



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law

29

ISDC's Letter

Juillet 2011

Edition: **Lukas Heckendorn Urscheler, Alfredo Santos.**

Contributeurs: **Alberto Aronovitz, Karen Topaz Druckman, Anne Marit Mann, Alfredo Santos.**

Sommaire

- Droit de la famille et des personnes
- Droit des successions
- Droit des consommateurs
- Droit des sociétés
- Droit de la responsabilité civile
- Droit de l'environnement
- Droit de l'homme
- Droit pénal
- Droit public
- Droit procédural
- Droit professionnel
- Droit international privé

Actualités de l'Institut

- Publications
- Agenda

Information

Pour être personnellement informé de la parution de l'ISDC's Letter, merci d'adresser un e-mail à : **Marie Papeil**.

Les liens Internet proposés dans l'ISDC's Letter sont actifs à la date de sa publication, nous ne garantissons pas leur pérennité.

Dorigny - CH-1015 Lausanne
Tél. +41 (0)21 692 49 11
Fax +41 (0)21 692 49 49
www.isdc.ch

Editorial

Chères amies et chers amis de l'Institut

Le présent numéro contient des informations provenant de différentes juridictions sur des développements récents. Il convient, en particulier, de relever le droit de la famille ; un domaine qui paraît être en transformation dans plusieurs pays, et cela en raison de l'avancement dans la recherche dans le secteur médical ainsi que d'un changement des mentalités.

L'un des effets des développements médicaux concerne les transsexuels. Dans ce sens, la modification dans le registre civil concernant ceux-ci a fait l'objet d'une décision de la Cour constitutionnelle allemande et de l'adoption d'une loi au Portugal.

Un autre reflet des possibilités médicales récentes est la décision, aux Etats-Unis, selon laquelle un enfant conçu par fécondation *in vitro* (avec l'ovocyte de l'épouse et les spermatozoïdes de l'époux), mais dont l'implantation a eu lieu chez l'épouse sept ans après le décès de l'époux, n'est pas considéré comme un héritier légal.

Concernant le statut des homosexuels, qui est reconnu de plus en plus amplement, l'union stable de droit brésilien est autorisée aussi pour les couples homosexuels selon le Tribunal suprême fédéral du Brésil. En France, la jurisprudence a été confrontée à un autre aspect des rapports dans les couples homosexuels. En effet, la Cour de cassation a jugé que l'adoption du concubin dans le but d'éviter les normes sur les successions et les donations entre les vifs n'était pas permise.

Dernier développement notable en droit de la famille, cette fois probablement en raison des flux migratoires, est l'adaptation en Ecosse d'une loi sur la prévention des mariages forcés.

Nous avons aussi le plaisir de vous informer que les 21 et 22 octobre 2011 aura lieu à l'Institut une conférence sur : **The Concept of « Law » in the Context: Comparative Law, Legal Philosophy, and Social Science - Programme**

Enfin, toute personne intéressée à nouer des liens avec des chercheurs chinois dans le domaine du droit pénal est invitée à se rendre à l'Institut, le 19 août 2011. Une information plus large sera disponible sur notre site web (www.isdc.ch).

Les éditeurs

Sommaire

Droit de la famille et des personnes

Allemagne

Etat civil – transsexuel

Das Bundesverfassungsgericht (1 BvR 3295/7) hat entschieden, dass die Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung der Änderung des Geschlechts von Transsexuellen nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 Transsexuellengesetz verfassungswidrig ist. Sie setzt neben der Tatsache, dass eine Person sich dem anderen Geschlecht zugehörig fühlt und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, auch voraus, dass die Person dauernd fortpflanzungsunfähig ist und sich einem die äusseren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat.

Im vom Gericht zu entscheidenden Fall war die Beschwerdeführerin mit männlichen äusseren Geschlechtsmerkmalen geboren, empfand sich jedoch als weiblich und lebte in einer homosexuellen Partnerschaft mit einer Frau. Da sie darauf verzichtet hatte, sich einer Operation zu unterziehen, galt sie personenstandsrechtlich weiterhin als männlich, auch wenn sie von der im Transsexuellengesetz vorgesehenen Möglichkeit, ihren Vornamen zu ändern, Gebrauch gemacht hatte. Dies führte jedoch dazu, dass sie mit ihrer homosexuellen Partnerin nicht in eine eingetragene Lebenspartnerschaft eintreten konnte, die nur gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht. Eine Eheschliessung, die dem Paar möglich gewesen wäre, lehnten sie ab, da es aufgrund des weiblichen Vornamens der Beschwerdeführerin offensichtlich sei, dass eine der beiden Partnerinnen transsexuell sei. Das Bundesverfassungsgericht folgerte, dass es gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Form als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verstosse, als Transsexueller mit gleichgeschlechtlicher Orientierung zur rechtlichen Absicherung einer Partnerschaft entweder die Ehe eingehen zu müssen oder aber sich geschlechtsän-

dernden und die Zeugungsunfähigkeit herbeiführenden operativen Eingriffen unterziehen zu müssen, um personenrechtlich im empfundenen Geschlecht anerkannt zu werden und damit eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen zu können.

Brésil

Union stable – couple homosexuel

Le 4 mai 2011, le **Tribunal suprême fédéral du Brésil** a jugé que l'article 1723 du **Code civil brésilien** qui reconnaît l'union stable entre un homme et une femme doit s'appliquer également aux unions stables homosexuelles (*união estável para casais do mesmo sexo* ou *união homoafetiva*). La Cour a souligné que l'article 3 al. IV de la **Constitution fédérale du Brésil** interdit toute discrimination sur la base du sexe.

Israël

Adoption – révocation du consentement

En 2004, une mère a remis son enfant aux autorités en déclarant qu'elle n'était pas en mesure de s'en occuper à cause de son addiction aux drogues. Les autorités ont, par la suite, ouvert une procédure d'adoption pour cet enfant. Le 14 avril 2011, le Tribunal suprême d'Israël a analysé, dans le cadre d'une procédure exceptionnelle de réexamen (le tribunal a tenu audience dans une composition de neuf juges), la demande en annulation du consentement à l'adoption de l'enfant donné par sa mère. Dans la procédure la mère a invoqué le fait qu'elle n'avait plus de problèmes d'addiction aux drogues et par conséquent qu'elle était en mesure de s'occuper convenablement de son enfant.

Le Tribunal a admis les arguments de la mère et révoqué son consentement à l'adoption de son enfant. Le Tribunal a souligné en particulier que la capacité d'un parent à s'occuper de son enfant doit être évaluée en regardant vers l'avenir et non vers le passé.

Source : **News1** (en hébreu)

France

Registre civil – changement de prénom

La Cour de Cassation dans un arrêt du 23 mars (première chambre civile, pourvoi n° 10-16.761) a jugé qu'une personne française ayant une double nationalité avait un intérêt légitime à changer de prénom (art. 60 du Code civil) découlant du seul fait de l'autorisation du ministère de l'intérieur du pays dont le demandeur a la double nationalité.

Divorce – déclarations des enfants

Dans un arrêt rendu le 4 mai 2011, la Cour de cassation (première chambre civile, pourvoi n° 10-30.706) a jugé que les déclarations faites aux policiers par un enfant ne peuvent pas être retenues dans une procédure en divorce, car elles violent le principe selon lequel les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux (art. 259 du Code civil)

Impossibilité – Adoption – Concubin

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 4 mai 2011 (première chambre civile, pourvoi n° 10-13.996) précisé que l'adoption simple a pour objet, non pas de renforcer des liens d'affection ou d'amitié entre deux personnes ayant de relations sexuelles, mais de consacrer un rapport filial et en aucun cas elle ne doit permettre de contourner les règles civiles régissant les donations entre vifs.

Grande Bretagne – Ecosse

Mariages forcés

Le Parlement écossais a adopté le **Forced Marriage etc. (Protection and Jurisdiction)(Scotland) Act 2011**. Cette loi a pour champ d'application la prévention de mariages forcés et la protection des victimes de tels mariages.

Portugal

Registre civil – changement de sexe

La Loi n° 7/2011 du 15 mars 2011 (**Diário da República, 1.a série – N.º52 – 15 de Março de 2011**)

établit la procédure de changement de sexe et de nom auprès du registre civil et modifie le Code du registre civil. Cette procédure est ouverte aux nationaux portugais, majeurs non interdits ou qui ne sont pas incapables pour des raisons psychiatriques.

USA

Fécondation in vitro – enfant survivant

La Cour d'appel du 4^{ème} Circuit fédéral (**Schafer v. Astrue**) a jugé qu'un enfant conçu par fécondation *in vitro* (avec l'ovocyte de la mère et les spermatozoïdes du père), dont l'implantation chez la femme et la naissance de l'enfant ont eu lieu sept ans après le décès du mari, n'est pas considéré comme «enfant survivant» de ce dernier au sens de la législation donnant droit à une rente d'orphelin de la Sécurité sociale (*Social Security*). La décision se base sur le fait que cet enfant n'est pas considéré comme héritier selon les normes de la succession *ab intestat* du domicile du défunt. Cette décision est contraire à la jurisprudence des Cours d'appel des 3^e et 9^e Circuits.

Mariage homosexuel – constitutionnalité

Un tribunal des faillites de l'Etat de Californie dans l'affaire **Balas and Morales** a déclaré inconstitutionnelle la loi fédérale **Defense of Marriage Act**. Cette dernière fournit une définition du mariage comme étant uniquement une union entre deux personnes de sexes différents. L'affaire en question concernait un couple d'homosexuels mariés selon le droit en vigueur dans cet Etat (à partir de 2008 le mariage homosexuel n'est plus autorisé), ce dernier a déposé une demande conjointe de protection suivant la loi applicable aux couples mariés. Le représentant du Département de justice a soutenu que la demande devait être rejetée en invoquant que la loi fédérale interdisait au tribunal de reconnaître ledit mariage. Le jugement du tribunal se base sur l'absence de base légale de la loi fédérale. Cependant, et pour le moins inhabituel, la décision de ce tribunal de première instance a été cosignée par 19 juges du *U.S. Bankruptcy Court for the Central District of California*.

Droit des successions

France

Testament authentique – validité

Par un arrêt rendu le 29 juin 2011, la Cour de cassation (première chambre civile, pourvoi n° 10-17.168) énonce qu'il résulte des articles 971-972 du Code civil que le testament authentique est nul si le testateur ne l'a pas dicté au notaire en présence de témoins. Dans le cas d'espèce, le notaire avait préparé un projet de testament, la testatrice avait fait part de vive voix de ses dernières volontés. Le notaire a relu le testament devant la testatrice et deux témoins. La Cour d'appel d'Amiens a admis que les conditions des articles précités étaient remplies. Cependant, la Cour de cassation a jugé que cette dernière n'avait pas constaté que le notaire avait, en présence de témoins et sous la dictée de la testatrice, transcrit les volontés de celle-ci et par conséquent la Cour d'appel d'Amiens avait violé les articles 971-972 du Code civil.

Droit des consommateurs

Espagne

Crédit à la consommation

La Loi 16/2011 du 24 juin 2011 sur les contrats de crédit à la consommation a été publiée dans le journal officiel (**BOE, Núm. 151, Sec. I. Pág. 68179**). Cette loi incorpore dans l'ordre juridique interne la Directive 2008/48/CE.

Israël

Projet de loi – consommateurs – produits – certificat de garantie

Un projet de loi a été présenté au Parlement (Knesset) qui prévoit la substitution du certificat de garantie courant par une vignette autocollante (dont les caractéristiques de forme et qualité seront

réglementées) qui sera posée sur chaque produit en guise de garantie. La vignette autocollante signalera la date de la fin de la garantie. Le Ministère de l'industrie publiera une liste de produits qui ne seront pas soumis à l'obligation de porter la dite vignette. En outre, le projet de loi prévoit des sanctions pécuniaires en cas de non respect de l'obligation de coller la vignette de garantie.

Source : **News1** (en hébreu)

Droit des sociétés

Portugal

Capital social

Le Décret-loi n° 33/2011 du 7 mars 2011 a été publié dans le journal officiel (**Diário da República, 1.a série – N.º46 – 7 de Março de 2011**). Ce décret porte modification du Code des sociétés commerciales. En particulier, il prévoit que le capital social peut être fixé librement dans le contrat de société qui doit correspondre au montant souscrit par les actionnaires (art. 201). Le capital social peut être libéré jusqu'au terme du premier exercice comptable (art. 26 et 202).

Droit de la responsabilité civile

Espagne

Dommages nucléaires

Le Parlement a adopté la Loi 12/2011 du 27 mai 2011 sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires ou produits par des matériaux radioactifs (**BOE, Núm. 127, Sec. I. Pág. 52951**). Cette loi prévoit que l'exploitant d'une installation nucléaire sera responsable des dommages nucléaires définis par celle-ci lors du stockage, de la transformation, de la manipulation, de l'utilisation sous n'importe quelle forme ou le transport de substances nucléaires. Cette responsabilité est indépendante du dol ou de la faute, mais limitée au montant figurant dans la loi.

Droit de l'environnement

Espagne

Développement durable

La Loi 2/2011 du 4 mars 2011 sur le développement durable a été publiée dans le journal officiel (**BOE, Núm. 55, Sec. I. Pág. 25051**). Cette normative a pour but d'introduire dans l'ordre juridique les réformes structurelles nécessaires afin de créer les conditions qui favorisent un développement économique durable et de fixer aux autorités publiques les principes qu'elles doivent suivre dans ce domaine.

Droits de l'homme

France

Article 8 CEDH – filiation biologique

La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme (affaire n° **19535/08**) pour violation du respect de la vie privée et familiale, tel que prévu (art. 8 de la Convention). Dans le cas d'espèce les autorités françaises avaient refusé à un homme d'établir sa véritable filiation à l'égard de son père biologique.

Droit pénal

Espagne

Corruption

L'instrument de ratification du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg 15 mai 2003) a été publié dans le journal officiel (**BOE, Núm. 127, Sec. I. Pág. 52951**).

France

Non motivation – arrêts d'assises

Le Conseil constitutionnel dans une décision du 1^{er} avril 2011 (n° **2011-113/115 QPC**) a jugé que les articles 349, 350, 353 et 357 du Code de procédure pénale étaient conformes à la Constitution. Le Conseil a rappelé en particulier : *que les dispositions particulières prévues par le chapitre VI du titre Ier du livre II du Code de procédure pénale soumettent les débats de la cour d'assises aux principes d'oralité et de continuité; que ces principes imposent que les preuves et les moyens de défense soient produits et discutés oralement au cours des débats; qu'il ressort des articles 317 et suivants du Code de procédure pénale que l'accusé assiste personnellement aux débats et bénéficie de l'assistance d'un défenseur; que l'article 347 interdit qu'en cours de délibéré, le dossier de la procédure soit consulté par la Cour d'assises hors la présence du Ministère public et des avocats de l'accusé et de la partie civile; qu'en outre, les magistrats et les jurés délibèrent ensemble immédiatement après la fin des débats; qu'ainsi, ces dispositions assurent que les magistrats et les jurés ne forgent leur conviction que sur les seuls éléments de preuve et les arguments contradictoirement débattus. En outre, la cour d'assises doit impérativement statuer sur les questions posées conformément au dispositif de la décision de renvoi dont l'article 327 du Code de procédure pénale prescrit la lecture à l'ouverture des débats; que l'article 348 prévoit qu'après avoir déclaré les débats terminés, le Président donne lecture des questions auxquelles la cour et le jury doivent répondre; que l'article 349 impose que chaque fait spécifié dans la décision de mise en accusation ainsi que chaque circonstance ou chaque cause légale d'exemption ou de diminution de peine invoquée fassent l'objet d'une question; que des questions spéciales ou subsidiaires peuvent, en outre, être posées à l'initiative du Président ou à la demande du Ministère public ou d'une partie; que l'accusé peut ainsi demander que la liste des questions posées soit complétée afin que la Cour d'assises se prononce spécialement sur un élément de fait discuté pendant les débats.*

Droit public

Allemagne

Nationalité

Ein in Indien geborenes Kind einer indischen Leihmutter hat auch dann keinen Anspruch auf einen deutschen Reisepass, wenn es biologisch nachweislich von einem deutschen Staatsangehörigen abstammt. So entschied das Verwaltungsgericht Berlin am 15.04.2011 (**VG 23 L 79.11**) in einem Eilrechtsverfahren. Denn schon Zweifel an der deutschen Staatsangehörigkeit genügte, um einen Reisepass zu verweigern. Dabei reiche es für die Verweigerung des Reisepasses bereits aus, dass Zweifel daran bestehen, ob die biologische Mutter, die deutsche Staatsangehörige ist, das Kind geboren hat und damit gemäss § 1591 BGB seine Mutter ist. Im vorliegenden Fall war die Frau zum Zeitpunkt der Geburt 55 Jahre alt, was eine Mutterschaft nach Ansicht des Gerichts zwar nicht unmöglich, aber sehr unwahrscheinlich erscheinen lässt. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass das Kind nicht in einer Geburtsklinik, sondern in einem Fruchtbarkeitszentrum geboren wurde, das sich ausweislich seiner Homepage unter anderem auf die Vermittlung von Leihmüttern spezialisiert hat, sieht das Gericht die ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Antragsteller von einer – vermutlich indischen – Leihmutter zur Welt gebracht wurde. Als Vater eines in einer Ehe geborenen Kindes sei dabei sowohl nach indischem als auch nach deutschem Recht der Ehemann der Leihmutter anzusehen; die biologische Vaterschaft sei dabei unerheblich.

Espagne

Loterías – jeux de hasard

La Loi 13/2011 du 27 mai 2011 sur les jeux de hasard a été publiée dans le journal officiel (**BOE, Núm. 127, Sec. I. Pág. 52976**). Cette loi a pour but de régler les activités de jeux de hasard dans ses différentes formes (y compris celles réalisées au moyen de canaux électroniques, informatiques, télématiques et interactifs) qui se déroulent sur le territoire national, ceci afin de garantir l'ordre public, la lutte contre la fraude et prévenir des com-

portement compulsifs. La loi s'applique également aux jeux de hasard transfrontaliers proposés par des personnes physiques ou morales localisées à l'étranger.

Droit procédural

Espagne

Arbitrage

La Loi 11/2011 du 20 mai 2011 portant modification de la Loi 60/2003 du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage et la réglementation de l'arbitrage institutionnel dans l'Administration générale de l'Etat a été publiée dans le journal officiel (**BOE, Núm. 121, Sec. I. Pág. 50797**). Cette modification introduit la possibilité pour les sociétés de capitaux d'inclure dans leurs statuts une clause permettant de soumettre les accords sociétaires à l'arbitrage. Cette loi modifie en outre, l'article 955 de la Loi de procédure civile qui concerne la reconnaissance et l'exécution de jugements sentences arbitrales étrangers. En complément à la modification de la loi sur l'arbitrage, le Parlement a adopté la Loi organique 5/2011 du 20 mai 2011 (**BOE, Núm. 121, Sec. I. Pág. 50795**) qui modifie en particulier l'article 85 de la Loi organique 6/1985 sur le pouvoir judiciaire concernant la reconnaissance des jugements et sentences arbitrales étrangers.

Droit professionnel

USA

Avocat déontologie

Le Barreau de New York a publié une décision (**New York State Bar Ass'n Comm. on Professional Ethics, Op. 858**) selon laquelle un contrat de travail d'un juriste d'entreprise peut interdire à celui-ci de divulguer certaines informations confidentielles après résiliation dudit contrat à condition que le contrat ne prévoie pas une interdiction faisant obstacle à ce juriste d'exercer sa profession ailleurs. La clause en question est la suivante: *"If I am a licensed attorney, this confidentiality provision is not meant to restrict*

my right to practice law, after I cease to be an employee, in violation of the applicable rules of professional conduct (such as Rule 5.6 or its equivalent), and the confidentiality provision shall be interpreted to be consistent with all such rules. The confidentiality provision shall not expand the scope of my duty to maintain privileged or confidential information under Rule 1.6, Rule 1.9, or other applicable rules of professional conduct”.

Droit international privé

France

Divorce – droit applicable

Dans son arrêt du 1^{er} juin 2011, la Cour de cassation (première chambre civile, pourvoi n° 10-16.482) a rappelé que vu le texte de l’article 3 du Code civil, il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre la règle de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle. Les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des époux; dans le cas d’un mariage franco-togolais, le juge doit rechercher outre la loi française, le droit togolais afin d’apprécier le consentement du conjoint togolais.

Actualités de l’Institut

Publications

Va paraître pendant l’été :

Yearbook of Private International Law, Volume XII.

Agenda

The Concept of « Law » in the Context: Comparative Law, Legal Philosophy, and Social Science

21 & 22 October 2011 - **Programme**