

**HOMOPARENTALITÉ ?**  
**APPROCHE COMPARATIVE**



**COLLECTION COLLOQUES VOLUME 18**

**HOMOPARENTALITÉ ?  
APPROCHE COMPARATIVE**



**SOCIÉTÉ  
DE LÉGISLATION  
COMPARÉE**

Textes réunis par :

Emmanuelle BOUVIER DE RUBIA et Alette VOINNESSON

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

© Société de législation comparée, 28 rue Saint Guillaume 75007 Paris  
2012 I.S.B.N 978-2-36517-010-9 I.S.S.N. 1952-5966

## TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> Françoise MONÉGER.....	7
<b>Same-Sex Parents in the Netherlands</b> Machteld VONK .....	13
<b>Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé</b> Ana QUIÑONES ESCÁMEZ .....	41
<b>L' « homoparentalité » en droit belge</b> Jean-Louis RENCHON .....	81
<b>La reconnaissance de l'homoparentalité en droit anglais face à la dimension biologique de la filiation et à l'intérêt supérieur de l'enfant</b> Eva STEINER .....	105
<b>Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale</b> Hugues FULCHIRON .....	115
<b>Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable</b> Carmen LAVALLÉE .....	139
<b>L'homoparentalité en Amérique Latine. Les vents qui soufflent du Sud</b> Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, Marisa HERRERA, Eleonora LAMM .....	161
<b>Gestation pour autrui (GPA) et homoparentalité / homoparenté aux États-Unis</b> Jennifer MERCHANT .....	175



## INTRODUCTION

Françoise MONÉGER\*

Cet ouvrage est la suite d'une table ronde organisée par le Centre français de droit comparé, le 17 novembre 2011 sur le thème de l'homoparentalité<sup>1</sup>, qui a réuni des intervenants Québécois, Belge, Espagnol et Français. Les textes de ces interventions ont été publiés à la *Revue internationale de droit comparé*<sup>2</sup>.

L'actualité du thème demeure et il a paru intéressant d'élargir ce panel à d'autres pays sans qu'il soit possible de faire un vrai tour du monde. Les textes des professeurs Lavallée pour le Québec, Renchon pour la Belgique, Quinones Escamez, pour l'Espagne et Fulchiron pour la France ont été repris et actualisés pour cette nouvelle publication. Ont été ajoutées des contributions sur l'Amérique latine<sup>3</sup>, l'Angleterre<sup>4</sup>, les États-Unis<sup>5</sup> et les Pays-Bas<sup>6</sup>.

Bien que le sujet de l'homoparentalité puisse paraître à certains très accessoire par rapport aux crises auxquelles sont confrontés les États, les programmes des candidats à l'élection présidentielle aux États-Unis et en France ont abordé la question. Le Président Obama, candidat à sa réélection

---

\* Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire.

<sup>1</sup> Table ronde organisée le 17 novembre 2011 à l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

<sup>2</sup> RIDC n° 1-2012, pp. 7-112.

<sup>3</sup> Contribution de Aida Kemelmajer de Carlucci (Ex Conseiller à la Cour Suprême de justice de Mendoza (Argentine), Docteur Honoris Causa de l'Université Paris Créteil Val de Marne), Marisa Herrera (Docteur en droit de l'Université de Buenos Aires, chercheur au CONICET, professeur à la Faculté de droit de Buenos Aires et à l'Université de Palermo) et Eleonora Lamm (Docteur en droit (bioéthique) de l'Université de Barcelone, Master en bioéthique et droit de la famille de l'Université de Barcelone, Post-doctorat Beccaria au CONICET).

<sup>4</sup> Contribution de Eva Steiner, King's College, London.

<sup>5</sup> Contribution de Jennifer Merchant, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

<sup>6</sup> Contribution de Machteld Vonk, assistant professor of family law and comparative law at the Molengraaff Institute for Private Law of Utrecht University.

vient de déclarer qu'il était favorable au mariage des couples de même sexe, et le Président Hollande qui vient d'être élu en France, en avait fait un de ses arguments de campagne. Toutefois être favorable au mariage des couples de même sexe ne signifie pas toujours accepter que la filiation d'un enfant puisse être fondée sur un double lien de parenté maternelle ou paternelle. C'est tout le débat autour de ce qu'est l'homoparentalité.

Comme Emmanuelle Bouvier l'écrivait dans la première phrase de sa thèse de doctorat, consacrée à l'homoparentalité : « L'homoparentalité n'est pas une notion juridique elle ne correspond à aucune institution. Ce terme est un néologisme créé en 1997 par l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL) pour désigner toutes les situations familiales dans lesquelles au moins un adulte qui s'autodésigne comme homosexuel est le parent d'au moins un enfant »<sup>7</sup>. Cette définition semble englober les notions de parenté et de parentalité.

Les deux notions sont-elles équivalentes ? Faut-il les dissocier lorsqu'il s'agit de couples de même sexe à partir du moment où, d'un point de vue biologique, un enfant ne peut naître que d'une femme et d'un homme ?

M. Fulchiron montre parfaitement dans son article intitulé « Homoparenté V. Homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale » quels sont les enjeux d'une modification des textes du Code civil en la matière. Il ne fait pas de doute que le droit français peut sembler en retrait par rapport aux droits de certains de nos voisins européens, comme la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas, et l'Angleterre, mais aussi de pays plus lointains réputés « traditionnels » comme l'Argentine, présentés dans cet ouvrage. Ces pays européens ont accepté le mariage des couples de même sexe, l'adoption par des couples de même sexe, le recours aux procréations médicalement assistées par des couples de femmes. Comme l'expose, le professeur Renchon, ce sont surtout des Françaises qui viennent en Belgique pour se faire inséminer<sup>8</sup>.

Il est inutile de rappeler dans cette introduction la situation du droit français, exposée avec talent par M. Fulchiron. Le droit français ne connaît que le PACS, l'adoption par un couple marié, l'assistance médicale à la procréation par un couple hétérosexuel. La Cour de cassation a défini le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme et le Conseil constitutionnel a considéré qu'il revenait au législateur, à la fois de modifier les textes sur l'adoption et en particulier l'article 365 du Code civil sur l'adoption de l'enfant du conjoint et de définir le mariage. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question du mariage des couples de même sexe et sur l'adoption de l'enfant du conjoint, également

---

<sup>7</sup> E. BOUVIER, *Couples de même sexe et homoparentalité*, thèse soutenue le 22 janvier 2010, Université Paris 8 et premier prix de thèse ex aequo du Centre français de droit comparé en 2010.

<sup>8</sup> En 2009, il y a eu 35 femmes belges et 252 françaises.



exposés par M. Fulchiron ont certainement été très décevants pour les couples homosexuels<sup>9</sup>. Il n'y a pas de consensus sur la question, c'est une question de société qui doit rester de la compétence des États.

La présentation des droits belge et espagnol montrent qu'il est difficile de légiférer en matière de mariage des couples de même sexe, sans aborder ensuite la question des enfants. L'exposé de M. Renchon sur l'évolution de la situation en Belgique est, sur ce point, particulièrement éloquent. Les droits belge, espagnol, québécois ont inscrit dans leurs textes qu'un enfant pouvait être rattaché à deux pères ou à deux mères. M. Renchon regrette que le droit belge ait choisi une telle solution qui, selon lui, pourrait avoir des « effets collatéraux pour les autres enfants » en faisant disparaître pour tous les enfants les notions de père et de mère, les enfants n'auraient plus que des parents indifférenciés. Il serait, écrit-il, « plus « juste » au sens profond du terme, d'élaborer juridiquement le statut de ces enfants, en leur signifiant clairement que la compagne de leur mère n'est pas aussi leur mère, qu'elle n'est pas davantage un père ou le substitut d'un père, mais qu'elle est la partenaire de leur mère, dotée d'une place et d'un statut différent, tout en leur reconnaissant par les effets de ce statut approprié qu'elle avait été étroitement associée à la naissance de l'enfant et qu'elle est étroitement associée à son éducation »<sup>10</sup>.

M. Fulchiron rejoint cette analyse puisqu'il privilégie la parentalité et la mise en place d'un statut de tiers pour le compagnon ou la compagne de la mère ou du père de l'enfant.

Devant l'inertie du législateur, la Cour de cassation s'est retranchée derrière « l'état du droit positif ». Partant de là, on ne peut pas dire que la jurisprudence ait promu l'homoparentalité, encore moins l'homoparenté. La première chambre a seulement accepté un partage de l'autorité parentale fondé sur l'article 377 du Code civil entre une mère et sa compagne mais lorsque les circonstances l'exigent, circonstances souverainement appréciées par le juge du fond. Il aurait été possible de poser comme principe que vivre ensemble et élever un enfant ensemble sont des circonstances qui justifient un partage de l'autorité parentale mais la Cour ne l'a pas dit<sup>11</sup>. Elle n'a pas non plus accepté qu'un enfant soit adopté par la compagne de sa mère mettant en avant le texte de l'article 365 qui transfère, dans une telle hypothèse, l'autorité parentale à l'adoptante, privant ainsi la mère de tous ses droits<sup>12</sup>. Comme nous l'avons remarqué, cet article 365 est sorti indemne

---

<sup>9</sup> V. sur tous ces points l'exposé de H. FULCHIRON, cet ouvrage pp. 115-138.

<sup>10</sup> J.-L. RENCHON, cet ouvrage pp. 81-104.

<sup>11</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 24 févr. 2006, *D.* 2006, 876, note H. FULCHIRON (acceptation de la délégation partage) et Civ. 1<sup>ère</sup> 8 juill. 2010, *JCP G* 1880, note A. GOUTTENOIRE (refus faute d'établir que les circonstances l'exigent).

<sup>12</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 20 févr. 2007, *Bull.* I n° 70 et 71, Rap. Cour de cassation 2007, p. 330.

du contrôle du Conseil constitutionnel et de celui de la Cour EDH.

Les ouvertures de la Cour de cassation aux familles homoparentales ont semblé venir de l'étranger. Dans un arrêt très commenté du 8 juillet 2011, la première chambre civile a admis l'exequatur d'un jugement américain d'adoption d'un enfant par la compagne de sa mère au motif que l'autorité parentale étant partagée entre les deux femmes, cette décision ne heurterait aucun principe essentiel du droit français, ce droit connaissant le partage d'autorité parentale entre un parent et une personne qui élève l'enfant avec ce parent. En raisonnant sur l'autorité parentale, la Cour a « esquivé » la question de l'homoparenté sous-jacente en l'espèce, l'enfant ayant bien une mère et une adoptante<sup>13</sup>. Cette question ne pourra pas être longtemps esquivée. Ainsi, dans deux espèces qui doivent être jugées en juin prochain est posée la question de l'exequatur de jugements d'adoption d'enfants par des couples d'hommes. La Cour d'appel de Paris a repris dans deux arrêts du 24 février 2011, objet de pourvois par le ministère public, la formule de l'arrêt du 8 juillet 2011 en précisant que « la décision étrangère qui prononce l'adoption par un couple non marié et qui partage l'autorité parentale entre les membres de ce couple, ne heurte aucun principe essentiel du droit français »<sup>14</sup>. S'agit-il seulement d'autorité parentale ? Le pourvoi invoque deux principes essentiels du droit français : le principe selon lequel l'adoption par un couple suppose que ce couple soit marié, ce qui exclut pour l'instant les couples de même sexe, et le principe selon lequel un enfant ne peut avoir une filiation fondée uniquement sur un double lien paternel. C'est bien là le nœud du problème.

Le droit français de l'adoption distingue en effet l'adoption simple et l'adoption plénière, le mode de transcription sur les registres français dépendant de l'adoption prononcée à l'étranger qu'il s'agit de qualifier, de « naturaliser » en adoption simple ou plénière du droit français. Dans l'adoption simple, la filiation adoptive s'ajoute à la filiation d'origine, ce qui était l'hypothèse de l'arrêt du 8 juillet 2010. Dans l'adoption plénière, la filiation adoptive se substitue complètement à la filiation d'origine. S'il s'agit d'adoption par des couples de même sexe, une adoption simple, qui laisserait à l'enfant son rattachement d'origine à un père et une mère, pourrait ainsi être reconnue en France. La difficulté est qu'il n'est pas toujours facile de savoir quelle adoption a été réalisée à l'étranger, beaucoup de droits ne connaissant qu'un seul type d'adoption. De plus, s'il s'agit d'un enfant abandonné sans filiation, il pourra être impossible de rattacher l'enfant à sa filiation d'origine maternelle et paternelle.

Il paraît ainsi indispensable en l'état de la jurisprudence, tant de la Cour

---

<sup>13</sup> La remarque a été faite par tous les commentateurs de l'arrêt et en particulier par P. HAMMJE, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722 et s., sp. p. 747.

<sup>14</sup> *Dr. fam.*, 2011, n° 87, comm. M. FARGE.

de cassation, du Conseil constitutionnel que de la Cour européenne des droits de l'homme que le législateur français intervienne et choisisse entre homoparentalité et homoparenté.

S'il met en place, comme il s'y est engagé, un mariage pour les couples de même sexe, il faudra qu'il envisage, dans le même temps, le statut juridique des enfants élevés par ces couples.

La question de savoir si l'adoption devait être ouverte aux couples non mariés avait été très discutée lors de la dernière grande réforme de l'adoption en 1996, d'autant que la procréation médicalement assistée avait été ouverte, par les lois bioéthique de 1994, aux couples hétérosexuels ayant une vie commune ayant duré deux ans. La révision des lois bioéthiques en 2011 n'a pas vu d'évolution sur ces questions, les PMA sont ouvertes aux seuls couples hétérosexuels et la gestation pour autrui interdite. Les Françaises célibataires continuent à franchir les frontières belge et espagnole. Le Sénat avait adopté un amendement qui ouvrait le droit à la procréation médicalement assistée aux couples de femmes. Le texte n'a pas été maintenu par l'Assemblée Nationale, d'abord parce que la procréation médicalement assistée, a pour objectif de venir en aide aux couples stériles, et que là, il s'agirait d'une stérilité sociale et non médicale. Ensuite parce qu'il y aurait une discrimination certaine entre les couples de femmes et les couples d'hommes. Pour les hommes, seul le recours à la gestation pour autrui, est envisageable pour que ces couples aient des enfants. Or, après de longs débats, l'interdiction de la gestation pour autrui a été maintenue dans le Code civil. Le contrat de mère porteuse est nul d'une nullité absolue et très sévèrement réprimé pénalement.

Comme les articles présentant la situation en Espagne, en Angleterre, aux États-Unis, en l'Amérique latine le montrent, la question de la gestation pour autrui est intimement liée à celle des l'homoparenté.

Est-ce que le « nouveau » législateur français, en ouvrant le débat sur le mariage homosexuel et l'adoption, va aussi réouvrir celui sur les mères porteuses ?

Quoiqu'il en soit, ce livre vient à point nommé pour alimenter la controverse.

Les pays présentés dans l'ouvrage ont été répartis géographiquement : les pays européens d'abord, puis les pays hors Europe, en l'occurrence, Outre Atlantique ensuite. Les pays européens ont été classés chronologiquement selon la date de mise en place de textes sur les couples de même sexe : Pays-Bas, Espagne, Belgique, Angleterre, France.