

Mariage entre personnes de même sexe (de, be, ca, es, ee, us, no, fi, hu, ie, it, lt, nl, pl, pt, cz, ro, uk, sk, si)

En Europe, six pays ont légalisé le mariage homosexuel, les Pays-Bas ont été les premiers en 2001, suivis de la Belgique en 2003, de l'Espagne en 2005, de la Norvège et de la Suède en 2009, et du Portugal en 2010. Dans ces six pays, le régime applicable au mariage entre personnes de même sexe est identique à celui appliqué au mariage entre personnes de sexe différent.

Parmi les pays étudiés et en dehors de l'Europe, le Canada et certains Etats des États-Unis, ont également légalisé le mariage homosexuel. Il faut relever que si au Canada, le Parlement fédéral a légalisé le mariage en 2005, cette question relève du droit des Etats fédérés aux États-Unis. Ainsi, six Etats et le District de Columbia reconnaissent le mariage homosexuel au même titre qu'un mariage hétérosexuel ; cependant s'ils accordent aux époux de même sexe les mêmes droits qu'aux époux de sexe différent, ces droits relèvent du droit fédéré et ne comprennent pas les droits liés au mariage et découlant du droit fédéral.

Dans le reste des pays étudiés, le mariage homosexuel n'est pas admis (Estonie, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Pologne, République Tchèque et Slovénie), mais il reste un sujet controversé suscitant des débats (Allemagne, Brésil, États-Unis, Finlande, Lituanie, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie). Si certains pays n'ont pas légiféré en faveur du mariage homosexuel, ils ont néanmoins introduit la possibilité

d'une union homosexuelle avec le partenariat civil (Allemagne, États-Unis, Finlande, Hongrie, Irlande, République Tchèque, Royaume-Uni, Slovénie).

Il faut toutefois relever que certains pays ne reconnaissent aucune forme d'union homosexuelle. Ils ne permettent pas le mariage entre personnes de même sexe, ni l'union civile par un partenariat enregistré (Estonie, États-Unis, Italie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République Tchèque, Roumanie, Slovaquie).

En matière de filiation, la reconnaissance du mariage homosexuel s'est accompagnée de la possibilité d'adopter dans les mêmes conditions que pour les couples hétérosexuels, excepté pour le Portugal. Il en est de même pour le recours à la procréation médicalement assistée.

A l'inverse, les pays n'ayant pas admis le mariage homosexuel ne sont pas nécessairement opposés à la possibilité pour une personne homosexuelle d'adopter l'enfant de son conjoint (Allemagne, Finlande, Royaume-Uni), ou d'adopter conjointement (Royaume-Uni).

1. La reconnaissance des unions homosexuelles

1.1 Du partenariat au mariage homosexuel

Dans certains pays ne reconnaissant aucune forme d'union homosexuelle qu'il s'agisse d'un mariage ou d'un partenariat civil, la question de l'union civile est toutefois controversée. C'est le cas en Lettonie, où il existe un lobby important qui milite pour les droits des homosexuels, et leur possibilité de s'unir par un partenariat civil ; mais également en Pologne et en Slovaquie où des propositions ont été faites aux parlementaires, mais néanmoins rejetées.

Par ailleurs, il faut signaler que le Ministère de la Justice

en Estonie prépare un projet permettant le partenariat civil pour les couples homosexuels. La majorité des députés y sont favorables, aussi bien pour les couples homosexuels qu'hétérosexuels.

D'autres pays, à défaut de légiférer en faveur du mariage homosexuel, ont prévu une forme de partenariat civil (Allemagne, Brésil, Finlande, Hongrie, Irlande, République Tchèque, Royaume-Uni, Slovénie). Les droits et les devoirs qui en découlent sont quasiment identiques à ceux prévus pour les époux sauf en Slovénie, où il est au contraire précisé que les partenaires homosexuels n'ont pas les mêmes droits que les couples mariés.

En Allemagne, les partenaires sont tenus à une communauté de vie et se doivent secours et assistance, le devoir d'assistance persistant malgré une éventuelle séparation. Ils peuvent également choisir un nom de famille commun. Et enfin, sauf convention contraire, le partenariat enregistré entraîne en matière patrimoniale et successorale les mêmes effets que le mariage. De même, aux États-Unis, neuf États autorisent des unions civiles ou des partenariats en leur conférant les mêmes avantages que ceux découlant du mariage.

Au Royaume-Uni, en raison de l'adoption de la loi sur l'Égalité de 2010, il est envisagé de permettre des cérémonies à l'occasion de la signature d'un pacte civil en Angleterre et au Pays de Galles, tout en accordant aux autorités religieuses la faculté de refuser de céder l'usage de leurs locaux pour la célébration de ces pactes.

Au Brésil, c'est le Tribunal Fédéral Suprême qui a reconnu des droits équivalents aux couples homosexuels unis dans le cadre d'une union civile stable, dans une décision du 5 mai 2011. Le Tribunal a ainsi jugé qu'une relation durable entre deux personnes du même sexe équivalait à «l'union stable» entre un homme et une femme, catégorie juridique reconnue en droit brésilien. Il ne s'agit pas d'un partenariat civil, mais cette

reconnaissance des «unions civiles» ouvre aux couples de même sexe un certain nombre de droits qui n'étaient reconnus qu'aux seuls couples hétérosexuels (partage des biens, transmission des pensions de retraite et droit successoral). Les juges se sont fondés sur la défense des principes constitutionnellement protégés que sont l'égalité, la liberté, la dignité de la personne, son droit à la vie privée et à la non-discrimination.

Dans ces Etats où il existe, à défaut pour les couples homosexuels de pouvoir se marier, une forme de partenariat civil, la question du mariage homosexuel est appelée à évoluer.

La décision du Tribunal suprême au Brésil a ouvert la voie, l'interprétation de la jurisprudence est laissée à l'appréciation ultérieure des cours inférieures.

En Allemagne, un projet de résolution (Land de Berlin) et une proposition de loi tendant à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, n'ont pu être adoptés en 2010 en raison de la résistance des Länder gouvernés par la CDU/CSU et de l'opposition de la coalition au pouvoir. Quels que soient les résultats des élections législatives qui auront lieu à l'automne 2013, il est fort probable que la CDU/CSU, si elle participe encore à une coalition gouvernementale, empêchera l'adoption de tout texte législatif destiné à permettre le mariage de personnes de même sexe. En Slovaquie, différentes propositions de loi en ce sens ont également été rejetées, faute de soutien suffisant.

En Finlande, un groupe de parlementaires a proposé un amendement permettant de légaliser le mariage homosexuel en mars 2012. Cette proposition doit maintenant être étudiée par le Comité des affaires légales du Parlement qui décidera des suites à donner. De même, au Royaume-Uni, le gouvernement a lancé une consultation sur le mariage homosexuel le 12 mars 2012, celle-ci a été clôturée le 14 juin 2012 mais les

résultats ne sont pas encore publiés.

De vifs débats politiques et juridiques sur la conception de famille et sur la reconnaissance de la diversité familiale ont actuellement lieu en Lituanie.

1.2 Reconnaissance du mariage homosexuel

En Europe, les Pays-Bas ont été les pionniers en matière de reconnaissance de droits conférés aux couples homosexuels. Dès 1971, ils ont été les premiers à se doter d'une législation permettant l'égalisation de l'âge minimum requis pour des relations sexuelles tant hétérosexuelles qu'homosexuelles. Par la suite, l'adoption est devenue possible et des droits similaires dans les divers domaines de la vie courante ont été reconnus aux couples homosexuels vivant ensemble. La population, au cours des différentes études réalisées, s'est toujours montrée largement favorable à l'égalité des droits et des libertés entre homosexuels et hétérosexuels, ce qui pourrait s'expliquer par le fait que les Pays-Bas sont un pays séculier, où la population est extrêmement neutre sur les questions religieuses. La combinaison de l'ensemble de ces facteurs explique le vote et la mise en œuvre du mariage homosexuel dans des conditions similaires au mariage hétérosexuel en 2001.

En Suède, le partenariat civil pour les couples homosexuels a été créé dans les années 90, et ils peuvent adopter depuis 2002. Six des sept partis au Parlement ont adopté la loi consacrant la reconnaissance du mariage homosexuel, les Chrétiens Démocrates s'y étant opposés.

En Espagne comme au Portugal, le projet de légalisation du mariage de personnes de même sexe a été porté par le gouvernement socialiste, respectivement de José Luis Rodríguez Zapatero et de José Sócrates, qui l'avaient inscrit parmi leurs engagements électoraux principaux. Dans les deux pays, le projet a été voté par la quasi-totalité des élus de gauche,

tandis que les partis de droite s'y sont opposés. Contrairement à l'Espagne, où la légalisation du mariage homosexuel a suscité une forte contestation, avec de nombreuses manifestations pour la défense de la famille traditionnelle, le texte n'a suscité au Portugal qu'une opposition discrète des associations proches des milieux catholiques. En Norvège, la loi a également été adoptée en dépit des arguments se référant à la « famille traditionnelle » du parti des Chrétiens Démocrates et du Parti du Progrès. L'Eglise étant divisée sur le sujet, chaque congrégation peut refuser de célébrer un mariage homosexuel si elle s'y oppose.

Au Canada, les députés ont adopté la « Loi sur le mariage civil » reconnaissant le mariage entre personnes du même sexe, en 2005. Le Parlement s'est fondé sur les principes d'égalité garantis par la Charte canadienne des droits et libertés, laquelle reconnaît l'égalité de tous les citoyens quelque soit leur sexe, leur âge, leur religion et leur orientation sexuelle. Les tribunaux de la majorité des provinces et d'un territoire avaient en effet jugé que l'égalité d'accès au mariage civil pour les couples de même sexe et les couples de sexe opposé était comprise dans le droit à l'égalité sans discrimination.

A contrario, aux États-Unis la régulation du mariage est une compétence relevant des États fédérés. La question du mariage homosexuel suscite de vifs débats et divise profondément la société américaine. Six États^[ref] Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, New York, Vermont, Washington D.C.^[/ref] ont reconnu le mariage homosexuel, et deux États supplémentaires ont adopté une législation similaire en 2012 mais devant être confirmée par référendum en novembre 2012^[ref] Maryland et Washington state^[/ref].

Cette question donne lieu, dans les États américains, à des prises de positions dans les médias, des manifestations, des référendums dans les États, notamment pour donner force constitutionnelle au fait que le mariage est l'union d'un

homme et d'une femme. De nombreux clivages existent aux États-Unis, qu'ils soient philosophiques et religieux, générationnels, économiques, géographiques et politiques. D'une manière générale, il faut relever qu'il existe une corrélation entre le degré de pratique religieuse et l'opposition au mariage homosexuel, ce qui démontre bien l'impact des convictions religieuses sur ces questions. Le clivage traditionnel entre démocrates, plutôt favorables, et républicains plutôt opposés à la légalisation du mariage homosexuel, ne se retrouve pas toujours dans l'électorat dont les positions ne sont pas aussi tranchées. Il existe des démocrates relativement conservateurs, notamment dans le sud, et des républicains assez libéraux, dans le nord est. Enfin, s'opposent ceux qui estiment que la reconnaissance du mariage homosexuel pourrait permettre l'ouverture d'un nouveau marché, à ceux qui ne souhaitent pas que leurs impôts puissent financer le mariage homosexuel.

2. Les règles en matière de filiation pour les couples homosexuels

2.1 L'adoption

La légalisation du mariage homosexuel s'est accompagnée de la reconnaissance du droit à l'adoption pour les couples de même sexe, sauf au Portugal.

Ainsi, des modifications des dispositions du code civil ont été faites en Belgique et aux Pays-Bas, pour permettre aux couples homosexuels d'adopter dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels. En Norvège et en Suède, le couple de même sexe bénéficie également des mêmes droits et obligations que les couples de sexe différent en matière d'adoption. En Espagne, cette possibilité est autorisée de fait.

La plupart des pays n'ayant pas légiféré en faveur du mariage homosexuel ne permettent pas l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel (Allemagne, Estonie, Finlande, Hongrie, Italie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Pologne, République Tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie).

Néanmoins, le partenaire de même sexe peut être impliqué dans la vie de l'enfant : le partenariat civil permet la garde conjointe des enfants en Finlande, et la loi permet au partenaire de celui qui exerce seul l'autorité parentale d'être « associé aux décisions concernant la vie quotidienne de celui-ci » en Allemagne. En outre, l'adoption de l'enfant du partenaire est autorisée dans ces deux pays, ainsi qu'en Slovénie.

Le Royaume-Uni est le seul pays européen ne reconnaissant pas le mariage homosexuel et qui permet pourtant l'adoption conjointe par un couple homosexuel ainsi que l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe : deux personnes mariées, deux personnes ayant conclu un pacte civil, ou encore deux personnes quelque soit leur sexe, vivant en concubinage dans une « relation familiale stable », ainsi qu'une personne seule peuvent adopter un enfant.

Outre-Atlantique, la filiation relève de la compétence des Etats fédérés aux États-Unis, et de celle des provinces au Canada. Les règles relatives à l'adoption diffèrent donc d'un Etat à l'autre.

Aux États-Unis, les régimes juridiques sont très variés, allant de la pleine reconnaissance à l'interdiction totale qu'il s'agisse d'une adoption conjointe ou par le second parent[ref] Kentucky, Mississippi, Nebraska, Caroline du Nord, Ohio et Utah[/ref]. En Arizona, la préférence est donnée aux couples hétérosexuels par rapport à un parent unique. A contrario, certains Etats interdisent toute forme de discrimination[ref] Californie, Maryland, Massachusetts, New Jersey, New York, Nevada, l'Oregon, et Wisconsin.[/ref] et

permettent aux couples de même sexe d'adopter de manière conjointe ou comme second parent et ce, quelque soit le statut de leur relation[ref] Californie, Colorado, District de Columbia, Illinois, Indiana, Maine, Massachussets, Montana, New Jersey, New York, Pennsylvanie et Vermont.[/ref]. Enfin, d'autres Etats autorisent l'adoption à condition que le couple soit marié ou partie à une union civile ou un pacte[ref] Connecticut, Delaware, Iowa, Nevada, New Hampshire, Oregon, Rhodes Island, Vermont et Etat de Washington[/ref].

Au Canada, toutes les provinces autorisent l'adoption par des personnes célibataires indépendamment de leur orientation sexuelle, mais certaines autorisent expressément l'accès à l'adoption aux couples de même sexe. Dans la province de Québec, l'adoption homoparentale est officiellement autorisée et reconnue.

Enfin au Brésil, par une décision récente du 27 avril 2011, le Tribunal Fédéral Suprême a rejeté la demande d'un procureur tendant à l'annulation d'un jugement ayant autorisé l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel, reconnaissant de fait ce droit. Selon cette décision, une loi postérieure qui viendrait interdire le droit à l'adoption serait inconstitutionnelle.

Il faut préciser que dans le cadre de l'adoption internationale, les pays d'où proviennent la majorité des enfants adoptables se réservent généralement le droit de sélectionner les adoptants, en fonction de critères plus ou moins précis dont l'hétérosexualité. Par conséquent, les règles en matière d'adoption ne valent dans la plupart des pays (Canada, Espagne, Pays-Bas) qu'à l'égard des enfants nationaux, excepté en Suède. Ainsi l'adoption d'un enfant étranger aux Pays-Bas est subordonnée à l'accord des autorités du pays d'origine de l'enfant.

2.2 La procréation médicalement assistée

Dans les pays n'admettant pas la gestation pour autrui, la

seule possibilité pour le couple homosexuel masculin d'avoir un enfant est de recourir à l'adoption. A l'exception du Royaume-Uni, l'accès aux techniques de reproduction assistée est en effet réservé aux femmes homosexuelles ou aux couples de même sexe féminin en Europe (Belgique, Espagne, Norvège, Pays-Bas, Suède).

Ainsi en Belgique, l'état civil des demandeurs n'est pas pertinent pour recourir à la procréation médicalement assistée. Sur la base des conventions conclues avec les centres de fécondation belges, la filiation sera établie entre l'enfant et le ou les auteurs du projet parental, à savoir les demandeurs en procréation médicalement assistée. Aucun lien de filiation ne pourra jamais être établi entre l'enfant et les donneurs génétiques.

En Espagne, le recours à la procréation médicalement assistée entraîne uniquement la reconnaissance de la filiation maternelle de l'enfant, la partenaire de la mère devant ensuite l'adopter. Il en est de même aux Pays-Bas, le juge autorise la requête pour adoption par la partenaire à moins qu'elle ne soit contraire à l'intérêt de l'enfant. Le gouvernement néerlandais a toutefois déposé un projet de loi sur l'homoparentalité féminine devant le parlement, dont une des dispositions vise à supprimer la nécessité pour une femme homosexuelle d'engager une action en justice pour devenir le parent légal des enfants de sa conjointe. En Suède, la filiation de la partenaire avec l'enfant se fait par reconnaissance volontaire ou jugement.

Dans les pays d'Amérique du Nord, où certains Etats permettent la gestation pour autrui, les règles diffèrent d'un Etat à l'autre (Canada, États-Unis). Il ne doit exister au Canada aucune discrimination, notamment sur la base de l'orientation sexuelle ou du statut matrimonial, pour l'accès aux techniques de reproduction assistée. L'enfant aura un lien de filiation avec la mère dont il est issu. Si le couple est civilement uni ou marié, la conjointe de la mère inséminée artificiellement

sera présumée «co-mère» de l'enfant, en vertu d'une présomption de parenté étroitement inspirée de la présomption de paternité applicable en matière matrimoniale.

Aux États-Unis, la majorité des établissements spécialisés acceptent la procréation médicalement assistée, mais d'autres la refusent catégoriquement pour les personnes homosexuelles. Certains n'étendent ce refus qu'aux hommes mais il n'y a en revanche aucune limitation particulière pour les couples féminins. Si l'établissement de soin est public, il existe une obligation d'assurer l'égalité devant la loi à toutes les personnes qui requièrent ses services en vertu du 14^{ème} amendement de la Constitution. L'insémination artificielle combinée avec un don d'ovules est le seul moyen pour les deux femmes de devenir les parents biologiques de l'enfant. Bien qu'aucune réglementation ne traite de ce cas, ces dernières peuvent néanmoins être juridiquement considérées comme les mères biologiques de l'enfant. La mère non porteuse peut aussi devenir parent en adoptant l'enfant.

Au Royaume-Uni, lorsque la mère biologique a bénéficié des techniques de procréation médicalement assistée, sa partenaire sera traitée comme un parent légal s'il existait un pacte civil au moment de la conception, si cette conception a été faite officiellement, et si la partenaire y a consenti. En l'absence de pacte, les deux partenaires doivent signer un formulaire antérieurement à la conception, précisant que la partenaire de la mère biologique sera traitée comme parent. Toutefois, pour les enfants conçus après le 6 avril 2009, la partenaire n'a pas le statut de parent. Elle devra intenter une action judiciaire pour obtenir la responsabilité parentale, obtenir un accord parental de la part de la mère, ou entamer une procédure d'adoption si elle a vécu plus de six mois avec l'enfant.

2.3 La gestation pour autrui

Le Royaume-Uni est le seul pays européen permettant le recours à la gestation pour autrui. Aucun des autres pays européens étudiés ne l'admet. Cependant, en Belgique comme aux Pays-Bas, où elle n'est ni admise ni expressément interdite, elle **se pratique en dehors de tout cadre juridique explicite** sur la base de conventions qui restent juridiquement sans valeur.

En Belgique, certains centres de procréation médicalement assistée réalisent des fécondations *in vitro* en liaison avec la gestation pour autrui afin de répondre à des problèmes médicaux, et non pour des raisons de convenance. Des tribunaux belges ont été saisis à plusieurs reprises de demandes d'homologation pour des adoptions consécutives à des gestations pour autrui. Il faut noter que quatre propositions de loi prévoyant un encadrement de la gestation pour autrui ont été déposées entre septembre 2010 et avril 2011. Deux d'entre elles la prévoient pour les couples homosexuels. Aux Pays-Bas, il est également explicitement précisé dans un **règlement du 1^{er} avril 1998 relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation *in vitro*, que lorsqu'elle est réalisée en vue d'une gestation pour autrui, il doit s'agir de la seule possibilité pour l'intéressée de devenir mère. Ainsi, le droit médical reconnaît la gestation pour autrui**, mais en l'absence de **législation civile spécifique** à la gestation pour autrui, le transfert des droits parentaux requiert une procédure d'adoption.

Au Royaume-Uni, **la gestation pour autrui est encadrée depuis 1985**. Initialement, la loi réservait cette possibilité aux seuls couples hétérosexuels mariés mais ces dispositions ont été étendues le 6 avril 2010 par « *l'Equality Act* » aux couples homosexuels masculins, qu'ils soient ou non unis par un pacte civil. La loi de 1985, prévoit la nullité des contrats de gestation pour autrui qui seraient conclus pour des considérations uniquement financières et réprime toutes

formes de publication ou d'appel public à une mère porteuse.

Il est précisé qu'à la naissance, la mère porteuse est considérée comme étant la mère avec tous ses attributs légaux et les conséquences qui en découlent, y compris à l'égard de son mari ou de son compagnon. C'est pourquoi le couple qui a eu recours à une mère porteuse doit demander un « *parental order* » en justice, dans les six mois suivant la naissance de l'enfant. Il s'agit d'une ordonnance judiciaire qui éteint la filiation à l'égard de la mère porteuse et de son partenaire ou conjoint, et confère la paternité de l'enfant aux demandeurs. Les conditions suivantes doivent être réunies : l'un des demandeurs doit être le père biologique, l'un des deux doit être domicilié au Royaume-Uni, vivre ensemble depuis au moins six mois avant la naissance et être âgés de plus de 18 ans, enfin ; la mère porteuse doit avoir donné librement son consentement avec son partenaire ou époux.

Outre-Atlantique, la question de la gestation pour autrui relève de nouveau de la compétence des Etats fédérés aux États-Unis, et des provinces au Canada. Ainsi, onze Etats et le District de Columbia aux États-Unis l'interdisent, voire la pénalisent. Six Etats, dont la Californie, ont approuvé des contrats de mère porteuse à travers leurs lois ou leur jurisprudence. Les autres Etats doivent toujours se déterminer sur la question.

S'agissant des couples homosexuels, le recours à la gestation pour autrui est possible dans certains Etats américains. Dans les faits, 80% des cliniques spécialisées dans la fertilité offrent leurs services aux femmes célibataires et aux couples homosexuels féminins, contre 20% pour les célibataires masculins et les couples homosexuels masculins. Les médecins de cliniques privées sont libres de refuser un patient si ce refus ne résulte pas d'une discrimination fondée sur la race, le sexe, la religion, l'origine ou le handicap de la personne.

Enfin, bien qu'au Canada la question relève de la compétence

des provinces la loi fédérale impose néanmoins une condition de non rémunération de la convention de mère porteuse. Cette pratique est officiellement autorisée en Alberta, en Nouvelle-Écosse, à Terre-Neuve et au Labrador, elle n'est pas admise au Québec. Dans le reste du Canada anglais, les règles sont d'origine jurisprudentielle. Si la mère-porteuse accepte de renoncer à ses droits en tant que mère, le couple homosexuel commanditaire pourra adopter l'enfant de manière conjointe. Enfin, faire appel à une mère porteuse à l'étranger n'est pas interdit par les autorités canadiennes.