines circonstances, entraîner la folie pour certains actes, mais elle ne peut jamais être utilisée pour justifier la nullité de toutes et de chacune des déclarations de volonté de l'homosexuel.

Si le sentiment sexuel contraire n'entraîne jamais une incapacité absolue, il est néanmoins possible que certaines déclarations d'intention dues à l'homosexualité soient déclarées nulles dans des cas individuels, notamment sur la base du § 105, alinéa 2, qui stipule que :

« *Une déclaration d'intention faite dans un état d'inconscience ou de perturbation temporaire de l'activité mentale est également nulle* ».

Ainsi, contrairement à l'article 104, paragraphe 105, l'article 2 n'exige pas un état permanent ou un état pathologique.

Ensuite, le § 105, alinéa 2 ne parle même pas d'une perturbation excluant la libre détermination de la volonté. Mais l'histoire de l'origine du paragraphe montre clairement qu'il n'existe qu'une erreur rédactionnelle et qu'au § 105, alinéa 2, tout comme au § 104, il faut une perturbation excluant la libre détermination de la volonté⁴¹.

L'article 105, paragraphe 2, suscite aussi une autre préoccupation, mais pour une autre raison. Comme le paragraphe ne parle que d'un trouble temporaire, on peut se demander si l'homosexualité, qui n'est de toute façon pas une condition temporaire mais permanente, peut être classée dans la catégorie des troubles au sens du § 105, alinéa 2. Mais il faudra répondre à cette question par l'affirmative, à savoir si l'on reconnaît (comme je le fais) une santé mentale et une

⁴¹ Tiré des protocoles - cf. Mugdan, *Materialien*, Allgemeiner Teil, p. 674.

folie partielles, une capacité et une incapacité partielles⁴². Car bien que le § 105, al. 2 a en vue principalement des troubles temporaires, tels que la fièvre, le délire, l'ivresse du sommeil, la clause doit néanmoins être appliquée également à un état pathologique permanent, dans la mesure où cet état n'entraîne qu'une aliénation mentale temporaire, c'est-à-dire uniquement l'aliénation mentale pour les déclarations de volonté individuelles, Sinon, il en résulterait que ni selon le § 104 ni selon le § 105, il y aurait une nullité des déclarations d'intention faites pendant l'aliénation mentale temporaire en cas d'état mental pathologique permanent, et ces déclarations d'intention devraient être considérées comme valables. En d'autres termes, il faut voir une différence essentielle entre le § 104 et le § 105, al. 2, en ce que le § 104 concerne l'exclusion permanente de la libre détermination de la volonté, le § 105, al. 2 uniquement l'exclusion temporaire, et cette folie permanente ou temporaire ne coïncide pas avec la question de la perturbation permanente ou temporaire de l'activité mentale, puisque la perturbation de l'activité mentale ne signifie pas encore l'exclusion de la libre détermination de la volonté⁴³.

Désormais, les cas où la sensation sexuelle contraire dans le cadre d'une déclaration d'intention entraîne l'exclusion de la libre détermination de la volonté seront extrêmement rares. Il en va de même pour les deuxième et troisième types de délits. Ici, comme là-bas, il n'y a pas de lien direct entre l'action et l'impulsion. Ainsi, par exemple, les dons ou dispositions testamentaires faits par un homosexuel à un amant, même si l'homosexualité est considérée comme un phénomène pathologique, ne seront pas annulés sans autre forme de procès en raison du sentiment sexuel contraire. Plus le motif homosexuel est proche, plus sa force est grande, plus il est probable que l'on puisse en arriver à la négation de la raison ; lorsqu'un motif homosexuel fait totalement défaut, la question de la folie du fait de l'homosexualité devra également être niée dès le départ.

Même si l'instinct, ou sa satisfaction, constitue le motif de l'acte juridique, par exemple dans le cas de cadeaux à un amant, de ventes, afin de se procurer les moyens de satisfaire la passion homosexuelle, etc., il s'agit encore essentiellement d'un processus psychologique, et non d'une satisfaction organique directe de l'instinct de contretemps et de détumescence, raison pour laquelle la sensation sexuelle contraire ne joue ici guère un rôle différent de celui d'autres passions, par exemple l'amour hétérosexuel⁴⁴.

De même qu'il est généralement admis qu'une passion ne justifie pas la présomption de folie, il faut également supposer que la sensation sexuelle contraire n'entraîne pas l'exclusion de la libre détermination de la volonté. Néanmoins, dans le cas des déclarations d'intention faites sous l'influence de la sensation sexuelle contraire, on arrivera, si ce n'est fréquemment, mais dans certaines circonstances, plus tôt à la présomption de folie que dans les cas où d'autres passions ont induit la déclaration, si l'on considère la sensation sexuelle contraire comme un phénomène pathologique.

⁴² Sur la folie partielle, voir ci-dessus p. 43 ; plus loin, sur la capacité partielle et la capacité testamentaire, la revue *Das Recht*, 25 janvier 1903 : « Une maladie mentale du testateur n'empêche pas la validité de sa disposition testamentaire si elle n'est pas affectée par la maladie ». (Arrêt de la Cour d'appel bavaroise, 27 novembre 1902.)

⁴³ Planck (B.G.B., au § 104) veut appliquer le § 105 uniquement aux états de perturbation mentale temporaire non fondés sur la folie, comme le délire fiévreux, etc., mais pas à la folie temporaire fondée sur la psyché morbide, niant que le B.G.B. connaisse la capacité partielle, - Cf. d'autre part Endemann, tome I, § 30, n° 5 et § 35.

⁴⁴ Cf. également Moll, *Untersuchungen über die Libido sexualis*, vol. I, tl. 2, p. 696 : On peut se demander si les cadeaux, etc. sont finalement contestables si une passion homosexuelle en a donné l'occasion. Mais il faut noter que dans les relations hétérosexuelles, la même chose se produit quotidiennement.

Contrairement au droit pénal, dans le cas des déclarations d'intention, comme dans celui des actes délictueux, la preuve de l'exclusion de la libre détermination de la volonté est également rendue plus difficile ; l'application du principe "*in dubio pro reo*", qui est déterminant en droit pénal, ne peut être remise en cause ; une transaction qui paraît valable à première vue est considérée comme existant à juste titre jusqu'à preuve du contraire, qui doit être fournie précisément par la partie qui invoque la nullité⁴⁵.

Chapitre III.

La privation de droits.

L'incapacité peut être due à une maladie mentale, à une faiblesse mentale, à un gaspillage ou à l'ivresse (§ 6, n° 1-3 B.G.B.). Nous ne nous intéressons ici qu'aux cas d'incapacité pour cause de folie et de faiblesse d'esprit mentionnés au § 6, n° 1. La loi stipule : « *L'incapacité peut être accordée à toute personne qui, en raison de sa folie ou de sa faiblesse d'esprit, est incapable de gérer ses affaires* ».

Il n'est pas fait référence ici à la détermination du libre arbitre. Il s'agit seulement de savoir si la maladie mentale ou l'infirmité mentale entraîne l'incapacité de la personne malade à gérer ses affaires. La différence entre les deux types d'incapacité (folie et imbécillité) est que l'incapable mental est totalement incapable, c'est-à-dire que toutes ses déclarations de volonté sont totalement nulles, alors que l'incapable mental ne souffre que d'une restriction de sa capacité de contracter et est simplement assimilé à un mineur de plus de 7 ans (entre 7 et 21 ans), c'est-à-dire que ses déclarations de volonté ne sont pas nulles, mais nécessitent seulement, pour devenir pleinement valables, l'approbation du tuteur. Les conditions de la folie et de l'imbécillité, auxquelles sont attachées des conséquences aussi différentes, ne sont pas nettement séparées sur le plan médical ; les deux termes ne semblent même pas utiles du point de vue psychiatrique, et ne semblent pas justifier une distinction telle que celle faite dans la loi. Car toute faiblesse de l'esprit est, sur le plan psychiatrique, une maladie mentale. Toutefois, la loi n'a pas cherché à donner une définition tout à fait correcte sur le plan médical, mais s'est contentée d'établir la distinction en fonction du caractère de la maladie qui est plus ou moins importante pour le comportement de la personne à mettre hors d'état de nuire dans la vie pratique. Cela dépend, comme le disent les motifs, si la maladie se présente, selon la conception ordinaire de la vie, comme une maladie mentale ou une faiblesse mentale, c'est-à-dire, selon le comportement global de la personne concernée, comme une maladie de degré supérieur ou inférieur. En cas d'incapacité pour cause de troubles mentaux, il convient de prendre en considération l'effet de l'incapacité pour cause de maladie mentale et celui de l'incapacité pour cause de faiblesse mentale ; l'expert doit se demander si le malade possède encore la maturité d'un enfant de plus de sept ans, s'il est encore en possession de ses facultés mentales dans cette mesure, ou si même cette maturité lui fait défaut et s'il a déjà perdu ses facultés mentales dans une mesure telle qu'il est justifié de lui refuser un testament valable. « *Seule la différence de degré de gravité des troubles mentaux et leur effet sur la position sociale de la personne qui en souffre doit décider de la question de savoir s'il y a folie ou faiblesse d'esprit.* »

⁴⁵ Cf. Crome, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, p. 363, note 8.

De la force de l'effet protecteur à rechercher dans l'intérêt de la personne à mettre hors d'état de nuire, on tire une conclusion quant à la force de la cause⁴⁶. »

L'homosexualité n'est aujourd'hui tout au plus qu'une anomalie mentale de moindre degré, dans laquelle l'intelligence est régulièrement complètement intacte, voire parfois particulièrement excellente ; elle ne présente pas un défaut tel que l'homosexuel devrait être mis sur le même pied qu'un enfant de moins de sept ans. Par conséquent, la question de savoir si l'homosexualité pourrait entraîner une incapacité pour cause de folie ne devra pas du tout être soulevée.

La seule question serait de savoir si une incapacité pour cause d'incapacité mentale pourrait être autorisée.

Si l'homosexualité, selon l'avis de la plupart des médecins, est considérée comme un phénomène « pathologique », il faut également conclure, puisque le § 6, n° 1 B.G.B. entend inclure dans la faiblesse mentale tous les défauts mentaux qui ne doivent pas être considérés comme une maladie mentale au sens étroit, que dans le cas de l'homosexualité, l'une des conditions préalables à l'incapacité énoncées au § 6, n° 1 - à savoir la condition de faiblesse mentale au sens de ce paragraphe - s'applique. Cela ne signifie pas pour autant qu'il doit y avoir incapacité ; il faut plutôt que l'autre condition soit remplie, à savoir qu'en raison de l'infirmité mentale, le patient soit incapable de gérer ses affaires.

Par « matières », on n'entend pas seulement les matières de propriété. Il y a unanimité sur ce point.

Le terme englobe plutôt l'ensemble des conditions de vie, par exemple la prise en charge de sa propre personne, la prise en charge des personnes à charge, l'éducation des enfants, etc⁴⁷. On peut toutefois se demander jusqu'où le terme "matières" doit être étendu, en particulier si les intérêts publics, notamment le danger public ou le danger d'entrer en conflit avec le droit pénal, doivent également être pris en considération.

Si le § 6 devait être interprété dans ce dernier sens⁴⁸, il serait plus facile de supposer les conditions d'incapacité dans le cas des homosexuels qui sont toujours exposés à l'épée de Damoclès du § 175, surtout dans les cas où une condamnation a déjà eu lieu en réalité, que si cet aspect juridique public n'est pas du tout pris en compte dans l'interprétation du § 6.

Mais même avec l'interprétation élargie de l'article 6, on ne pourra jamais considérer l'incapacité comme admissible simplement en raison de la possibilité ou de la survenance d'un conflit de droit pénal ; car il ne suffit pas pour l'incapacité qu'il y ait une incapacité à s'occuper de questions individuelles ou d'un certain cercle de questions, c'est-à-dire, en particulier, qu'il ne s'agit pas seulement d'une incapacité à respecter l'exigence de l'abstinence sexuelle - qui, d'ailleurs, est imposée aux homosexuels par une opinion publique peu éclairée et une loi rétrograde - mais il faut plutôt établir une incapacité à s'occuper de toutes les questions, ou du moins de tant de questions,

⁴⁶ Ernst Schultze, *Die Stellungnahme des Reichsgerichts zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche und zur Pflegschaft, nebst kritische Bemerkungen* (Halle 1903, Marhold). - Cf. aussi les Décisions de la Cour du Reich, Vol. L, pp. 203-207.

⁴⁷ Cf. Ordre du ministère prussien (*Zeitschrift Das Recht*, 1900, p. 15). - Silberschmid, *Zur Auslegung des § 6*, in *Das Recht*, 1901, p. 553 - Endemann, tome I, p. 145 - Planck (3e édition), sur le § 6, n° 2a. - Kühlenbeck, sur le § 6, n° 1, note 4.

⁴⁸ Endemann, vol. I, p. 145 et tribunal régional supérieur de Dresde (*Sächsische Annalen*, vol. XXIII, p. 125). En revanche, voir Silberschmid, *Zur Auslegung des § 6*, dans *Das Recht*, p. 553, 1901, qui conteste que la dangerosité commune puisse justifier une incapacité.

que la protection de la personne malade contre elle-même sous forme d'incapacité est raisonnablement requise⁴⁹.

L'homosexualité doit non seulement entraîner une perturbation des conditions de vie de la personne malade dans la sphère pénale, mais la sphère du droit privé, du droit de la propriété et du droit de la famille doit être affectée de telle sorte qu'il n'y ait plus de capacité suffisante, du fait de l'homosexualité, pour gérer et régler de manière raisonnable les affaires et les relations découlant de ces sphères, et un soutien de l'homosexuel par un tuteur semble nécessaire. Une incapacité pourrait peut-être être envisagée si, par exemple, l'homosexuel, du fait de sa passion, néglige sa profession, fait des dépenses insensées pour des cadeaux aux amoureux, fréquente ouvertement des prostitués masculins, se compromet négligemment par son comportement, ne tient plus compte de sa réputation, de son statut et de sa famille, et enfin, de manière frivole, se rend coupable de poursuites pénales, etc.

Si, dans la question de l'incapacité, les aspects de droit public, en particulier le danger d'enchevêtrement criminel, sont totalement exclus, un poids exclusif sera accordé aux questions de droit privé. Le danger public ou la délinquance du patient ne feront plus, comme cela pourrait être le cas autrement, pencher la balance du côté de l'incapacité ; au contraire, l'incapacité de gérer les affaires doit être si forte dans le domaine du droit des affaires et de la famille que l'incapacité est justifiée uniquement en raison de ces défauts.

Quoi que l'on pense de la question des conditions d'incapacité, ceci est cependant certain : l'incapacité pour homosexualité peut rarement être prononcée.

Même si l'homosexualité peut être considérée comme pathologique et donc comme une faiblesse mentale au sens du § 6, ce que Samter souligne pour que les maladies mentales soient regroupées sous le concept d'« idées fixes » devra lui être appliqué en premier lieu, à savoir : qu'elles ne doivent plus régulièrement conduire à une incapacité. Car l'homosexualité, comme ces idées dites fixes, a régulièrement la particularité de « *laisser totalement intacte la capacité d'occupation, de fonction, de gestion de toutes les affaires, et de ne produire que la présence d'une idée compulsive qui, dans la personnalité concernée, ne touche même pas indirectement la capacité de gestion de ses affaires*⁵⁰ ».

En général, l'homosexuel n'aura probablement pas à craindre d'être frappé d'incapacité en raison de son homosexualité. Néanmoins, dans des cas individuels, l'un ou l'autre homosexuel peut devoir faire face à une incapacité, notamment si les juges et les experts attachent une importance particulière à l'aspect du danger commun souligné par Endemann et par le tribunal régional supérieur de Dresde. C'est précisément dans la question de l'incapacité qu'il devient évident à quel point la théorie de la nature pathologique de l'homosexualité peut devenir dangereuse pour la liberté de toute une classe de personnes - les homosexuels - et quelle importance pratique elle a,

⁴⁹ Vocke, Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche (conférence donnée lors de la première réunion annuelle du Verein Bayerischer Psychiater à Munich le 25 mai 1903), in Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie u. psychiatrisch-gerichtliche Medizin, Vol. LX, n° 5, pp. 724 sq, souligne expressément que dans les cas où, la capacité juridique étant par ailleurs intacte, seuls les délits moraux, tels que la pédérastie, entrent en ligne de compte, la dangerosité pour la communauté ne doit pas être reconnue comme motif d'incapacité.

⁵⁰ Samter, Streitpunkte aus dem Gebiet des Entmündigungsverfahrens und des Irren wesens, in Gruchots Sammlung, 6. Folge, Vol. V, 1901, p. 1 flgd.

que le sentiment sexuel contraire soit considéré comme un phénomène pathologique ou physiologique⁵¹.

Si l'homosexualité n'est pas considérée comme pathologique, alors l'incapacité de l'homosexuel en raison de son impulsion ne peut tout au plus être envisagée que dans la mesure où, par exemple, le contraire est mis à mal par sa passion, de telle sorte que les conditions d'une incapacité pour cause de gaspillage sont données. L'homosexuel n'est alors ni plus ni moins bien traité que l'homme normal qui doit être mis hors d'état de nuire pour cause de prodigalité, et la direction du sexe homosexuel n'y joue aucun autre rôle que, disons, la passion amoureuse de l'hétérosexuel, qui devient par là même un prodigue. Les effets de l'incapacité pour cause de prodigalité sont les mêmes que ceux pour cause de faiblesse d'esprit, mais ses conditions sont différentes. Il ne suffit pas ici que l'homosexuel soit incapable de gérer ses affaires, mais il faut démontrer qu'il a dépensé de façon délibérée et insensée, hors de toute proportion avec ses biens, de telle sorte que par sa prodigalité il s'expose lui-même ou sa famille au danger de la misère, « *il doit y avoir un comportement menaçant l'existence économique de l'intéressé, qui montre une tendance au gaspillage des biens*⁵² ».

Dr. jur. Numa Praetorius, 1904.

⁵¹ Le Prince de Bragance, qui a été jugé (mais acquitté) en 1903 pour avoir prétendument commis des actes homosexuels, a depuis été frappé d'incapacité, selon les rapports des journaux. Ce cas est peut-être un exemple pratique d'incapacité pour homosexualité.

⁵² R.G.E., Vol. XXL, p. 167.