



LE DROIT COMPARE DE L'HOMOPARENTALITE¹ (SITUATION DES AUTRES PAYS OCCIDENTAUX)

En examinant les législations voisines, on s'aperçoit que la France est très frileuse en ce qui concerne l'homoparentalité

1- homoconjugalités en droit comparé :

Le mariage civil permet de conférer une stabilité et une reconnaissance sociale au couple homosexuel . L'ouverture du mariage permettrait en outre l'adoption plénière des enfants du parent légal par le second parent . Différents pays occidentaux ont récemment fait évoluer leurs législations en matière de mariage et d'adoption par les couples homosexuels. (les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne et le Canada et en en dernier lieu le Royaume-Uni , outre certains états des Etats-Unis autorisent le mariage civil : Massachussets , Hawai , Alaska ,le Vermont autorise l'Union civile).

Selon le rapport de la Mission Parlementaire sur la Famille du 26 janvier 2006 , deux cours suprêmes étrangères se sont récemment prononcées en faveur de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe au nom de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle : la Cour suprême du Canada et la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud.

Au Canada, les cours d'appels de huit provinces ou territoires : Dans l'ordre chronologique : Ontario (juillet 2002), Québec (septembre 2002), Colombie Britannique (mai2003), Yukon (juillet 2004), Manitoba (septembre 2004), Nouvelle-Écosse (septembre 2004), Saskatchewan(novembre 2004), et Terre-Neuve-et-Labrador (décembre 2004), sur les treize entités que compte la fédération, ont statué que le droit à l'égalité sans discrimination exigeait une égalité d'accès au mariage civil pour les conjoints de même sexe, considérant toutes que l'interdiction du mariage entre deux personnes du même sexe, fondée sur la définition du mariage retenue par la *commom law* constituait une violation de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui a valeur constitutionnelle et interdit toutes les discriminations (Cette définition figure notamment dans l'arrêt de 1866 *Hyde contre Hyde* : « *le mariage, tel que le conçoit la chrétienté, peut à cette fin être défini comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne* »).

¹ Document élaboré en Janvier 2005. Depuis l'ensemble des législations des différents pays peuvent avoir évoluées.

Les textes ou informations de nature juridique présentés ici le sont à titre informatif et malgré le soin apporté à leur reproduction et leur mise à jour, nous ne pouvons garantir ni leur parfaite exactitude ni leur validité.

De même, les opinions, conseils ou éventuelles recommandations formulées dans ces pages ne sont que le reflet de leur(s) auteur(s) et ne sauraient engager la responsabilité de l'APGL en tant que personne morale.

Interrogée par le Gouvernement fédéral sur un projet de loi visant à définir le mariage civil comme « *l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne* », la Cour suprême du Canada a estimé que ce projet de loi non seulement n'était pas contraire à la Constitution, mais qu'au contraire il la renforçait et garantissait les droits qu'elle reconnaissait. Elle a en revanche refusé de répondre à la question qui lui était posée sur la conformité de la définition traditionnelle du mariage à la Charte des droits et libertés au motif, notamment, que cela pourrait compromettre le but visé par le Gouvernement d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada et que cela pourrait créer une confusion juridique à l'égard des décisions déjà rendues par les juridictions inférieures. La nouvelle loi sur le mariage civil a été définitivement adoptée le 20 juillet 2005.

La Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud est allée plus loin. Dans une décision rendue le 30 novembre 2004 sur l'affaire *Fourie and another versus minister of home affairs and others*, elle a affirmé que la définition du mariage comme acte unissant « *un homme et une femme* » est contraire à la Constitution sud-africaine et que, pour être conforme à celle-ci, le mariage doit dorénavant être défini comme « *l'union de deux personnes* », sans référence à la différence de sexe.

Le Gouvernement ayant fait appel de cette décision devant la Cour constitutionnelle, celle-ci s'est prononcée le 1er décembre 2005 en faveur du mariage de personnes de même sexe et a donné un an au Parlement pour modifier la définition légale du mariage, la définition actuelle étant jugée « *incompatible avec la Constitution et non valide dans la mesure où elle ne permet pas aux couples de même sexe de bénéficier du statut, des avantages, ainsi que des responsabilités, qu'elle accorde aux couples hétérosexuels* ».

En outre, **trois États fédérés des États-Unis** permettent le mariage entre personnes du même sexe : c'est le cas d'Hawaï et de l'Alaska, depuis 2001, à la suite de décisions de leurs cours de justice respectives, et du Massachusetts, depuis un arrêt de la Cour suprême de cet État du 4 février 2004. Celle-ci a estimé que « *l'interdiction du mariage civil faite aux couples du même sexe est anticonstitutionnelle car elle les prive des mêmes protections civiles que celles dont bénéficient les couples hétérosexuels* ». Elle a accordé cent quatre-vingts jours au législateur pour modifier les lois sur le mariage ; ce délai passé, le mariage entre personnes du même sexe est devenu possible dans l'État.

4 000 mariages entre personnes de même sexe ont aussi été célébrés à **San Francisco** entre février et mars 2004, avant d'être annulés par la Cour suprême de Californie en août 2004 au motif que le droit californien ne les permettait pas. Le 6 septembre 2005, le Parlement local de cet État a adopté, à une courte majorité, un projet de loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe, sur lequel le Gouverneur a exercé son veto.

Sans y être poussés par des décisions de justice, quatre pays européens, ont, avant l'adoption de la loi canadienne autorisé le mariage entre personnes du même sexe (Dans les faits, à la suite des décisions de plusieurs cours provinciales, des mariages civils entre personnes de même sexe étaient déjà célébrés avant l'adoption de la nouvelle

définition du mariage : ainsi, entre 2003 et l'été 2005, plus de 1 500 couples de personnes de même sexe, dont 500 couples venus des États-Unis, se sont mariés en Ontario ; leur nombre serait de l'ordre de 5 000 pour l'ensemble du Canada.).

Il s'agit des **Pays-Bas**, depuis le 1er avril 2001, de la **Belgique**, depuis le 1er juin 2003, et de l'**Espagne**, qui a adopté le 30 juin 2005 la loi supprimant du code civil la condition de différence de sexe entre les époux. Aux Pays-Bas et en Belgique, les conséquences du mariage entre personnes du même sexe sont semblables à celles du mariage traditionnel sauf pour ce qui est des questions de filiation, même si, dans ces deux pays, l'adoption conjointe d'un enfant a été finalement autorisée à tous les couples mariés (La loi belge a récemment été modifiée en ce sens. En revanche, il n'existe, ni en Belgique ni aux Pays-Bas de présomption de « parentalité » au sein des couples de même sexe.). En Espagne comme au Canada, les droits et obligations induits par le mariage sont identiques que les couples soient du même sexe ou de sexe différent, y compris en matière de filiation.

Il faut y ajouter la **Grande Bretagne** dont loi sur le « civil partnership » (quasi identique au mariage) est entrée en vigueur le 5 décembre 2005 .

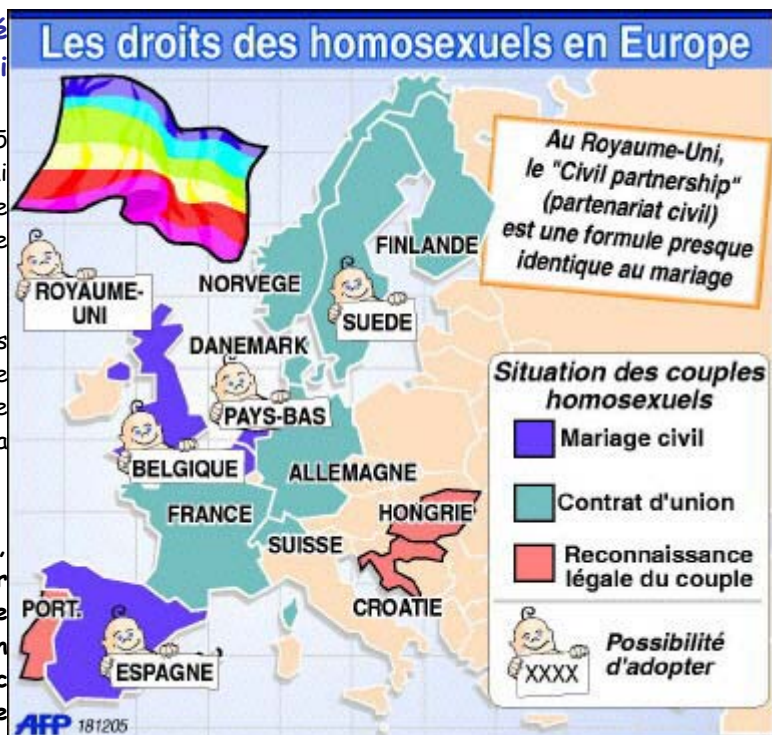
Le mariage homosexuel est entré en vigueur au Royaume-Uni

Cette loi, entrée en vigueur le 5 décembre 2005, prévoyait un délai d'attente de deux semaines avant que les premiers mariages puissent être célébrés.

La loi ne présente que deux petites différences avec le mariage hétérosexuel, à savoir l'absence de devoir de "consommer" l'union et la simplification de la cérémonie.

Elle prévoit également la possibilité, lors d'une future révision, de donner aux couples homosexuels le même accès aux techniques de fécondation que les couples hétérosexuels, avec notamment la reconnaissance automatique de la parentalité pour les deux pères ou les deux mères.

Cette évolution pourrait être rapide, un tribunal britannique ayant récemment reconnu la paternité conjointe de deux hommes sur leurs enfants nés de mères pour autrui aux Etats-Unis. Le Royaume-Uni est le cinquième pays au monde à autoriser le mariage homosexuel, après les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne et le Canada.



2- adoption par un couple de même sexe :

Les Pays-Bas depuis avril 2001 et la Suède depuis juin 2002, ainsi que la région de Navarre (Espagne) depuis juillet 2000 permettent l'adoption par un couple de même sexe . Il en est de même de l'Espagne dans son ensemble depuis 2005 . En Grande-Bretagne, la Chambre des Lords a adopté, le 5 novembre 2002, un amendement à la loi sur l'adoption qui permet aux couples non mariés, y compris homosexuels, d'avoir accès à l'adoption.

Outre-Atlantique, l'adoption par un couple de même sexe est possible dans certains États américains tels la Californie , le New Jersey, le Vermont ou le Connecticut. Une telle adoption est également possible au Québec depuis juin 2002.

3- adoption par le second parent :

Le Danemark et les Pays-Bas autorisent explicitement l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de son père ou de sa mère. L'Allemagne, la Belgique, le Royaume Unis et l'Espagne permettent aux homosexuels d'adopter les enfants de leur partenaire.

L'adoption par le second parent est possible dans une vingtaine d'États des États-Unis : New Jersey, New York, Vermont, Colorado, Massachusetts, Illinois, Minnesota, Washington, Pennsylvanie, Californie, Alaska, Oregon, district de Colombie, et au Canada : Colombie-Britannique, Ontario, Québec, Nouvelle-Écosse, Alberta.

Au Québec, le législateur a prévu des règles de filiation pour les enfants adoptés par deux personnes de même sexe ou issus par PMA d'un projet parental entre conjoints de même sexe ou de sexe différent (cf . Annexe II) .

4- exercice de l'autorité parentale/ parentalité sociale :

Les Pays-Bas, l'Angleterre et le Pays de Galles, l'Allemagne, la Finlande, la Norvège permettent à un couple de même sexe l'exercice commun de l'autorité parentale.

Aux Pays-Bas, le partage de l'autorité parentale est automatique dans le cas de deux homosexuelles vivant en couple lorsque l'une d'elles aura donné naissance à un enfant qui, juridiquement, n'aura pas de père.

Au Royaume-Uni, le *Children Act* fondé sur la «responsabilité parentale» donne au beau-parent qui s'occupe quotidiennement d'un enfant depuis deux ans des droits et des devoirs sans remettre en cause ceux des deux parents légaux.

5- Insémination artificielle avec donneur connu (IAC) ou inconnu (IAD) :

En générale, les lois étrangères ne précisent pas à quelles types de femmes s'adressent ces techniques et ce sont soit les ordres professionnels, soit directement les établissements spécialisés qui décident. Dans les faits, contrairement à la France, il y a toujours une possibilité pour un couple d'homosexuelles d'avoir recours à ces techniques (à l'exception du Portugal cependant), dans la mesure où son projet parental est sérieux et cohérent.

Selon le rapport de la Mission Parlementaire de la Famille du 26 janvier 2006 , l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) est déjà ouvert aux femmes seules ou en couple de même sexe au Royaume-Uni, en Belgique, aux Pays-Bas, en Espagne, au Canada. Au Québec, lorsqu'un enfant naît d'une procréation médicalement assistée avec donneur dans un couple de femmes, les deux femmes peuvent figurer dans son acte de naissance en tant que mères. Au Canada et en Espagne, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe s'est accompagnée de l'extension de la présomption de « parentalité » à la conjointe de la mère biologique. Aux Pays-Bas, lorsqu'un enfant naît au sein d'un couple de femmes mariées ou en partenariat enregistré, la compagne de la mère partage automatiquement l'autorité parentale, si le père de l'enfant ne l'a pas reconnu.

La récente loi britannique sur le partenariat civil entrée en vigueur le 5 décembre 2005 prévoit également la possibilité, lors d'une future révision, de donner aux couples homosexuels le même accès aux techniques de fécondation que les couples hétérosexuels, avec notamment la reconnaissance automatique de la parentalité pour les deux pères ou les deux mères.

En Belgique, aux Pays-Bas et au Portugal, en l'absence de disposition législative explicite, ce sont les établissements spécialisés qui déterminent les bénéficiaires de ces techniques procréatives :

Les pratiques belges et néerlandaises, assez libérales, contrastent avec celles des établissements portugais, qui n'admettent pas que les homosexuelles recourent à l'assistance médicale à la procréation.

Des **insémination avec donneur connu (IAC)** sont actuellement couramment pratiquées à l'étranger, notamment en Belgique , aux Pays-Bas . L'expérience suédoise montre que cela aurait d'abord entraîné une baisse des dons , puis cela a remonté .

Aux Pays-Bas et sous certaines conditions, il peut être demandé que soit conservé l'identité du donneur pour permettre ensuite à l'enfant de demander de savoir qui est le "père génétique" et d'avoir accès à cette information si le géniteur ne s'y oppose pas : c'est le système du **donneur « semi anonyme »** ...

En Grande Bretagne , il y a anonymat du don , mais à la majorité l'enfant peut demander à accéder au dossier . En Angleterre et au Pays de Galles , la loi n'empêche pas les homosexuelles de recourir à l'assistance médicale à la procréation ;:

La loi de 1990 relative à la fécondation et à l'embryologie humaines ne précisent pas à quelles femmes s'adressent ces techniques. Elle laisse aux établissements agréés la décision de faire éventuellement bénéficier les femmes homosexuelles d'une assistance médicale à la procréation, et ce en fonction du sérieux du projet parental et de la qualité de l'entourage de la mère,

En Nouvelle Zélande , il y a le **système de « double gate »** : possibilité pour les couples demandeurs de recourir à des gamètes d'origine connue ou inconnue , et possibilité de faire un don anonyme ou non pour les donneurs . A la majorité l'enfant peut demander à accéder au dossier .

En France , le rapport de la Mission Parlementaire « sur la Famille » , rendu public le 26 janvier 2006 propose en ce sens d'ouvrir un « double guichet » , donneur anonyme ou donneur identifié, pour les gamètes destinées à l'aide médicale à la procréation :

- créer un « double guichet », c'est-à-dire deux régimes de don pour les gamètes qui constitueront le patrimoine génétique de l'enfant, le premier garantissant l'anonymat du donneur, le second autorisant l'accès à son identité

Néanmoins , ce processus en usage aux Pays Bas a été abandonné .

Aux États Unis, l'approche est différente puisque essentiellement commerciale avec des agences proposant "clé en mains" des IAD.

En Allemagne comme au Danemark, l'assistance médicale à la procréation est explicitement réservée aux femmes qui vivent au sein d'un couple hétérosexuel.

Cependant, en Allemagne, une femme peut recourir à l'insémination « artisanale» sans risque pénal. De même, au Danemark, l'interdiction d'inséminer des femmes homosexuelles s'applique uniquement aux médecins ; d'autres professions médicales peuvent pratiquer ces techniques en toute légalité, notamment les sages-femmes.

La Suède est dans une situation similaire, puisque l'interdiction pour les femmes célibataires et les lesbiennes ne concernent que les hôpitaux publics et non le secteur privé; de plus la situation des lesbiennes dans ce pays est en cours d'évolution.

En Espagne, l'assistance médicale à la procréation peut être proposée aux femmes majeures et en bonne santé, indépendamment de leur orientation sexuelle. Par conséquent, rien n'empêche une femme homosexuelle vivant en couple de recourir à l'assistance médicale à la procréation.

Au Québec, la loi va plus loin, puisqu'elle prévoit des règles de filiation pour les enfants nés par AMP et issus d'un projet parental d'un couple de même sexe ou de sexes différents. (cf / Annexe II) .

6 - Gestation pour autrui :

La « gestation pour autrui » est autorisée (au moins pour les couples hétérosexuels) au Royaume-Uni, en Grèce et en Russie. La Belgique, le Danemark, la Finlande , les Pays Bas , le Luxembourg la tolèrent sans disposer de loi. Plusieurs pays, comme le Royaume-Uni et certains États des États-Unis, autorisent expressément « la gestation pour autrui ».

Au Canada (mais pas au Québec, où cette pratique est prohibée dans tous les cas), en Belgique, aux Pays-Bas, la gestation pour autrui n'est pas interdite si elle ne donne pas lieu à rémunération de la « mère pour autrui », rémunération qui est prohibée.

Un Tribunal britannique a récemment reconnu la paternité conjointe de deux hommes sur leurs enfants nés de « mère pour autrui » aux Etats-Unis et comme il a été dit , la récente loi britannique sur le partenariat civil entrée en vigueur le 5 décembre 2005 prévoit également la possibilité, lors d'une future révision, de donner aux couples homosexuels le même accès aux techniques de fécondation que les couples hétérosexuels, avec notamment la reconnaissance automatique de la parentalité pour les deux pères ou les deux mères.

Les maternités pour autrui sont également possibles dans de nombreux autres pays (cf. tableau - Annexe 1).

La « gestation pour autrui » est possible pour les gays dans différents Etats des Etats-Unis et il existerait aussi des possibilités en Russie .

Aux Etats-Unis la « maternité pour autrui » est essentiellement proposée par des agences de « surrogacy » (liées à des cabinets d'avocats ou cabinets médicaux) sur la base de contrats « tripartites (signés entre l'agence /la « mère pour autrui » / le ou les « parents » ou « père intentionnel ») .

ANNEXE 1 / LA GPA DANS LE MONDE

(source : site internet association MAIA – [http : //www.maia_asso.org](http://www.maia_asso.org)).

Gestation pour autrui par pays

| Pays | Statut légal | | | Remarque |
|-----------------|--------------|----------|------------|---|
| | Légal | Interdit | Pas de loi | |
| Afrique du sud | + | | | Comité d'éthique |
| Allemagne | | + | | Depuis 1990 |
| Argentine | + | | | Comité éthique (cas par cas) |
| Australie | + | | | Selon les états |
| Autriche | | + | | |
| Belgique | | | + | Le Comité Consultatif d'Ethique s'est prononcé pour en juillet 2004 |
| Brésil | + | | | Entre membres de la famille |
| Bulgarie | | + | | |
| Canada | + | | | Oui si pas de compensation financière (mais interdit au Québec) |
| Corée | + | | | |
| Danemark | | | + | |
| Equateur | + | | | |
| Espagne | | + | | |
| Etats Unis | + | | | Oui (selon les Etats) |
| Finlande | | | + | Oui |
| France | | + | | |
| Grande Bretagne | + | | | Contrôle par comité d'éthique indépendant et ministère de la santé |
| Grèce | + | | | Oui |
| Hong Kong | + | | | |
| Hongrie ■ | | + | | |
| Île Maurice | + | | | |
| Inde | + | | | |
| Indonésie | + | | | |
| Iran | + | | | |
| Israël | + | | | Contrôle par comité d'éthique indépendant et ministère de la santé |
| Italie | | + | | |
| Luxembourg | | + | | |
| Norvège | | + | | |

| | | | | |
|--------------------|---|---|---|--------------------------------|
| Nouvelle Zélande | | | + | Comité d'éthique |
| Pays Bas | | | + | |
| Portugal | | + | | |
| République tchèque | | + | | |
| Roumanie | + | | | Loi promulguée en octobre 2004 |
| Russie | + | | | |
| Salvador | | | + | |
| Slovaquie | | | + | |
| Slovénie | | + | | |
| Suède | | + | | |

■ En Hongrie, en l'absence de loi, les couples demandaient une autorisation de recourir à la GPA à un comité d'éthique ; cette autorisation a été accordée dans un certain nombre de cas. En 1997, le Parlement vote une loi autorisant, à partir de l'an 2000, la GPA sans compensation financière. Entre-temps, un changement de gouvernement annule la précédente loi et la GPA devient illégale à partir de l'an 2000. En 2002, une coalition socio-libérale a réouvert la question mais n'a pas encore proposé de nouveau cadre législatif (Judith Sandor, professeur à la faculté des Sciences politiques de Budapest, communication personnelle). Ce cas illustre bien la difficulté d'interdire la GPA en l'absence de raison éthique, sociale et médicale incontestables.

ANNEXE II/ LA FILIATION AU QUEBEC

| | ÉPOUX ET CONJOINTS UNIS CIVILEMENT | | | CONJOINTS DE FAIT | | | PERSONNE SEULE |
|---|--|--|--|--|--|--|---|
| | homme + femme | homme + homme | femme + femme | homme + homme | femme + femme | homme + femme | homme ou femme |
| Filiation par le sang | lien de filiation paternelle | – | – | – | – | lien paternel | 1 lien paternel ou maternel |
| | lien de filiation maternelle | – | – | – | – | lien maternel | 1 lien paternel ou maternel |
| | présomption de paternité du conjoint | – | – | – | – | – | – |
| | reconnaissance de paternité ou de maternité | – | – | – | – | reconnaissance | reconnaissance |
| | inscription à l'acte de naissance par le père et la mère ou l'un d'eux pour les deux | – | – | – | – | inscription par chacun | inscription par le parent |
| | droits et obligations ⁽¹⁾ pour les 2 parents | – | – | – | – | droits et obligations pour les 2 parents | droits et obligations par le parent |
| Filiation par voie de procréation assistée | lien de filiation paternelle | – | 1 lien maternel | – | 1 lien maternel | 1 lien maternel | 1 lien maternel (mère porteuse contre l'ordre public) |
| | lien de filiation maternelle | mère porteuse contre l'ordre public | 1 autre lien maternel avec la conjointe | mère porteuse contre l'ordre public | 1 lien maternel avec la conjointe ou responsabilité civile | 1 lien paternel ou responsabilité civile | (mère porteuse contre l'ordre public) |
| | présomption de paternité du conjoint | – | présomption de parentalité de la conjointe | – | – | – | – |
| | S'il y a eu relation sexuelle, possibilité d'établir le lien du père biologique dans l'année de la naissance | – | si rel. sex., poss. lien du père bio. dans l'année | – | si rel. sex., poss. lien du père bio. dans l'année | si rel. sex., poss. lien du père bio. dans l'année | si rel. sex., poss. lien du père bio. dans l'année |
| | inscription à l'acte de naissance par le père et la mère ou l'un d'eux pour les deux | – | inscription par la mère et la co-mère ou l'une d'elles pour les deux | – | inscription par la mère et la co-mère | inscription par chacun | inscription pour le parent |
| | droits et obligations pour les 2 parents | – | droits et obligations pour la mère et la co-mère | – | droits et obligations pour la mère et la co-mère | droits et obligations pour les 2 parents | droits et obligations pour le parent |
| Filiation par voie d'adoption | adoption seule : 1 lien de filiation paternelle ou maternelle (écart d'âge minimal entre l'adoptant et l'adopté : 18 ans /enfant mineur sauf personne ayant eu un rôle parental ou décision du tribunal) | | | | | | |
| | Adoption de l'enfant de son conjoint : 1 nouveau lien de filiation paternelle ou maternelle (sans écart d'âge entre l'adoptant et l'adopté) | | | | | | |
| | adoption conjointe : lien de filiation paternelle | adoption conjointe : 2 liens de filiation paternelle | adoption conjointe : 2 liens de filiation maternelle | adopt. conj. : 2 liens de filiation paternelle | adoption conjointe : 2 liens de filiation maternelle | adopt. conjointe : lien paternel lien maternel | adoption conjointe : 2 liens paternel et/ou maternel |
| | inscription à l'acte de naissance par le directeur de l'état civil sur réception du jugement d'adoption | | | | | | |
| droits et obligations pour le ou les parents adoptifs | | | | | | | |

(1) **Droits et obligations des parents** : autorité parentale, garde, éducation, obligation de nourrir et d'entretenir, consentement aux soins, obligation alimentaire, reconnaissance dans les lois.

NB : Principe : tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations.

Pour les couples homosexuels : Dans les cas où la loi attribue des droits et des obligations distincts à chacun des parents, celui qui a un lien biologique avec l'enfant a les droits et les obligations du père, s'il s'agit d'un couple de sexe masculin, ou de la mère, s'il s'agit d'un couple de sexe féminin, et la co-mère ou l'adoptant a les droits et obligations que la loi attribue à l'autre parent. Lorsqu'aucun parent n'a de lien biologique, le jugement d'adoption détermine les droits et obligations de chacun.

Source : Ministère de la justice du Québec.