

La Lettre du CFDC



Centre français de droit comparé

Editorial



Le droit comparé est, par essence, une discipline qui se joue des frontières et se veut sans limites.... Aussi, profitons-nous, chaque fois que nous le pouvons, de porter des regards croisés sur toutes les branches du droit qui sollicitent l'actualité.

Il ne s'agit pas uniquement, bien entendu, de transmettre des informations sur les activités et travaux de chercheurs en cette matière mais de confronter, pour en tirer le maximum de profit, les façons diverses qu'ils ont chacun d'envisager la solution des problèmes qui se posent à tous. Nous nous interdisons toute auto limitation dans nos champs d'investigation et nous ne privilégions aucun aspect particulier du droit.

On constatera dans cette livraison que nous abordons tous les sujets, de droit public comme de droit privé, qu'ils soient d'hier ou d'aujourd'hui, de maintenant ou de toujours.

Après une réflexion sur « le trust », nous présentons une étude générale sur le mariage des personnes de même sexe, comparant les vues dissemblables de nombreux pays et faisant ainsi le bilan des solutions retenues.

Nous annonçons en même temps la prochaine Table ronde sur « le juge constitutionnel est-il un contre pouvoir ? » qui réunira un certain nombre d'universitaires et de membres de juridictions internationales venant de France, d'Allemagne et d'Italie, sans oublier les États-Unis dont le cas sera examiné par une spécialiste française de ce pays.

Si nous voulons nous comprendre les uns et les autres dans nos démarches respectives il faut d'abord que nous nous connaissions. Et comment le faire avec plus d'intérêt qu'en nous penchant sur nos problèmes communs?

Bonne lecture à tous,

Jacques ROBERT
Président du CFDC

Sommaire :

- **Editorial**, Jacques Robert 1
- **Au fil du terme....**
Le trust, Joy Toussein 2
- **Panorama sur le mariage des personnes de même sexe**, Emmanuelle Bouvier 5
- **Table ronde: *Le juge constitutionnel est-il un contre pouvoir?*** 21 juin 2010 7
- **Brèves - Annonces** 8



Au fil du terme . . .

Le Trust

À la demande de plusieurs lecteurs, cette rubrique est consacrée au trust, un mécanisme juridique des pays de *common law* qui a réussi au fil du temps à trouver une place dans le droit de plusieurs pays européens non anglo-saxons, y compris dans le Code civil français.

Il s'agit d'une matière vaste et complexe, relative à un mécanisme utilisé pour de nombreux objectifs. Les principes juridiques qui le régissent ainsi que les lois influençant la manière dont il est utilisé varient également d'un pays à l'autre. Nous nous limiterons ici à quelques aspects pratiques et élémentaires concernant la notion générale de trust avant d'exposer plusieurs exemples de ses utilisations courantes. Nous terminerons avec le *business trust*, en énumérant les raisons pour lesquelles ce choix pourrait éventuellement s'imposer en tant que forme d'entreprise dans certains cas.

Le *trust* met en présence un *settlor* (le constituant) qui organise le transfert de tout ou partie de son patrimoine à un *trustee* afin que celui-ci le détienne, l'administre, et le gère pour le compte et dans l'intérêt d'un bénéficiaire¹ désigné dans un acte de Trust (*trust instrument, declaration of trust*)², le cas échéant, précisant la manière dont ces biens seront gérés ou utilisés. Cet acte peut prévoir que le transfert aura lieu du vivant du *settlor* (dans le cas d'un *inter vivos trust*) ou après sa mort (dans le cas d'un *testamentary trust*) ; il peut être révocable ou irrévocable. Le plus souvent, les trois intervenants sont des personnes différentes, mais ce n'est pas obligatoire³.

Les actifs transférés au *trustee* deviennent un patrimoine autonome et distinct sur lequel le *trustee* n'a pas la pleine propriété. Ce dernier devient le *legal owner* de ces biens, qui figurent à son nom sur les titres. Il a le pouvoir et le devoir de les gérer et d'en disposer conformément à l'acte de trust et les règles de droit⁴. Mais ces actifs n'entrent pas dans son patrimoine personnel et ne sont pas susceptibles de désintéresser ses créanciers personnels. C'est dans l'intérêt du bénéficiaire que ces biens sont gérés ; c'est lui (*equitable owner*)⁵ qui en tire le profit. Le trust aboutit ainsi à dissocier l'administration et le contrôle des biens de la jouissance des bénéfices qu'ils procurent.

Dans les pays anglo-saxons, le trust est souvent employé à des fins successorales, pour la transmission des fortunes d'une génération à l'autre, mais également dans les familles plus modestes ; par exemple, par les parents souhaitant, en cas de mort prématurée et simultanée, que leurs biens ne soient pas transmis à leurs enfants avant un certain âge et que ces actifs soient administrés jusqu'à la date fixée par un *trustee* de manière à subvenir aux besoins de leurs enfants⁶. En outre, les legs charitables d'un montant important sont souvent réalisés à travers la constitution d'un trust, qui permet au testateur de préciser la manière dont les fonds seront gérés et utilisés.

Ce sont là des exemples fréquents d'utilisations des *testamentary trusts* mais les *inter vivos trusts* sont également employés d'une manière similaire pour assurer la gérance des dons caritatifs et des dons aux personnes physiques lorsque le constituant le souhaite quelqu'en soit la raison. En outre, ces deux genres de trust jouent un rôle non négligeable dans la planification fiscale : dans certains cas pour réduire les impôts et dans d'autres cas les droits de succession (en étalant ou organisant le transfert des biens d'une certaine manière avant ou après la mort du constituant). En revanche, un trust dont le seul objectif et résultat serait de réduire ou d'éviter l'assujettissement aux impôts n'aboutirait pas forcément à réaliser son objectif. Il en va de même pour les trusts constitués en vue d'un objectif frauduleux, par exemple empêcher les créanciers d'accéder au patrimoine du constituant. De manière générale, la jurisprudence ou les lois interviennent souvent pour éviter de tels abus⁷.

¹ Ou à une autre fin particulière dans le cas, par exemple, d'un *trust charitable*

² Nous avons choisi le singulier mais un trust peut être constitué par plusieurs constituants agissant ensemble et désigner plus d'un « trustee » et bénéficiaire.

³ Cette description convient à un trust expressément constitué (*express trust*) mais l'existence d'une situation de trust par rapport à un patrimoine et celui qui le détient peut être constatée dans certaines hypothèses par une décision de justice (*constructive trust, resulting trust*).

⁴ Pour en savoir plus sur les obligations, les pouvoirs et la responsabilité des trustees dans les États américains, v. Lewis SOLOMON, Lewis SARET, *Asset Protection Strategies*, Chicago, CCH, 2009, p. 190 et s.

⁵ La distinction entre *legal ownership* (propriété légale) et *equitable ownership* (propriété effective) remonte à la division entre les fonctions des juridictions anglaises de *common law* et d'équité. *Testament (Third) of Trusts* §2 (Tentative Draft No. 1, 1996) [cité par Steven SCHWARZ, « Commercial Trusts as Business Organizations: An Invitation to Comparatists », *Duke Journal of Comparative & International Law*, n° 13, 2003, p. 322, note 24].

Voici plusieurs exemples d'autres finalités pour lesquelles les trusts sont constitués de nos jours:

- meilleure gestion des actifs et investissements ;
- administration des programmes visant la gestion d'avantages sociaux réservés aux employés d'une entreprise (par exemple, les fonds de pension) ;
- protection des biens face aux créanciers :

O *foreign asset protection trust* (type d'*off-shore trust*) : trust établi dans un État où les lois concernant la protection des biens du débiteur face aux actions des créanciers sont plus favorables que celles du pays du constituant, car, par exemple, elles n'admettent pas la reconnaissance des jugements étrangers et elles exigent un niveau de preuve élevé sur les questions de fond ;

O *spendthrift trust* : Les dispositions de ce trust, à son origine destiné à la protection des individus dépensiers mais employé d'une manière plus large de nos jours⁸, interdisent la cession des droits du bénéficiaire aux intérêts et capitaux, ce qui empêche que ces sommes soient soumises à la saisie des créanciers, jusqu'à qu'elles soient transférés aux bénéficiaires⁹ ;

- sûreté :

O d'un bien immobilier : l'acte signé par le prêteur est intitulé *deed of trust*¹⁰ mais les effets qui lui sont attribués en droit, de manière générale (au moins dans certains États américains), correspond principalement à ceux d'un prêt hypothécaire classique pratiqué dans ces États ;

O d'un équipement (*equipment trust* pour le financement d'un avion, par exemple, dans l'objectif de profiter de certains avantages fiscaux) ;

- poursuite d'une activité (*business trust*), le trust étant constitué, dans cette hypothèse, de manière à ce qu'il ressemble, par certains aspects, à une société à responsabilité limitée (*corporation*), même par actions ; exemple : des actifs ou fonds sont transférés à plusieurs *trustees* chargés de les gérer dans l'objectif prévu dans l'acte de trust pour le compte des bénéficiaires (les investisseurs). Cet acte prévoit que les *trustees* seront élus par les bénéficiaires et qu'ils seront autorisés à déléguer certaines de leurs fonctions ; des titres (*trust certificats*) représentant les intérêts des bénéficiaires sont alors établis, revêtus d'un caractère librement transmissible et émis sur le marché des capitaux. De manière générale, la responsabilité des bénéficiaires sera limitée à « l'apport » de chacun ; c'est une forme d'entreprise parfois préférée aux autres structures de société.

O Exemples d'activités pour lesquelles le *business trust* est fréquemment créé:

- la gestion d'un fonds commun de placement (*operation of a mutual fund*) ;
- l'investissement dans l'immobilier (*real estate investment trust or REIT*)
- l'investissement dans les entreprises pétrolières (*oil and gas royalty trusts*) ;
- la titrisation des créances (*asset backed securitization*) où la structure d'accueil (*special purpose vehicle*) prend la forme d'un trust ;

Les éléments parfois cités pour expliquer le choix d'un trust de préférence à la *corporation* (société en responsabilité limitée) pour poursuivre une activité sont :

1. Dans un État où le trust est considéré comme une personne morale en cas de faillite, ses actifs ne feront pas l'objet d'une liquidation judiciaire concernant son constituant. (Ce fait n'explique pas la préférence pour le trust, puisque la *corporation* peut offrir la même utilité).

2. Cela permet, en dehors de la protection des actifs du trust face aux créanciers du constituant, que les actifs apportés à un trust par une société constituante (p. ex., un portefeuille de créances de même nature) soient isolés de ses autres actifs afin de faciliter leur financement de manière sépa-

⁶ Cette manière est précisée dans l'acte avec plus ou moins de détails selon les volontés ; le *trustee* peut être une entreprise financière spécialisée dans l'administration des trusts ou simplement un proche.

⁷ V. sur ce sujet, L. SOLOMON, *op. cit.*, p. 205 et s.

⁸ Pour des exemples, v. L. SOLOMON, *op. cit.*, p. 250 et s.

⁹ Le *spendthrift trust* n'est pas admis dans certains États américains. L. SOLOMON, *op. cit.*, p. 250 et s.

¹⁰ S. SCHWARCZ, « Commercial Trusts as Business Organizations : Unraveling the Mystery », *The Business Lawyer*, vol. 58, 2003, pp. 12-13.

¹¹ Cette motivation est devenu de moins en moins pertinente au fur et à mesure que les lois fiscales ont été aménagés pour répondre à cette évolution (car soumettant le trust et la *corporation* au même régime fiscal). S. SCHWARCZ, *op. cit.*, "... Invitation to Comparatists", p.332 et s.

rée. Le fait d'isoler ces actifs (notamment dans le cadre de la titrisation des créances) et ainsi de faciliter leur évaluation par les investisseurs externes et les agences de notation, rend le coût de l'opération d'investissement moins élevé et permet le financement à un taux d'intérêt moins élevé.

3. Dans certaines hypothèses, les investisseurs pourraient se croire mieux protégés par la structure d'un trust par rapport à une *corporation* en raison de la nature des obligations que le trustee doit à tous les bénéficiaires (notamment, l'obligation d'impartialité).

4. Surtout dans les années précédentes, dans certains États (par exemple, au Canada ou aux États-Unis), les créateurs d'entreprises ont choisi le statut juridique du trust dans l'objectif d'éviter la double taxation (c'est-à-dire, l'imposition des impôts sur les revenus de l'entreprise aussi bien que sur ceux des actionnaires) à laquelle étaient soumises d'autres formes de sociétés dotées de la personnalité morale¹¹.

5. Le choix du trust est judicieux dans l'hypothèse où la possibilité d'un conflit d'intérêts entre les catégories de bénéficiaires est minimale ou non existant puisque l'entreprise est d'une nature statique (n'ayant pas vocation à évoluer et à se développer) et le rôle joué par ses administrateurs (le trustee ou *trustees* dans le cas d'un trust) est donc passif, de telle manière que les dirigeants (les *trustees* dans ce cas) ne sont pas normalement appelés à prendre de décisions autre que de nature administrative. Cet élément correspond bien à l'obligation du trustee d'agir avec impartialité à l'égard de chacun des bénéficiaires.



Joy TOUSSAINT
Legal Translations
and Other Related
Services
Traductrice-
interprète-Expert en
langues anglo-
saxonnes
près la Cour d'appel
d'Orléans
12bis boulevard de
Verdun
45000 Orléans
02 38 77 11 45
06 24 66 55 80
[http://
www.joytousaint.com](http://www.joytousaint.com)

Pour approfondir l'usage du « business trust » aux États-Unis et au Canada,

v. les articles et ouvrages suivants :

- Robert YALDEN, Janis SARRA, Paul PATON et al., *Business Organizations : Principles, Policies and Practice*, Toronto, Edmond Montgomery (2008)
- Steven SCHWARCZ, "Commercial Trusts as Business Organizations : An Invitation to Comparatists », *Duke Journal of Comparative & International Law*, n° 13, 2003, p. 321-336.
- V. également du même auteur : "Commercial Trusts as Business Organizations : Unraveling the Mystery", *The Business Lawyer*, vol. 58, n° 2, 2003, pp. 559-585 et « Fiduciaries With Conflicting Obligations », en cours de publication : *Minnesota Law Review*, vol. 94, n° 6 (June 2010), <http://ssrn.com/abstract=1441225>.
- John LANGBEINN "The Secret Life of the Trust: the Trust as an Instrument of Commerce," *Yale Law Journal*, The Yale Law Journal Company, New Haven, 1977, vol. 107, pp. 165-189.

Rappel de quelques termes et expressions :

The property is *held in trust* (ou *trust* en anglais britannique) (for X).
The property was *placed in trust*.
trust instrument, declaration of trust
trust deed, deed of trust – 1° sens : voir explication ci-dessus; 2° sens : synonyme de *trust instrument** (surtout en anglais britannique)
trust agreement
trust estate : ensemble des biens formant le trust **. Synonyme : Trust fund***
The *trust (instrument)* was *executed* (c'est-à-dire, signé) on . . . / A trust was *formed* for the purposes of . . . / They *put together* a trust for the benefit of . . . (for the benefit of X).
Settlor (grantor ou trustor également utilisé parfois)
The trustee holds title to the property *in trust* (ou: *as trustee*) for the beneficiary.
The trustee holds the *legal title* to the trust property whereas the beneficiary holds the *equitable title*.
The trustee is the *legal owner* of the trust property whereas the beneficiary is the *equitable owner* (ou *owner in equity*).

* *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, 2^e éd., Canada, Institut Canadien des Comptables Agréés, 2004 ; *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999.

** *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*

*** Cf. *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, *op. cit.* (« Biens, particulièrement de l'argent et des titres [accentuation ajoutée], confiés à un fiduciaire qui doit les administrer en conformité avec les instructions reçues »).

PANORAMA SUR LE MARIAGE DES PERSONNES DE MÊME SEXE

Les couples homosexuels revendiquent de plus en plus ouvertement le droit au mariage. À l'heure actuelle, seuls quelques pays ont retenu cette solution, la plupart des États ayant plutôt opté pour une solution médiane en instituant un partenariat civil. On parle selon les législations, de « pacte civil de solidarité », de « partenariat de vie », de « cohabitation légale », ou encore d'« union civile ». Dans la plupart des pays ayant légiféré, on retrouve dans le partenariat enregistré, les principes essentiels du mariage en ce qui concerne leurs conséquences juridiques : c'est vrai pour leurs effets personnels et pour leurs effets pécuniaires. En revanche, le contraste apparaît, très net, en matière de prérogatives parentales : dans certains pays, les couples de même sexe se voient refuser l'adoption conjointe et la procréation assistée ; deux hommes ou deux femmes ne peuvent pas ensemble devenir parents d'un enfant qui leur serait commun.

Depuis une dizaine d'années en France, mais aussi dans plusieurs États européens, l'affirmation des unions de même sexe s'est traduite sur le terrain juridique par la revendication du droit au mariage. En France, c'est par une action présentée comme de « désobéissance civile » : l'union de deux hommes célébrée en juin 2004 par le maire de Bègles, que la question du mariage homosexuel s'est imposée dans le débat public. Les réactions ont été très vives et le mariage annulé¹. La crainte était dans ce cas d'accorder l'accès à la parenté aux couples de même sexe, ce qui remettrait en cause les fondements mêmes de notre droit de la famille².

La question de savoir, si la liberté de se marier peut être reconnue aux homosexuels, ne peut qu'être résolue par référence à la finalité du mariage. S'il est considéré comme la simple union de deux adultes, il paraît difficile de le leur fermer. La réponse est différente si le mariage constitue l'acte fondateur de la famille. La condition de différence de sexe ne peut plus, être justifiée comme assurant la capacité de procréation du couple depuis que rapports sexuels et procréation se sont dissociés avec les techniques d'assistance médicale à la procréation. Pour autant, traditionnellement l'une des fonctions du mariage reste d'accueillir et d'élever les enfants à naître. La question du mariage entre personnes de même sexe est ainsi indissociable de la question de la parenté homosexuelle.

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe sert souvent de motif à l'ouverture de l'adoption. Celle-ci est en effet fréquemment associée au mariage et présentée comme une étape logique, allant de pair et faisant suite, à celui-ci. Si l'on adopte ainsi la ligne de conduite menant à l'ouverture du mariage, en mettant l'accent sur la défense des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination,

il semble en effet logique de poursuivre dans cette voie en faisant de même pour l'adoption. Accorder les mêmes droits à tous les citoyens nécessite, en effet, de supprimer la restriction inscrite à l'égard des couples de même sexe, comme c'est le cas pour le mariage.

L'initiative est venue des États européens, même si très peu d'entre eux ont à ce jour accordé le mariage aux couples de même sexe. Les Pays-Bas tout d'abord, suivis par la Belgique, l'Espagne, la Norvège, la Suède et le Portugal ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe³; les Pays-Bas, l'Espagne et la Norvège leur ont dans le même mouvement ouvert le droit à l'adoption, alors qu'en Belgique et au Portugal, certains n'avaient accepté de voter la loi sur le mariage qu'à condition que celui-ci soit privé de ses effets en matière de filiation et d'adoption pour les couples de même sexe. La situation de la Suède était différente, puisque sa législation était déjà très avancée en matière de parenté homosexuelle. Nous pouvons donc, distinguer deux situations, les États ayant autorisé le « mariage homosexuel » qui n'est pas entièrement équivalent au mariage proprement dit, le « mariage homosexuel » étant expressément « amputé » de toute la partie relative à la filiation, et les États, ayant été aussi loin que possible dans l'indifférenciation entre mariage entre personnes de sexe différent et mariage entre personnes de même sexe.

Les Pays-Bas sont le premier pays au monde à avoir autorisé le mariage homosexuel. Le 1^{er} avril 2001, deux lois du 21 décembre 2000, l'une sur le mariage des personnes de même sexe, l'autre sur l'adoption par deux personnes de même sexe sont entrées en vigueur : deux homosexuels peuvent dé-

¹ Civ. 1^{re} 13 mars 2007, *Dr. fam. avr.* 2007, n° 4, p. 30, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Deffrénois*, 2007, n° 10, p. 781, note J. MASSIP ; *RJPF* mai 2007, n° 5, p. 15, note A. LEBORGNE ; *D.* 2007.1375, H. FULCHIRON. Dans cette affaire, une requête contre la France a été déposée devant la Cour européenne des droits de l'homme le 17 septembre 2007. La Cour européenne a déclaré la requête recevable le 14 avril 2009.

² Sur cette question, V. *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, H. FULCHIRON (ss la direction de), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.

³ D'autres États européens vont se prononcer sur le mariage des personnes de même sexe. En Slovaquie, le parlement a adopté le 9 mars 2010 un projet de loi modifiant le droit familial en vigueur et qui permet notamment d'ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. En Islande, le Parlement doit se prononcer le 27 juin 2010 sur un projet de loi qui propose d'élargir le mariage aux personnes de même sexe. Et enfin, le parlement luxembourgeois a adopté en première lecture le projet de loi légalisant le mariage homosexuel et l'adoption le 23 janvier 2010.

sormais se marier, adopter et élever des enfants. De plus, pour que le mariage soit valablement célébré aux Pays-Bas, il suffit que l'un des époux ait la nationalité néerlandaise ou réside aux Pays-Bas.

Après les Pays-Bas, l'Espagne a ouvert les portes au mariage homosexuel. Votée par les députés le 21 avril 2005, la loi espagnole est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005. Elle garantit aux couples de même sexe les mêmes droits qu'aux couples hétérosexuels, en droit civil comme en droit social ou en matière de nationalité. Par cette loi, l'assemblée nationale espagnole a définitivement entériné une modification du Code civil, qui permet à des conjoints de même sexe de contracter mariage. Ils bénéficient désormais de tous les droits attachés aux unions hétérosexuelles, y compris celui d'adopter des enfants.

Le parlement norvégien, quant à lui, a été le premier pays nordique, à adopter un projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe par 84 voix contre 41, le 11 juin 2008. Sur le modèle de la loi votée par l'Espagne en 2005, la nouvelle loi norvégienne offre aux couples de même sexe les mêmes droits qu'aux couples hétérosexuels, y compris en ce qui concerne la parenté. L'accès à l'adoption, ainsi que, pour les femmes, l'accès à l'assistance médicale à la procréation, leur sont garantis.

À la différence de ces législations, les homosexuels de nationalité belge ou résidant en Belgique ⁴ disposaient, quant à eux, jusqu'en 2005 des mêmes droits que les hétérosexuels en matière de mariage ⁵, à l'exception toutefois des droits liés à l'adoption et à la filiation. Ouvrir l'adoption aux couples de même sexe, semblait, il y a peu de temps encore, irréaliste, voire inconcevable. Pourtant, le 1^{er} décembre 2005, au terme d'un parcours législatif tumultueux, une proposition de loi l'autorisant est votée, marquant ainsi un pas symbolique vers l'acceptation et la reconnaissance de la diversité des formes familiales et des modes de vie actuels, cette loi est entrée en vigueur le 20 avril 2006. Désormais, les homosexuels, mariés ou cohabitant, seront soumis aux mêmes règles que les couples hétérosexuels dans leur parcours d'adoption, tant pour des enfants belges qu'étrangers. En 2010, le Portugal, dernier État à autoriser le mariage des personnes de même sexe, a modifié la définition du mariage dans le Code civil en y supprimant la référence au « sexe différent ». Toutefois, il exclut explicitement les couples homosexuels mariés du droit à l'adoption.

Le 1^{er} avril 2009, la Suède a voté une loi permettant aux homosexuels de choisir de se marier soit à la mairie, soit à l'Église par un vote parlementaire (261 députés pour, 22 contre, 16 absents, 50 absents). Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2009. Si la Suède n'est pas le premier pays à légaliser le mariage homosexuel, c'est le premier à inclure dans la législation l'interdiction de refus du mariage religieux pour les homosexuels. L'église luthérienne (religion majoritaire du pays) soutient cette législation, et a permis aux couples homosexuels de se marier religieusement à l'issue d'un synode sur la question en octobre 2009. Les pasteurs auront toutefois le droit à titre individuel de refuser de célébrer un mariage homosexuel,

mais l'église devra alors être en mesure de trouver un autre prêtre pour la cérémonie. Dans ce pays, la cérémonie religieuse peut tenir lieu d'acte civil. La Suède, déjà pionnière en matière de droit à l'adoption pour les couples homosexuels, devient ainsi l'un des premiers pays au monde à autoriser la célébration de mariages homosexuels au sein d'une église majoritaire.

En Amérique du Nord, deux pays ont légiféré sur le mariage des personnes de même sexe : le Canada qui a évolué vers une reconnaissance totale du mariage et de l'ensemble des droits et devoirs qui y sont attachés ⁶ et les États-Unis, où le mariage homosexuel a été depuis peu rendu possible dans certains États. On assiste depuis quelques mois à ce qui ressemble à une « longue marche » des États-Unis vers le mariage de personnes de même sexe. Cependant suite à un durcissement des positions en faveur de l'interdiction du mariage homosexuel, certaines tentatives ont été annulées, comme ce fut le cas en Californie et dans le Maine. Même si ces exemples incitent à la prudence et relativise ce mouvement ⁷, il faut bien constater qu'une dynamique est en marche en faveur d'une reconnaissance des droits des homosexuels. Le mariage des couples de même sexe reste légal dans six États américains : Connecticut (2008), Massachusetts (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), New Hampshire (2009) et Washington DC (2010).

Dans le monde, à ce jour, huit États ont légalisé le mariage des personnes de même sexe, la plupart d'entre eux sont européens, à l'exception du Canada, qui a la législation la plus permissive en matière de mariage et de filiation, sachant également que certains États des États-Unis autorisent ces mariages. Parallèlement à ces législations européennes et nord-américaines, l'Afrique du Sud, est le premier pays

⁴ Selon l'article 46 al. 2 du Code belge de droit international privé, le droit étranger est « écarté s'il prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou à sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage ». Le texte n'exige qu'une résidence en Belgique de plus de trois mois d'un seul des futurs époux lors de la célébration.

⁵ La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003, *Moniteur belge*, 28 février 2003.

⁶ Le mariage des personnes de même sexe a été entériné au niveau fédéral le 20 juillet 2005, après avoir été admis dans les provinces du Québec et de l'Ontario.

⁷ En mai 2008, la Cour suprême de Californie reconnaît le droit des homosexuels à se marier. Les premiers mariages sont célébrés en juin. Lors des élections américaines du 4 novembre 2008, trois États (la Californie, l'Arizona et la Floride) se prononçaient par référendum en faveur des amendements constitutionnels visant à interdire le mariage homosexuel. Le 3 novembre 2009, ce sont les électeurs du Maine qui annulaient une loi de l'État qui aurait autorisé le mariage homosexuel.

d'Afrique à avoir légalisé les unions de même sexe ⁸ et il ne manque plus, à l'Argentine, que l'accord du Sénat pour qu'un projet de loi autorisant le mariage homosexuel soit voté et que le pays devienne ainsi le premier en Amérique latine à légaliser l'union matrimoniale entre personnes de même sexe⁹. Pour l'instant la ville de Mexico est la seule à autoriser les mariages entre deux personnes du même sexe en Amérique latine. Elle a adopté une réforme en ce sens le 21 décembre 2009.

Avec l'accroissement des États reconnaissant le mariage homosexuel se pose la question de la validité de ce mariage dans les États ne l'ayant pas légalisé. Par exemple, s'agissant des effets en France d'un mariage valablement célébré aux Pays-Bas ou en Belgique entre deux personnes de même sexe conformément à leurs lois nationales, la question s'avère complexe et pour le moment, les juridictions françaises n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet ¹⁰. Le droit français devra-t-il s'aligner sur les législations étrangères les plus permissives et plus particulièrement sur la législation européenne ? Le caractère sensible et polémique d'une telle question explique la difficulté de trouver une solution, solution qui pourrait prendre la forme d'un consensus européen ou d'une réforme législative. De nombreuses propositions de loi ont déjà été déposées en France en vue de reconnaître le mariage des personnes de même sexe ¹¹.

⁸Le Parlement a adopté le 14 novembre 2006, une loi autorisant l'union de deux personnes de même sexe par mariage ou partenariat civil. (*Loi sur les unions civiles* adoptée le 14 novembre 2006, promulguée le 30 novembre 2006. V. J. STACEY, T. MEADOW, « États-Unis/Afrique du Sud. La polygamie au miroir du mariage homosexuel », in V. DESCOUTURES, M. DIGOIX, É. FASSIN, W. RAULT (ss la direction de), *Mariages et homosexualités dans le monde. L'arrangement des normes familiales*, Autrement, 2008, p. 83).

⁹Le 13 novembre 2009, un tribunal de Buenos Aires avait déjà ouvert la voie aux mariages homosexuels dans la capitale argentine en autorisant un couple de deux hommes à se marier, d'autres unions ont été célébrées mais immédiatement annulées par la justice.

¹⁰V. not. M. SCHMITT, « L'incidence en France des lois Belges et Néerlandaises introduisant le mariage homosexuel », *JCP G* n°1, janv. 2004, p. 1006 ; M. REVILLARD, « Le Pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels en DIP », *Deffrénois* 2005, p. 461 ; E. FONGARO, « Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé », *Clunet* 2006, p. 477 ; H. FULCHIRON, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253.

¹¹Une proposition de loi a été déposée le 5 février 2010 visant à ouvrir le droit au mariage à tous les couples sans distinction de sexe ni de genre, proposition n°2290.

Emmanuelle BOUVIER

Docteur en droit

emmanuelle.bouvier@yahoo.fr

Couples de même sexe et homoparentalité

22 janvier 2010, Université Paris VIII

Vincennes-Saint Denis, 607 p.

TABLE RONDE DU CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ

LE JUGE CONSTITUTIONNEL EST-IL UN CONTRE-POUVOIR ?

Lundi 21 juin 2010, au Conseil constitutionnel, de 18 h à 20 h

L'existence même de juridictions constitutionnelles dans de nombreux pays qui ont, chacun, leur mode de désignation, de fonctionnement et de décisions pose inévitablement la question de leur situation face aux autres pouvoirs de l'État. Arrêter une loi pour non-conformité à la Constitution constitue – quelque soit le sujet de la loi – une décision politique qui rejait sur les autres fonctions. Même si elle ne repose que sur de strictes motivations juridiques, nul ne peut empêcher qu'une décision de censure n'ouvre un conflit entre deux pouvoirs. Il convient donc de se montrer spécialement minutieux sur un tel instrument de contrôle et éviter qu'une juridiction se trouve mêlée à une polémique politique dont elle ne ressortirait guère grandie.

Comment la France et certains pays qui l'entourent, ont-ils réglé ces délicats problèmes ? C'est précisément ce que notre Table ronde se propose d'établir.

À cette occasion doivent intervenir : *Allemagne* : Rainer ARNOLD, professeur à l'Université de Regensburg ; *France*, Marc GUILLAUME, secrétaire général du Conseil constitutionnel ; *Italie* : Gustavo ZAGREBELSKI, professeur à l'Université de Turin, ancien président de la Cour constitutionnelle Italienne ; *U.S.A.* : Elisabeth ZOLLER, professeur à l'Université de Paris II.

Si cette manifestation vous intéresse contactez Aliette Voinnesson



Centre français de droit comparé

28 rue Saint-GUILLAUME
75007 Paris

Téléphone : 33 01 44 39 86 29
Fax : 33 01 44 39 86 28
www.centrefdc.org

CONTACT:

ALIETTE VOINNESSON
cfdc@legiscompare.com

ANNONCES

PRIX DE THÈSE ET DE MÉMOIRE 2009-2010 du CFDC

Deux prix sont offerts chaque année par le Centre français de droit comparé pour récompenser des études de droit comparé ou de droit étranger. Des mentions, qui ne donnent pas lieu à une récompense pécuniaire, sont également accordées.

Le prix de thèse est destiné à récompenser la meilleure thèse de droit étranger ou de droit comparé soutenue ou imprimée durant l'année universitaire précédente.

Le prix de mémoire récompense le meilleur mémoire soutenu durant l'année universitaire précédente.

Les candidats doivent adresser pour le **1er novembre 2010** pour les thèses soutenues entre le 1^{er} novembre 2009 et le 30 septembre 2010, un exemplaire de leur étude accompagné d'une lettre de motivation, d'un curriculum vitae et du rapport de soutenance.

Les auteurs d'études publiées ou qui, après récompense par le Centre, viendraient à être publiés, sont tenus de faire hommage d'un exemplaire à la bibliothèque du Centre.

Les prix peuvent, exceptionnellement, être divisés. Ils peuvent aussi n'être pas attribués.

Seuls peuvent être récompensés des travaux de langue française.

BRÈVES

Société de législation comparée

Collection Centre français de droit comparé

Vol. 13 : L'administrateur indépendant

Colloque du 11 décembre 2009

avril 2010, 202 p.

ISBN : 978-2-908199-84-0 28 €

Travaux de l'Association Henri Capitant La Concurrence – Journées Marocaines tome LVI/2006

avril 2010, 1010 p.

ISBN 978-2-908199-84-0 48€

Collection « UMR de droit comparé de Paris »

vol. 19: Cour de justice et justice pénale en Europe

sous dir. G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda.

février 2010, 323 p.

ISBN : 978-2-908199-73-4, 42€

Dernières publications

vol. 20: Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?

sous dir. E. Lambert-Abdelgawad et K. Chenut
mai 2010, 334 p.

ISBN : 978-2-908199-83-3 42€

Revue internationale de droit comparé n° 2-2010 :

Études de droit contemporain

Rapports français au 18e Congrès international de droit comparé, Washington DC, 25-31 juillet 2010, juin 2010

Pour toute commande s'adresser à la
Société de législation comparée
Luisa Bouchibi : Fax: 33 (0)1 44 39 86 28
E-mail: bouchibi@legiscompare.com
www.legiscompare.com