

Les questions du mariage, de la filiation et de l'autorité parentale pour les couples de même sexe



DOSSIER D'ANALYSE

29/10/2012

SOMMAIRE

INTRODUCTION :	4
PREMIÈRE PARTIE :	
LES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR ABORDER CETTE LARGE QUESTION DE SOCIÉTÉ	6
I - Clarifier les termes du débat	6
A - La question posée en termes de « discrimination ».....	6
B - Le terme « mariage homosexuel ».....	7
C - Les termes « mariage pour tous » et « adoption pour tous ».....	7
II - Analyser les conséquences POUR TOUS de la réforme	8
III - Établir le lien avec les principes juridiques et éthiques existants.....	9
A - Filiation et intérêt de l'enfant	9
B - Respect des grands principes des lois bioéthiques	9
IV - Être transparent sur le périmètre et les enjeux de la réforme	10
V - Associer la société civile et ses représentants à la réflexion.....	11
DEUXIÈME PARTIE :	12
MARIAGE ET FILIATION POUR LES COUPLES DE MÊME SEXE : ENJEUX ET CONSÉQUENCES	12
I - L'impact de la suppression de la distinction de sexe sur le mariage	12
II - L'impact de la suppression de la distinction de sexe dans le mariage sur la filiation....	13
A - L'impact de la suppression de la distinction de sexe dans le mariage sur les modes d'établissement....	13
B - L'impact sur la procréation médicalement assistée	15
C - L'impact sur l'adoption par le couple marié et sur l'adoption de l'enfant du conjoint.....	15
D - L'impact sur l'autorité parentale.....	16
TROISIÈME PARTIE :	18
ACCORDER DE NOUVEAUX DROITS AUX COUPLES DE MÊME SEXE : LES ÉVENTUELS SCÉNARIIS	18
A - Ouverture du mariage aux couples de même sexe.....	18
B - Création d'un statut spécifique aux couples de même sexe.....	19
C - Accès à l'adoption simple de l'enfant du conjoint	20
D - Accès à l'adoption simple conjointe	21
E - Accès à l'adoption plénière.....	22
F - Maintien ou suppression de la présomption de paternité	23
G - Accès aux techniques d'AMP pour les couples de femmes	24
H - Légalisation de la gestation pour autrui.....	25
CONCLUSION :	26

INTRODUCTION :

Une réforme d'envergure pour toutes les familles

par François FONDARD, Président de l'UNAF

La réforme dite « mariage et adoption pour tous » est une réforme d'envergure. Elle conduit à s'interroger sur les modes d'union, sur le rôle accordé aux pères et aux mères, sur la filiation, la parenté, la parentalité.

L'UNAF a fait le choix d'expertiser les conséquences de ces réformes, en termes de **Droit**. Le Droit est un ensemble de règles qui fonde le vivre ensemble et qui participe à la structuration de la famille, et plus généralement de la société. Le Droit permet d'appréhender la réforme sous ses multiples facettes et ramifications et ainsi d'en comprendre finement les enjeux.

D'emblée, nous avons considéré que **le débat ne saurait se résumer à être « pour » ou « contre » le mariage**. Nous nous sommes attachés à réfléchir à l'ensemble des impacts liés aux réformes possibles autour du mariage et de la filiation. Comme leur portée peut être extrêmement variable, nous avons voulu mesurer les conséquences sur l'organisation de notre société, et voir jusqu'à quel point les principes qui fondent notre contrat social méritent d'être transformés.

Nous avons ainsi choisi de traiter de l'ensemble des scénarii possibles pour avoir une **vision cohérente sur l'ensemble des enjeux des réformes à venir**.

1^{er} enjeu : le recours au mariage ou à un autre mode d'union pour accorder de nouveaux droits

Choisir la voie du mariage, c'est nécessairement faire le choix de la filiation. L'engagement commun à l'égard des enfants est présent dès la cérémonie du mariage. Le statut du mariage accorde des droits de filiation spécifiques au travers de l'adoption conjointe et du bénéfice de la présomption de paternité.

L'examen juridique démontre que faire entrer, au sein du même statut, des situations objectivement distinctes, soulève des problèmes de **cohérence**. D'où la proposition de créer un **nouveau statut** exclusivement dédié aux couples de même sexe, un choix fait par certains pays européens, tels que l'Allemagne.

2^{ème} enjeu : l'attribution de nouveaux droits dans le champ de la parenté, de la filiation et de la procréation.

La réforme est annoncée comme devant permettre l'**« adoption pour tous »**. Or l'accès à l'adoption est soumis à de nombreuses conditions, tant au niveau réglementaire que pratique. L'adoption ne peut donc pas être accessible à tous. L'emploi de ces termes présente le risque d'assimiler la réforme à la création d'un droit « à l'enfant », que l'UNAF, avec les associations de protection de l'enfance, a toujours rejeté.

Nous avons soulevé auprès des ministres le problème de **l'adoption plénière** qui, contrairement à l'adoption simple, assimile l'enfant adopté à un enfant né de parents par le sang. Son accès pour les couples de même sexe pourrait de ce fait remettre en cause le droit de la filiation fondé sur l'identification d'un **seul** lien maternel et d'un **seul** lien paternel, et dont l'état civil est le reflet.

L'accès à la **Procréation Médicale Assistée**, ainsi que l'ouverture à la **Gestation pour Autrui**, viendraient totalement bouleverser le droit actuel de la filiation fondé sur l'interdiction pour un enfant d'avoir simultanément, à sa naissance, deux pères ou deux mères.

3^{ème} enjeu : l'impact de la réforme pour l'ensemble des familles

Ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, pourrait remettre directement en cause les **référents père/mère**, dans les différentes réglementations, mais aussi **dans l'état civil de chacun**.

Notre état civil nous situe, tous, par rapport à un référent paternel et maternel. Il reflète l'identité de notre personne. La disparition des termes « père » et « mère » et leur remplacement par la notion de « parents » concerne donc chacun d'entre-nous.

Leur éviction est loin d'être anodine : elle aboutit de fait à déposséder les pères et les mères du droit d'être reconnus comme tels, par la loi.

En outre, le terme « parent » ne définit pas précisément les personnes concernées par le lien paternel et maternel et entraîne de ce fait une **imprécision** dans la loi, dont les effets ne sont pas mesurés.

Parce que l'UNAF représente l'ensemble des familles, elle se doit de soulever la question de cette modification majeure. Ouvrir de nouveaux droits à certains, tout en retirant les caractéristiques propres à la paternité et à la maternité qui concerne la majorité des familles, ne va pas dans le sens de la compréhension des réformes et du consensus dont notre société a besoin.

4^{ème} enjeu : la nécessité d'une réelle concertation

A défaut de vraie consultation en amont, il est plus que jamais nécessaire qu'une période de concertation s'ouvre avant l'examen du projet de loi par le Parlement.

Du temps doit être accordé pour permettre aux citoyens de mieux appréhender les enjeux des réformes possibles, avant que le Parlement n'exerce son rôle de débats et de décisions. Les conséquences de la réforme doivent être clairement expliquées et le périmètre de la réforme précisément arrêté.

Si des dispositions devaient finalement être prises dans le champ de la bioéthique, nous réclamons une large consultation sur le modèle de celle qui avait préparé la révision des lois de bioéthique. **Il est inconcevable que des transformations majeures touchant au droit de la filiation, et donc de l'ensemble des familles, se fassent au détour d'amendements parlementaires.**

Afin de préparer les débats sur les réformes annoncées et les positions à prendre, l'UNAF a élaboré un document de réflexion à caractère juridique analysant la situation actuelle, les réformes envisageables, et leurs conséquences. Initialement destiné à ses membres, il fait depuis l'objet de demandes d'une plus grande communication extérieure. D'où l'édition de ce document présentant sous forme synthétique l'étude réalisée et destinée à tous ceux qui souhaitent être mieux informés.

L'objectif est que chacun puisse disposer d'éléments d'analyse sur un sujet sur lequel les aspects juridiques sont importants et complexes. C'est en effet le rôle de l'UNAF d'éclairer sur les différents enjeux de la réforme, et de prendre place, aux côtés des UDAF, des URAF et des mouvements familiaux, aux débats en cours et à venir.

Présentation du document

Ce document réalisé par l'UNAF s'attache à présenter le droit en vigueur en matière de mariage et de filiation et à analyser les conséquences pour tous des réformes possibles. Dans cette perspective, il est composé de trois parties présentant :

- les conditions nécessaires pour aborder cette large question de société ;
- les enjeux et les conséquences de l'accès au mariage et à la filiation pour les couples de même sexe ;
- les scénarii possibles.

Une présentation des dispositifs existants dans les pays européens figure en annexe.

PREMIÈRE PARTIE :

LES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR ABORDER CETTE LARGE QUESTION DE SOCIÉTÉ

Le débat ne saurait se réduire à un « pour » ou « contre » le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Il convient d'analyser les réformes possibles autour d'un projet qui porterait sur le mariage et sur la filiation. Son contenu peut être en effet extrêmement variable. La simple comparaison entre les intentions exprimées lors de la présidentielle et les récentes propositions parlementaires montre l'étendue des différences. Il convient par ailleurs de mesurer les conséquences des différentes voies de réforme sur l'organisation de notre société et jusqu'à quel point les principes qui fondent notre contrat social méritent d'être transformés.

Pour permettre à chacun d'appréhender les enjeux liés aux évolutions à venir, et de prendre position, il est impératif que les réformes prennent en compte ces cinq éléments suivants :

- une clarification des termes du débat
- une analyse des conséquences **pour tous** de la réforme
- un lien avec les principes juridiques et éthiques existants
- la transparence sur le périmètre et les enjeux de la réforme
- la participation de la société civile et de ses représentants à la réflexion.

I - Clarifier les termes du débat

Dans le débat public, l'accès au mariage et à l'adoption pour les couples de même sexe est parfois présenté comme une réforme permettant de lutter contre les discriminations. Par ailleurs, on parle souvent du mariage « homosexuel », ou encore de « mariage pour tous » ou même « d'adoption pour tous ». Ces termes utilisés, s'ils ont le mérite d'être succincts, prêtent à confusion et sont inappropriés.

A - La question posée en termes de « discrimination »

Il faut rappeler que la distinction des sexes dans le mariage est conforme à la Constitution et au principe d'égalité. Saisis d'une question prioritaire de constitutionnalité en janvier 2011¹, les Sages ont estimé que les dispositions en vigueur du Code civil réservant le mariage aux couples de sexe différent ne sont pas contraires à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a souligné à cette occasion qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur en la matière.

Les droits européen et international des droits de l'homme n'imposent aucune modification - Ni le droit européen issu du Conseil de l'Europe (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) ni le droit de l'Union Européenne (Traité, Charte des Droits fondamentaux et jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg) n'imposent aux Etats membres d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe², pas plus qu'ils n'imposent de permettre l'adoption d'un enfant aux couples de même sexe³.

¹ Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

² Cour EDH, 1e Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n°30141/04.

³ Cour EDH 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, Req. n° 25951/07.

Le droit européen dissocie le droit de s'unir des droits familiaux. Le projet ou la capacité de fonder une famille ne sont pas des conditions du droit de se marier⁴. *A contrario*, juridiquement, le mariage n'entraîne pas mécaniquement de droit à l'enfant. Le droit de se marier et le droit d'établir conjointement un lien de filiation sont donc déliés.

Certes, les deux ordres juridiques européens sont attachés à la lutte contre les discriminations. Toutefois, il faut distinguer une discrimination d'une simple différence de statut matrimonial qui, elle, n'est pas discriminatoire. Au sens du droit européen, il y a une différence de traitement illicite lorsqu'une distinction est introduite entre des situations analogues ou comparables⁵.

Il relève en revanche de la marge nationale d'appréciation des Etats d'aligner ou non le statut juridique des couples de même sexe sur celui des couples hétérosexuels.

En droit français, les discriminations sont réprimées notamment en matière sociale ou fiscale. Toutefois, par un avis donné le 28 juin 2002, le Conseil d'Etat a considéré que le principe d'égalité n'impose pas que les personnes liées par un PACS et les personnes mariées soient traitées dans tous les cas de manière identique dans la mesure où les situations juridiques ne sont pas identiques⁶.

B – Le terme « mariage homosexuel »

On peut également considérer que c'est à tort qu'on parle parfois de « mariage homosexuel », ou d'adoption qui serait désormais ouverte aux personnes homosexuelles. Ces notions renvoient en effet à l'orientation sexuelle des personnes qui n'est pas l'objet du débat. A cet égard, la jurisprudence a précisé que l'orientation sexuelle d'une personne ne saurait faire obstacle à la délivrance de l'agrément en vue de l'adoption⁷. La question est celle des couples de même sexe, et des droits conjoints qui pourraient leur être ouverts notamment dans le champ de la parenté et de la filiation.

C – Les termes « mariage pour tous » et « adoption pour tous »

Parler de « mariage pour tous » est inexact puisque l'accès au mariage est assorti de conditions (âge, consentement, notamment) et d'interdits (lien de parenté) et ne peut donc être accessible à qui veut.

L'appellation « adoption pour tous » est également inappropriée car les textes imposent de nombreuses conditions (entre autres, âge des parents, nécessité pour un couple de se marier, nécessité d'obtenir un agrément, validation par un juge) qui ferment de fait l'adoption à certains, sans compter la réalité concrète actuelle d'un nombre très limité d'adoptions par rapport aux nombres de demandes. Parler d'adoption « pour tous » dans un contexte où le nombre d'adoptions ne cesse de diminuer est porteur de confusions et de désillusions. Enfin, l'utilisation de ce terme présente le risque d'être assimilé à la création d'un droit « à l'enfant », contraire aux principes de l'adoption en France.

⁴ CEDH, [GC], 11 juillet 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni.

⁵ CEDH, 23 nov. 1983, série A n°70, Van der Musselle c/ Belgique

⁶ CE, avis, 28 juin 2002 : RTD civ. 2002

⁷ CEDH, 22 janvier 2008, E. B c/ France, Req. 43546/02

II - Analyser les conséquences POUR TOUS de la réforme

Le droit est composé à la fois d'« interdits » mais aussi de « protections » et de « repères » qui établissent pour chacun, tout aussi bien son identité que sa citoyenneté. Il n'est pas qu'une somme d'interdictions qu'il faudrait progressivement abattre pour gagner en liberté. Toute réforme doit établir un équilibre entre les intérêts particuliers et l'intérêt général. C'est ainsi qu'il convient de considérer l'ensemble du corpus du droit de la famille, notamment les dispositions relatives à la filiation.

Le mariage est, dans sa forme actuelle, une institution qui, sur la base de la distinction des sexes, organise un système de parenté (pour les enfants) et d'alliance (pour le conjoint) tourné vers l'avenir et servant de socle à l'organisation des autres activités sociales et économiques. En ce sens, le mariage fait famille⁸, en inscrivant d'emblée les enfants à venir dans un système de parenté et de filiation – et la présomption de paternité est ainsi consubstantielle au mariage. Elle découle nécessairement du mariage, le mari devenant automatiquement le père des enfants nés de son épouse.

La filiation repose sur quelques principes essentiels, principes qui permettent d'ailleurs d'ériger ce dispositif en institution qui donne sens (et pas uniquement qui régule et contraint). La filiation n'est pas disponible et est fortement encadrée. Citons en exemple la règle d'attribution du nom de famille ou le principe d'égalité successorale (dans les deux cas, l'expression de la volonté est encouragée mais limitée par l'ordre public). La filiation repose sur des règles qui garantissent l'identité et la citoyenneté d'un individu au sein de la société ainsi que sa place au sein de sa famille.

→ **Le débat autour de l'ouverture du mariage pour tous ne se situe pas uniquement au niveau de l'altérité des sexes mais également au niveau de la parenté et de la filiation. Toute réforme du mariage doit être examinée au prisme de son impact pour tous les citoyens. Dans le domaine du droit de la famille, une réforme législative ne concerne pas uniquement une catégorie de citoyens, mais l'ensemble des citoyens. Modifier quelques dispositions de l'édifice rejaillira sur l'équilibre général des textes, les règles de droit étant interdépendantes les unes des autres.**

Par ailleurs, les effets de la réforme ne se limiteraient pas au droit de la famille contenu dans le Code civil. Elle pourrait également avoir des conséquences en matière de fiscalité, de droit social et aussi sur les grands principes de la bioéthique.

⁸ Ceci est consacré dans le droit par l'article 213 de Code civil : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille ».

III - Établir le lien avec les principes juridiques et éthiques existants

A - Filiation et intérêt de l'enfant

La filiation détermine les conditions de rattachement des enfants nés ou à naître à leur père et mère ainsi qu'à l'ensemble de la parenté de chaque branche. Elle reste fondée sur une présomption d'engendrement et repose sur le principe de protection. Par exemple, l'enfant sans filiation paternelle (qui n'est pas couvert par la présomption de paternité) a le droit de revendiquer en justice l'établissement d'un lien de paternité à l'encontre d'un homme qui a refusé de le reconnaître. Sa mère qui peut exercer l'action dont il est titulaire pourra dès lors obtenir le soutien d'une pension alimentaire (rôle de protection joué à l'égard des femmes mariées par la présomption de paternité).

La filiation adoptive réalise une « fiction » certes, mais qui n'est toutefois pas sans partager une identité de nature avec la filiation par l'engendrement. Elle attribue en effet un père et/ou une mère à l'enfant.

La création des liens de filiation est toujours strictement encadrée par le droit. Pour la filiation biologique, le Code civil énumère les modes d'établissement recevables (C. civ., art. 310-3). Ce n'est que lors d'une procédure judiciaire que la filiation s'établit par tous moyens. Quant à la filiation adoptive, elle doit respecter une procédure complexe qui tend à défendre les intérêts de l'enfant. A ce titre, les textes imposent de nombreuses conditions (entre autres : âge des parents, nécessité pour un couple de se marier, nécessité d'obtenir un agrément, validation par un juge).

L'intérêt de l'enfant est un principe juridique consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant en son article 3 dont l'alinéa 1^{er} dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. » On retrouve cette notion dans de nombreuses dispositions du Code civil, et notamment dans les règles relatives à l'autorité parentale.

Le droit de l'autorité parentale encadre les conditions d'exercice des fonctions éducatives qui sont attribuées en principe aux parents ou, de manière plus exceptionnelle, à des tiers. L'expression « parentalité » (ou pour les juristes « exercice de l'autorité parentale ») permet de la distinguer de la « parenté » elle-même liée à la filiation (liens de paternité et de maternité). Cette fonction, rappelle l'article 371-1 du Code civil, constitue « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Les droits et devoirs consistent plus généralement à « protéger l'enfant dans sa santé, sa sécurité, sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne ».

→ Les règles juridiques de la filiation et de l'autorité parentale doivent tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de sa protection. Il est donc justifié qu'au nom de ce principe, des règles contraignantes entourent l'établissement de la filiation quel que soit le statut juridique des parents. En particulier, il ne saurait y avoir de « droit à l'adoption ». L'adoption doit rester un droit de l'enfant et non un droit des adultes (elle donne une famille à un enfant, non un enfant à une famille). Toute réforme à venir doit donc en tenir compte.

B - Respect des grands principes des lois bioéthiques

Les principes encadrant les lois bioéthiques, dont celui de l'indisponibilité du corps humain, sont le résultat d'une large concertation des institutions comme de la société civile menée dès 1994 avec l'adoption de la première loi de bioéthique.

Le niveau de concertation exigé est proportionnel aux enjeux de ces lois pour la collectivité. A ce jour, la loi maintient l'interdiction de la gestation pour autrui et circonscrit l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation. Ainsi, l'AMP est réservée aux couples dont l'infertilité est d'origine médicale et non pas à ceux qui, par exemple, en raison de leur orientation sexuelle, ne peuvent pas procréer ou à ceux qui souhaiteraient y avoir recours pour des raisons de convenance personnelle.

→ Une entorse à ces principes aurait des conséquences en cascade dans l'application de la loi. A terme, au nom de « l'égalité » et de la « non discrimination », l'ensemble des techniques pourrait devenir disponible selon les désirs individuels de chacun, sans autre considération notamment quant à l'avenir des enfants issus de l'usage de ces techniques. La question de leur extension aux personnes célibataires serait aussi posée.

La dernière loi de bioéthique du 7 juillet 2011 a retenu le principe de la clause de révision de la loi bioéthique ainsi libellé dans son article 47 « La présente loi fait l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans un délai maximal de sept ans après son entrée en vigueur ». Cette clause était ainsi explicitée : « l'objet principal de ces lois successives de bioéthique n'est pas d'encadrer les évolutions scientifiques par la loi, mais bien d'intégrer dans celle-ci les évolutions de notre collectivité confrontée aux avancées de la science sur de nombreux sujets : gestation pour autrui, procréation médicalement assistée, anonymat des dons. Sur ces sujets, la science n'apportera peut-être pas de bouleversement majeur dans les cinq années à venir, mais il n'est aucun domaine face auquel notre société ne continuera pas d'évoluer dans ce même laps de temps.

Les débats éclairent l'esprit de la loi et permettent ainsi clairement de rappeler qu'une question de révision bioéthique doit être conduite dans le cadre d'une loi de bioéthique et ne peut venir de manière incidente dans un projet ou une proposition de loi.

IV - Être transparent sur le périmètre et les enjeux de la réforme

La présentation du projet de loi par le gouvernement exige de sa part une parfaite transparence sur les enjeux pour tous, dont le principal est le maintien ou non de la distinction des sexes dans la filiation. L'intention de modifier à terme ou non l'état civil (par voie législative ou réglementaire) doit être clairement exposée, dans la mesure où un tel changement est susceptible d'affecter l'identité de chacun.

Une réforme du mariage conduit ainsi à se poser la question du maintien de la présomption de paternité (C. civ., art. 312). Il est parfois projeté dans le débat public de transformer la présomption de paternité en présomption de parenté, voire de parentalité ou, comme dans le droit québécois, de conserver la présomption de paternité tout en créant une présomption de co-maternité. L'admettre reviendrait à remplacer le présupposé biologique de la filiation par le principe d'une filiation purement sociale. Elle traduirait une idée d'engagement, mais serait sans rapport avec le fondement de cette présomption liée au devoir de fidélité. Cela aboutirait à l'établissement de « fictions identitaires », comme si par exemple un enfant était NÉ de l'union de deux hommes ou de deux femmes. Il faudrait ensuite préciser les contours de cette présomption de parenté pour la distinguer de l'autorité parentale et déterminer les modes de contestation de ce lien de filiation.

Compte tenu de l'importance de ces enjeux découle un impératif : une méthode transparente et un périmètre stabilisé de la réforme. Le projet de loi devra être suffisamment précis et exhaustif pour que sa cohérence ne soit pas bouleversée par de trop nombreux amendements parlementaires. De même, la future loi devra être suffisamment précise pour ne pas laisser à la jurisprudence le soin de pallier l'imprévision du législateur.

- Le gouvernement devra donc proposer une réforme cohérente qui affichera sans ambiguïté son impact sur tous les citoyens et en particulier sur l'état civil de chacun. L'objectif du débat sera de convenir des limites à poser corrélativement à l'ouverture de nouveaux droits. En effet, tout droit est nécessairement borné dans son exercice. Les limites ne sont certes pas intangibles, mais leur modification doit être guidée par l'intérêt de tous. Le temps de la réforme nécessite d'installer les débats au Parlement sur une durée suffisante pour appréhender précisément tous les enjeux et toutes les conséquences de la réforme. C'est la raison pour laquelle, le Gouvernement devra renoncer à sa faculté de déclarer la procédure accélérée sur le projet de loi.

V - Associer la société civile et ses représentants à la réflexion

Si le Parlement est le lieu de débats et de décisions, **il appartient néanmoins au gouvernement d'adopter une méthode qui permette une large consultation préalable sur le contenu et la portée d'une telle réforme qui ne concerne pas qu'une catégorie de personnes mais l'ensemble de la société.**

Donnons pour exemple, la révision des lois de bioéthique en 2011, qui concernait également l'ensemble de notre société. Elle a été précédée d'un large temps de concertation sur l'ensemble du territoire au moyen notamment d'états généraux. Ces états généraux, forme moderne de démocratie participative, ont regroupé des panels de citoyens, formés sur les questions complexes qu'ils avaient à traiter, dans différentes villes de France. Ils ont ainsi pu réfléchir et donner leur avis sur les évolutions possibles. Cette révision législative a en outre été précédée de la réalisation d'une étude d'impact, de l'avis du Comité consultatif national d'éthique, et du Conseil d'Etat.

Du temps a ainsi été laissé aux citoyens pour leur permettre de mieux appréhender les enjeux des réformes possibles, sachant que le Parlement a ensuite exercé son rôle de débat et de décisions.

- Une réforme sur le mariage et sur la filiation mérite aussi une large concertation. Celle-ci devrait être menée tant auprès des citoyens, qu'auprès des institutions qui les représentent : l'UNAF et les UDAF qui représentent l'ensemble des familles, ainsi qu'auprès des associations familiales, associations regroupant des personnes adoptées ou pupilles de l'Etat, associations intervenant dans le champ de la protection de l'enfance, etc.

DEUXIÈME PARTIE :

MARIAGE ET FILIATION POUR LES COUPLES DE MÊME SEXE : ENJEUX ET CONSÉQUENCES

I - L'impact de la suppression de la distinction de sexe sur le mariage

Les effets mécaniques de la suppression de la distinction de sexe dans le mariage – Le législateur peut choisir l'option la plus simple en précisant dans le Code civil (art. 144) que le mariage peut être valablement contracté non seulement par l'homme et la femme (selon les termes de la rédaction actuelle : "L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus") mais également par deux personnes de même sexe. **Cette nouvelle rédaction pourrait modifier non seulement la situation des couples mais aussi celle des enfants par application mécanique des dispositions liées au mariage et/ou à la différence de sexe dans la parenté**, que l'on trouve dans le droit de la filiation, le droit de l'adoption et les dispositions relatives à l'état civil. Pour autant, ces conséquences *a priori* mécaniques seraient fortement limitées en matière de filiation si les règles relatives à l'état civil étaient maintenues en l'état.

Une redéfinition du mariage dans le cadre international – Dans le cadre international, des difficultés sont soulevées par les effets que peuvent avoir les unions de même sexe contractées à l'étranger ainsi que la reconnaissance des doubles filiations établies à l'étranger par adoption ou autrement.

Actuellement, les unions étrangères de même sexe se voient reconnaître un effet dit « atténué » de l'ordre public qui permet leur reconnaissance partielle en droit français (par exemple pour l'achat d'un bien ou pour faire une donation entre époux).

Quant aux filiations établies à l'égard de deux personnes de même sexe, elles sont considérées comme contraires à l'ordre public international français⁹.

On notera enfin que le nombre croissant, mais limité¹⁰, de pays européens reconnaissant le mariage entre personnes de même sexe ou/et l'adoption par des personnes de même sexe pose une difficulté particulière liée à l'intégration européenne dans l'espace de sécurité et de justice qui impose une reconnaissance des décisions de justice dans l'ensemble des pays européens.

⁹ Comme cela a été récemment jugé par la Cour de cassation le 7 juin 2012. Toutefois, en 2010, la même juridiction avait pu reconnaître la validité d'une adoption simple à l'étranger de l'enfant de la compagne de même sexe (Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2010 – ce qu'elle refuse pourtant dans l'ordre interne français) dans la mesure où elle participait d'un processus destiné à faire partager l'autorité parentale aux deux femmes. Dans l'affaire jugée en 2012 il s'agissait d'une adoption menée ensemble par deux personnes de même sexe, ce que la Cour de cassation a condamné.

¹⁰ Voir tableau en annexe 4.

II - L'impact de la suppression de la distinction de sexe dans le mariage sur la filiation

Le statut des enfants partiellement redéfini quant à la filiation et l'état civil – En l'état actuel du droit, l'établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe est prohibé¹¹ y compris lorsque ce type de filiation est établi par une adoption plénière prononcée à l'étranger¹².

Traditionnellement, l'état civil est le reflet d'une réalité biologique qui certes peut être supplantée par une « fiction juridique » (c'est le cas pour l'adoption ou pour l'établissement de la maternité ou de la paternité lors d'une assistance médicale à la procréation avec donneur) mais avec comme référent implicite la filiation « par le sang »¹³, y compris lorsque l'enfant est adopté par une personne seule (filiation monoparentale).

L'état civil fonde juridiquement l'identité de l'enfant dans la mesure où il le situe par rapport à sa filiation ascendante et par rapport à un référent paternel et maternel. La distinction père/mère est présente dans le Code civil comme dans les actes de l'état civil. **Remplacer les termes « père et mère » par « parent » risque d'entraîner des confusions.** Le terme de « parent » est en effet plus vague : c'est un terme générique qui peut recouvrir d'autres personnes que le père et la mère. Ainsi au sens de l'article 734 du Code civil relatif aux ordres d'héritiers les « parents » appelés à succéder sont tout à la fois les enfants et leurs descendants, les père et mère, les frères et sœurs ou encore les collatéraux. Le terme de « parent » ne se limite donc pas à désigner un couple mais vise les membres d'une même famille.

➔ **L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe n'implique pas nécessairement l'abandon des référents paternel et maternel, en particulier dans les actes de l'état civil. Supprimer ces référents et les remplacer par la notion de « parent », sans mention de la distinction de sexe, aurait à l'inverse des conséquences en cascade sur les règles de la filiation¹⁴ dont il serait difficile de déterminer les limites.**

A - L'impact de la suppression de la distinction de sexe dans le mariage sur les modes d'établissement

■ Impact sur la filiation par présomption légale : la présomption de paternité

La présomption de paternité ne peut pas s'appliquer dans le cadre du mariage d'un couple de même sexe. Les règles du Code civil et de l'état civil mentionnant le père et la mère empêchent pour l'heure cette possibilité. Par ailleurs, cette présomption repose sur la vérité biologique : on peut contester la filiation paternelle établie par la présomption de paternité en prouvant que l'homme n'est pas biologiquement le père.

Dans le cas des couples de femmes, l'épouse de même sexe ne pourrait pas aujourd'hui établir son lien de filiation par la présomption de paternité, sauf dispositions spéciales dans la loi à venir : suppression dans l'acte de naissance de toute référence au binôme père/mère, modification de la présomption de paternité en présomption de parenté ou ajout d'une présomption de co-maternité.

¹¹ De fait l'article 57 du Code civil interdit à ce jour l'interdiction d'un double lien de filiation maternelle ou paternelle en ne faisant référence qu'à un seul père et à une seule mère : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet [...] ».

¹² La Cour de cassation l'a érigé en principe d'ordre public international : Cass. 1^{ère} civ. 7 juin 2012.

¹³ Le Code civil évoque les « père et mère par le sang » et la « famille d'origine » pour désigner d'une part la filiation antérieurement établie sur laquelle se superpose la filiation adoptive et d'autre part la parenté issue de ce lien de filiation de naissance (voir : C. civ., art. 370).

¹⁴ Comme la suppression de la présomption de paternité en faveur, par exemple, d'une présomption de coparenté.

Dans le cas de couples d'hommes, même dans le cas très rare d'une filiation maternelle non établie à la naissance, suivie de la reconnaissance paternelle, la présomption à l'égard de l'enfant du mari ne pourra pas non plus jouer puisqu'une filiation paternelle aura déjà été établie, paralysant ainsi le jeu éventuel d'une présomption de paternité par le mariage, sauf dispositions spéciales dans la loi à venir : suppression dans l'acte de naissance de toute référence au binôme père/mère, modification en présomption de parenté ou de co-paternité.

→ **La présomption de paternité pourrait être maintenue et ne jouerait en cas de réforme que pour les couples mariés de sexe différent** (voir scénario F, partie 3 du document).

■ Impact sur la filiation par reconnaissance

Un enfant ne peut, en l'état actuel des textes, voir sa filiation établie à l'égard de deux femmes, voire plus rarement, à l'égard de deux hommes, par simple reconnaissance.

Pour les couples de femmes, l'hypothèse est celle d'une mère dont l'épouse ou la concubine souhaiterait reconnaître l'enfant. Le lien matrimonial ne change rien à la solution retenue aujourd'hui : le lien maternel étant déjà établi, il ne pourra pas, sauf dispositions spéciales dans la loi à venir, être doublé d'une reconnaissance maternelle (l'exclusion résulte de l'article 320 : « *tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait* » : principe chronologique).

Pour les couples d'hommes, il s'agirait de l'hypothèse très rare, d'une filiation maternelle non établie à la naissance suivie d'une reconnaissance : sur ce point encore, le lien paternel ne pourra pas, sauf dispositions spéciales dans la loi à venir, être doublé d'une nouvelle reconnaissance paternelle en raison de l'actuel article 320 du Code civil¹⁵.

Quant à la maternité de substitution, elle est toujours prohibée dans l'ordre juridique interne (C. civ., art. 16-7) et reste de nul effet lorsqu'elle est faite à l'étranger.

→ **Le mariage n'ayant aucun effet sur la reconnaissance qui demeure un acte libre, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe serait, sauf disposition spécifique dans la loi à venir, sans conséquence sur ce mode d'établissement de la filiation.**

■ Impact sur la filiation par possession d'état

Le mariage n'entraîne en tant que tel aucune conséquence directe sur l'établissement d'un lien de filiation par possession d'état. La possession d'état est un mode autonome d'établissement de la filiation. Elle doit être constatée par un simple acte de notoriété dressé par un juge.

L'établissement d'une double filiation paternelle ou maternelle se heurte aux mêmes difficultés que celles qui ont été soulevées précédemment : l'impossibilité d'établir un double lien de filiation paternel ou maternel, par application du principe chronologique (le premier établissement est prioritaire) ce qui suppose, comme on l'a vu que l'acte de naissance puisse encore distinguer le père de la mère et qu'il demeure impossible d'avoir deux mères ou deux pères.

→ **L'établissement de la filiation par possession d'état à l'égard du père ou de la mère étant retranscrit sur les actes d'état civil, le premier lien établi à l'égard d'un homme ou d'une femme interdit tout établissement ultérieur à l'égard d'une personne du même sexe. Un enfant ne peut avoir deux pères ou deux mères par possession d'état dès lors que les règles de l'état civil demeurent inchangées.**

¹⁵ Voir *supra* note 15.

■ Impact sur la filiation par action judiciaire

Il en va de même en cas d'établissement de la filiation par jugement (actions aux fins d'établissement ou tranchant un conflit de filiation). Le juge ne pourra pas consacrer le deuxième lien de maternité ou de paternité en l'état actuel du droit, sauf à contester préalablement le premier (seule l'adoption simple autorise la double maternité et/ou paternité).

B - L'impact sur la procréation médicalement assistée

■ L'accès à l'Assistance Médicale à la Procréation

Selon l'article L 2141-2 du code de la santé publique¹⁶, l'AMP n'est ouverte qu'aux couples dont l'infertilité est pathologique ou qui risquent de transmettre à l'enfant une maladie d'une particulière gravité. La règle se réfère explicitement au couple formé par un homme et une femme.

Il en résulte qu'en l'état actuel des lois bioéthiques récemment révisées, les couples de même sexe (des couples de femmes en raison de l'obstacle créé pour les hommes par la prohibition des maternités de substitution), n'ont pas accès à la procréation médicalement assistée ni en tant que couple, ni en tant que personne seule.

→ **Le recours à l'AMP n'étant pas lié au mariage, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe serait sans effet sur l'accès à l'AMP. Pour aller plus loin, il faudrait revoir le droit de la bioéthique.**

■ La reconnaissance d'un enfant issu de l'AMP au sein d'un couple de même sexe

En raison des textes applicables en France, la naissance d'un enfant né d'une assistance médicale à la procréation avec donneur au sein d'un couple de même sexe ne peut donc avoir été réalisée qu'à l'étranger.

Le parent de l'enfant peut établir légalement son lien de maternité (ou de paternité) mais, sauf modification des règles de l'état civil et de la filiation (voir *supra*), il n'y a aucune possibilité pour l'autre membre du couple de même sexe de reconnaître cet enfant.

→ **L'enfant né d'une AMP réalisée à l'étranger ne peut pas être reconnu par l'épouse de sa mère au retour en France. En l'état du droit positif, les règles de l'état civil s'y opposent.**

C - L'impact sur l'adoption par le couple marié et sur l'adoption de l'enfant du conjoint

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe permettrait en principe l'accès à l'adoption. Rappelons en effet que l'article 346 du Code civil dispose à ce jour que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est pas deux époux* » : en l'état actuel des textes, seuls les couples mariés peuvent adopter conjointement. Puisque l'adoption conjointe est possible dans le cadre matrimonial, sans référence explicite à une différence de sexe, le couple marié de même sexe se verrait en principe reconnaître le droit d'adopter conjointement un enfant.

Toutefois, la distinction des sexes dans l'état civil actuel des enfants empêcherait un couple de même sexe d'adopter conjointement et plénièrement un enfant. Le droit positif s'oppose à ce que tout enfant ait deux mères ou deux pères, l'exception de l'adoption simple étant d'interprétation restrictive.

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe rendrait en revanche possible pour ces couples une adoption simple conjointe¹⁷ car les textes envisagent déjà aujourd'hui le cumul entre d'un côté les père et

¹⁶ L'article L 2142-7 complète ce dispositif en prévoyant l'AMP avec tiers donneur.

¹⁷ L'ouverture de l'adoption simple aux couples de même sexe nécessiterait uniquement que les termes de « mari » et de « femme » soient remplacés à chaque fois que cela sera nécessaire par le terme « d'époux » ou de « conjoint » dans les articles du Code civil relatifs à l'adoption simple (art. 363 et s. du Code civil).

mère de naissance et de l'autre, les père et mère d'adoption. Cette adoption simple remplirait les conditions prévues pour les autres couples mariés, sans altérer pour autant la condition de distinction de sexe dans l'établissement de la filiation. A la différence de ce qui se passe lors d'une adoption plénière, les copies et extraits d'actes d'état civil révèlent aux tiers l'adoption simple et donc les filiations plurielles de l'enfant. Il est bien indiqué que l'enfant est né d'une mère et d'un père¹⁸.

En ouvrant l'adoption simple aux couples de même sexe, la loi ouvrirait également mécaniquement l'adoption simple de l'enfant du conjoint, aujourd'hui refusée aux couples de même sexe pacsés ou concubins.

Dans l'état actuel du droit, un mécanisme de « contournement » a pu être imaginé en utilisant l'adoption simple par la compagne de même sexe, immédiatement suivie d'un transfert de l'autorité parentale au profit de la mère « par le sang ». En effet, des couples de même sexe, féminins, ont demandé, sans succès, à ce que cette adoption simple soit utilisée pour transférer des droits au partenaire de même sexe qui élève l'enfant et a porté avec la mère un « projet parental commun ». Cette adoption a pour effet de dépouiller la mère par le sang de tous ses droits au profit de l'adoptant, ce qui n'est pas l'effet désiré. Même combinée à une délégation-partage de l'autorité parentale au profit de la mère par le sang, l'adoption simple dans ce cas de figure n'a pas été validée par la Cour de cassation¹⁹. Cette position a été récemment jugée non discriminatoire par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe mettrait fin à cette jurisprudence et rendrait inutile ce montage juridique combinant adoption simple et délégation-partage d'autorité parentale. A partir du moment où l'enfant du parent par le sang serait adopté par son époux, en tant que parents mariés ils exerceraient l'autorité parentale et il ne serait plus nécessaire de demander en justice une délégation de l'autorité parentale.

➔ **Concernant les enfants nés d'une AMP à l'étranger, leur adoption par l'épouse de la mère serait possible même si ce procédé demeure fermé aux couples de même sexe en France. En effet, rien dans l'état civil étranger de l'enfant ne permet de déterminer comment l'enfant a été conçu.**

En revanche, concernant les enfants issus d'une gestation pour autrui (GPA) à l'étranger, l'ordre public international français s'oppose toujours à ce que le parent d'intention, qui n'est pas le parent biologique, puisse retranscrire son lien de filiation établi à l'étranger sur les registres français. La jurisprudence a estimé qu'il ne pouvait pas non plus adopter l'enfant issu d'une GPA menée à l'étranger²¹. La réforme visant à autoriser le mariage des couples de même sexe n'y changera rien.

D - L'impact sur l'autorité parentale

Quel que soit le statut du couple (marié, pacsé ou vivant en concubinage), depuis 2002, l'autorité parentale est exercée en commun par les père et mère. Dans le souci d'assurer une « vie familiale normale »²² aux enfants vivant déjà au sein d'une famille composée d'un couple de même sexe, une réforme de la délégation-partage de l'autorité parentale pourrait être engagée.

¹⁸ La règle comporte toutefois une exception. L'article 12, alinéa 2, du décret n° 62-921 du 3 août 1962 relatif à l'état civil précise qu'« en cas d'adoption simple, lorsque les seuls parents légalement connus sont les adoptants ou l'adoptant et son conjoint, ceux-ci seront, sans aucune référence au jugement, indiqués comme père et mère de l'enfant sur les extraits d'actes les concernant ». Ainsi lorsque la famille « par le sang » de l'adopté simple est inconnue, les règles relatives aux extraits d'actes d'état civil sont identiques dans l'adoption plénière et l'adoption simple. Les adoptants sont présentés aux tiers comme ses seuls parents.

L'adoption simple de l'enfant sans filiation préexistante poserait ainsi la même difficulté que l'adoption plénière quant à la distinction des sexes dans la filiation : sauf réforme d'état civil (avec suppression des mentions « père » et « mère »), elle ne devrait donc pas être accessible aux couples de même sexe.

¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007.

²⁰ Cour EDH 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, Req. n° 25951/07.

²¹ Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991, n° 90-20105 : le contrat de mère porteuse portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, constitue un détournement de l'institution de l'adoption, adoption qui ne correspond alors qu'à l'ultime phase d'un processus illicite dans son ensemble.

²² Le droit à la « vie familiale normale » résulte de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que de l'article 8 de la CEDH.

Introduite en 2002, la délégation-partage permet en effet au(x) parent(s) exerçant l'autorité parentale de confier à un tiers un exercice concurrent de leurs (ou de ses) prérogatives éducatives à l'égard de leur (ou de son) enfant. A défaut de délégation-partage, l'autre membre du couple peut théoriquement exercer des actes usuels relatifs à la personne de l'enfant mais il reste dépourvu de titre dans ses rapports avec les tiers (administration, école, etc.).

C'est dans ce cadre que, par un arrêt du 24 février 2006 émanant de sa première chambre, la Cour de cassation a fait valoir que l'article 377 alinéa 1^{er} du Code civil ne s'opposait pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'assouplissement de la procédure et des conditions de la délégation-partage est une autre possibilité offerte au législateur pour permettre aux enfants vivant auprès d'un couple de même sexe de leur voir reconnu des prérogatives et obligations parentales, sans avoir à modifier les règles du droit de la filiation.

➔ **Afin d'aménager l'exercice de l'autorité parentale pour un tiers ayant la charge effective de l'éducation de l'enfant (indépendamment de l'orientation sexuelle du couple dans lequel il vit), la délégation-partage de l'autorité parentale au profit du membre du couple de même sexe ou de sexe différent, marié ou non, pourrait être facilitée par la loi, tant du point de vue procédural que des conditions de mise en œuvre.**

Il pourrait être possible de supprimer l'intervention d'un juge pour la remplacer par une déclaration conjointe enregistrée au greffe du TGI (ou auprès de l'officier d'état civil), avec autorisation de l'autre parent, comme cela existe déjà en matière d'exercice de l'autorité parentale conjointe entre père et mère. Elle peut être complétée d'une tutelle testamentaire en cas du décès du parent, ce qui permettrait de confier, après décision de justice, la tutelle de l'enfant après décès de son père ou de sa mère à son conjoint.

En revanche, en l'état actuel du droit, cette délégation, contrairement à l'adoption simple, n'ouvrira pas de droit au nom, ni ne créera d'obligation alimentaire réciproque ou de possibilité de succession en ligne directe. Elle prendra fin également à la majorité de l'enfant.

TROISIÈME PARTIE :

ACCORDER DE NOUVEAUX DROITS AUX COUPLES DE MÊME SEXE : LES ÉVENTUELS SCÉNARI

A ce jour, le mariage entraîne l'ouverture de certains droits et devoirs spécifiques aux couples mariés qui demeurent inaccessibles aux couples de même sexe. Le candidat François Hollande ayant déclaré, en réponse au questionnaire de l'UNAF, que des « *engagements différents [impliquaient] des droits différents* », on se limitera ici à envisager les nouveaux droits qui pourraient être accordés aux couples de même sexe mariés, et non aux couples de concubins ou de partenaires liés par un PACS. Toutefois, une extension progressive de ces droits à tous les couples n'est pas à exclure²³.

L'objectif de cette partie est d'aborder de manière synthétique les effets éventuels de l'ouverture de nouveaux droits aux couples de même sexe, selon une approche graduée.

A - Ouverture du mariage aux couples de même sexe

En ouvrant de nouveaux droits aux personnes de même sexe par la voie du mariage, tous les couples (de même sexe comme de sexe différent) auraient accès au même statut juridique. Un statut qui accorde des droits de filiation.

Le mariage tel qu'il est aujourd'hui prévu par les textes constitue la reconnaissance – actuelle ou future - du couple parental. Il représente l'engagement commun du couple envers les enfants à venir : l'article 203 du Code civil dispose ainsi que « *les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* »²⁴. Certes le mariage est à ce jour dissocié de la fécondité et n'implique pas nécessairement que le couple ait des enfants communs : il suppose toutefois toujours cette potentialité. A l'inverse, le PACS ne fait jamais référence aux enfants. Il constitue uniquement un engagement réciproque des partenaires, de nature patrimoniale et, dans une moindre mesure, personnelle.

L'accès au mariage, même sans droit de filiation, ouvrirait de nouveaux droits aux couples de même sexe par rapport au PACS.

La réforme permettrait d'abord aux couples de même sexe d'accéder à une **cérémonie de mariage** à la mairie. La dimension symbolique de cette cérémonie officialise l'existence du couple dans la sphère publique (publication des bans, inscription en marge des actes d'état civil, publicité de la cérémonie...). Aujourd'hui certaines mairies organisent certes des cérémonies républicaines de PACS mais qui sont dépourvues d'effets et qui n'imposent pas le respect de formalités particulières. Si le mariage devait être ouvert aux couples de même sexe, se poserait la question du maintien de la cérémonie telle qu'elle est aujourd'hui prévue par les textes. En effet, dès la cérémonie du mariage, l'engagement commun à l'égard des enfants est présent. **Ainsi, si aucun droit à la filiation ne leur était reconnu, se poserait la question de la lecture ou non par l'officier d'état civil aux futurs époux des articles du Code civil relatifs aux enfants (ex : lecture de l'article 213 CC : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur***

²³ Elle paraît même latente dans l'expression « adoption pour tous » déjà utilisée par le gouvernement. L'une des propositions de loi analysée citée en annexe vise spécifiquement à ouvrir l'adoption simple en couple aux concubins.

²⁴ L'article 213 CC dispose également que « *les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ».

avenir») et à l'autorité parentale²⁵. En tout état de cause, il faudrait réécrire l'article 75 du Code civil qui précise que les intéressés se prennent « pour mari et femme ».

Aujourd'hui les couples mariés disposent de **droits patrimoniaux** dont les couples de même sexe ne bénéficient pas, faute de pouvoir avoir accès au mariage. Certes les réformes du PACS ont rapproché les effets de ces deux statuts juridiques sur le plan strictement patrimonial mais certaines différences subsistent. Pour exemple, le partenaire du PACS²⁶ n'est pas héritier et a fortiori ne bénéficie pas des droits des héritiers réservataires, contrairement au conjoint marié. En accédant au mariage, les couples de même sexe pourraient bénéficier des règles de succession applicables à ce jour aux couples de sexe différent mariés, mais aussi des régimes matrimoniaux ou encore de la pension de réversion. Ouvrir le mariage aux personnes de même sexe permettrait de faire bénéficier tous les couples mariés des mêmes droits patrimoniaux.

L'introduction dans le Code civil du mariage entre personnes de même sexe signifierait corrélativement **l'accès au divorce**. En l'absence d'enfants communs, le juge aux affaires familiales n'aurait pas à aménager les modalités d'exercice de l'autorité parentale, sauf à permettre à l'époux qui n'est pas le parent légal de l'enfant vivant au sein du couple de maintenir des contacts avec lui (celui-ci demeurant juridiquement un tiers vis-à-vis de l'enfant) : soit en homologuant la convention établie par le couple en s'assurant du respect de l'intérêt de l'enfant, soit en lui accordant un droit de visite et d'hébergement en vertu de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil. De plus, les couples de même sexe souhaitant divorcer pourraient alors se prévaloir de la violation d'un des devoirs du mariage pour obtenir le divorce pour faute ou encore avoir droit à une prestation compensatoire.

Soulignons que limiter les effets du mariage en matière de filiation supposerait de distinguer systématiquement dans le Code civil les couples mariés de même sexe, des couples de sexe différent. En particulier l'adoption conjointe étant ouverte aux couples mariés²⁷, ce premier scénario reviendrait à **retirer des droits** à une catégorie particulière en complétant par exemple l'article 346 du Code civil de sorte à ce qu'il dispose dorénavant que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux de sexe différent* ».

Dissocier le mariage de la filiation créerait une confusion au sein d'un même statut juridique et introduirait une différence de traitement entre les couples mariés.

B - Création d'un statut spécifique aux couples de même sexe

Pour préserver la spécificité du mariage en tant qu'institution tournée vers les enfants actuels ou à venir du couple, une « union civile » pourrait être proposée pour accorder de nouveaux droits aux couples de même sexe. Elle leur serait réservée au même titre que le mariage resterait propre aux couples de sexe différent. **Certains pays européens ont fait ce choix en réservant un statut juridique spécifique aux couples de même sexe avec des droits dédiés plus ou moins importants (voir tableau en annexe).**

La création de ce nouveau statut permettrait d'accorder aux couples de même sexe de nouveaux droits non acquis dans le cadre du PACS, dont il faudrait déterminer l'étendue. L'« union civile » permettrait d'abord l'accès à une cérémonie spécifique à la mairie, qui imposerait le respect d'une publicité ainsi que l'inscription de l'union en marge des actes d'état civil du couple. Le couple bénéficierait

²⁵ Ex : art. 371-1 CC : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.*

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

²⁶ Les partenaires peuvent toutefois disposer par testament de la quotité disponible de leur patrimoine qui sera ainsi léguée au partenaire survivant avec exonération totale des frais de succession. Ils peuvent aussi le faire bénéficier d'une donation dans les mêmes limites.

²⁷ L'article 346 du Code civil dispose en effet que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ».

également des mêmes droits patrimoniaux, fiscaux et sociaux que ceux ouverts à ce jour aux couples mariés (par exemple chaque membre du couple serait héritier réservataire de l'autre). Le cas échéant une diversité de régimes des biens - allant au-delà de ce que permet aujourd'hui le PACS²⁸ - pourrait leur être proposée en s'inspirant des régimes matrimoniaux. La séparation du couple supposerait obligatoirement un contrôle du juge aux affaires familiales (JAF) et permettrait l'allocation d'une prestation compensatoire.

Dans ce scénario, **les droits de filiation seraient examinés indépendamment de la situation des couples de sexe différent**. L'adoption pourrait être par exemple réservée à l'enfant du conjoint. En tout état de cause, la présomption de paternité resterait réservée aux couples mariés de sexe différent. De plus, la procédure et les conditions de la délégation-partage de l'autorité parentale pourraient aussi être assouplies dans le cadre de l'« union civile », si l'un des membres du couple est le parent légal d'un enfant. Il pourrait être possible de supprimer l'intervention d'un juge pour la remplacer par une déclaration conjointe enregistrée au greffe du TGI (ou auprès de l'officier d'état civil), avec autorisation de l'autre parent, comme cela existe déjà en matière d'exercice de l'autorité parentale conjointe entre père et mère. Elle pourrait être complétée d'une tutelle testamentaire en cas du décès du parent, ce qui permettrait de confier, après décision de justice, la tutelle de l'enfant après décès de son père ou de sa mère à l'autre membre du couple.

C - Accès à l'adoption simple de l'enfant du conjoint

En plus des modifications précédemment mentionnées, **l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, ou la création d'un statut spécifique pourraient permettre à l'un des deux « époux » d'adopter simplement l'enfant de son conjoint**.

L'indifférence de l'âge de l'adopté, le rattachement à deux familles et la double filiation qu'elle implique toujours – une filiation d'origine fondée sur le lien de sang et une filiation exclusivement juridique révocable – marquent la spécificité de l'adoption simple. Elle ne donne pas lieu à l'annulation de l'acte de naissance : l'enfant demeure né d'un père et d'une mère (connus ou non), et une simple mention de la décision d'adoption est apposée en marge de son acte de naissance.

L'adoption simple réalise en principe un transfert de l'autorité parentale au profit de l'adoptant. Celui-ci est, aux termes de l'article 365 du Code civil, seul investi à l'égard de l'adopté mineur de tous les droits d'autorité parentale. La loi organise une exception lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint mais ce dernier en conserve l'exercice. Toutefois la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a assoupli cette restriction en autorisant le parent d'origine et le conjoint adoptant à procéder à une déclaration conjointe adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité (article 365 du Code civil simplifié par la loi du 13 décembre 2011).

Aujourd'hui, l'adoption simple est utilisée dans la grande majorité des cas d'adoption de l'enfant du conjoint, unique technique juridique de filiation permettant de consacrer les secondes familles. Or l'adoption simple de l'enfant du conjoint n'est pas à ce jour accessible aux couples de concubins ou de partenaires pacsés, de même sexe comme de sexe différent. **En permettant l'union des couples de même sexe, la réforme pourrait leur donner accès à l'adoption simple de l'enfant du conjoint, sans modifier les règles de l'état civil**. Partant, les référents père/mère demeureraient inscrits dans l'état civil de l'enfant tout en permettant aux enfants vivant déjà au sein d'un foyer composé d'un couple de même sexe de voir reconnaître le conjoint du parent légal comme un parent juridique. L'adoption simple permet, rappelons-le, d'avoir deux pères ou deux mères.

Soulignons à nouveau que limiter l'accès des époux de même sexe à la seule adoption simple de l'enfant du conjoint nécessiterait de créer une différence de traitement au sein d'un même statut juridique en

²⁸ Le PACS permet aujourd'hui de choisir entre l'indivision et la séparation de biens avec des possibilités limitées d'aménagement.

réservant explicitement dans la loi l'adoption conjointe aux couples mariés de sexe différent. En revanche, la création d'une « union civile » permettrait de limiter les droits de filiation associés, en ouvrant accès, par exemple, à la seule adoption simple de l'enfant du conjoint.

D - Accès à l'adoption simple conjointe

En l'état actuel du droit positif, le mariage est le seul statut juridique ouvrant droit à l'adoption conjointe (article 343 du Code civil). Un couple pacsé ou de concubins pouvant adopter ensemble un enfant : aujourd'hui un couple de même sexe ne peut donc adopter un enfant conjointement, bien que chacun puisse adopter seul.

L'adoption simple, à la différence de l'adoption plénière qui ne concerne que les mineurs de moins de quinze ans (art. 345 du Code civil), est permise pendant toute la minorité de l'adopté et pendant l'âge adulte. L'article 360 du Code civil, qui lui est spécifique, indique en effet que « l'adoption est permise quel que soit l'âge de l'adopté ». Peuvent donc faire l'objet d'une adoption simple les majeurs sans aucune restriction ainsi que les mineurs, à condition que ces derniers soient adoptables. Comme pour l'adoption plénière sont adoptables les mineurs qui relèvent de l'une des trois catégories définies à l'article 347 du Code civil :

- les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;
- les pupilles de l'État (sous condition d'agrément du couple) ;
- les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350 du Code civil.

En permettant l'union (mariage ou « union civile ») des couples de même sexe, le législateur pourrait leur donner accès à l'adoption simple conjointe sans modifier les règles de l'état civil et sans remettre en cause la prohibition de l'établissement d'une double filiation maternelle ou paternelle. En effet, comme exposé *supra* l'adoption simple est une adoption additive qui superpose un lien de filiation juridique au lien de filiation par le sang. Les référents père/mère sont donc conservés dans l'état civil de l'enfant. L'ouverture de l'adoption simple conjointe aux couples mariés de même sexe nécessiterait uniquement que les termes de « mari » et de « femme » soient remplacés à chaque fois que cela sera nécessaire par le terme « d'époux » ou de « conjoint » dans les articles du Code civil relatifs à l'adoption simple (art. 363 et s. du Code civil).

A noter toutefois que ce scénario n'emportant pas modification des règles de l'état civil, l'adoption simple conjointe de l'enfant sans filiation préexistante ne serait pas possible. Dans ce cas en effet, les règles relatives aux extraits d'actes d'état civil sont identiques à celle de l'adoption plénière²⁹. L'adoption simple conjointe se heurterait alors à l'interdiction actuelle d'établir un double lien de filiation maternelle ou paternelle.

Soulignons enfin que limiter l'accès des époux de même sexe à la seule adoption simple conjointe nécessiterait d'introduire une différence de traitement au sein d'un même statut juridique en réservant explicitement dans la loi l'adoption plénière aux couples mariés de sexe différent. En revanche, la création d'une « union civile » permettrait de limiter les droits de filiation associés, en ouvrant accès uniquement à l'adoption simple.

²⁹ L'article 12 du décret n°68-148 du 15 février 1968 dispose en effet qu' « en cas d'adoption simple, lorsque les deux parents légalement connus sont les adoptants ou l'adoptant et son conjoint, ceux-ci seront, sans aucune référence au jugement, indiqués comme père et mère de l'enfant sur les extraits des actes le concernant ».

E – Accès à l'adoption plénière

A ce jour, l'adoption plénière conjointe n'est possible que pour un couple marié, donc pour des époux de sexe différent. En conséquence, un couple de concubins ou un couple de partenaires pacsés ne peut pas adopter le même enfant (art. 346 CC)³⁰.

L'adoption plénière a été conçue sur le modèle de la filiation par le sang. Elle assimile l'enfant adopté à l'enfant né du couple, le rattachant irrévocablement aux adoptants (art 359 CC) et emporte rupture totale du lien de parenté fondé sur le sang (art. 356 CC). L'adoption plénière modifie l'état civil de l'enfant (art. 354 CC) : la décision de justice prononçant l'adoption est transcrite sur les registres d'état civil qui ne font plus désormais apparaître que le nom du père et/ou de la mère adoptifs.

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint peut également être mise en œuvre, bien que l'adoption simple lui soit souvent préférée. L'article 345-1 CC n'autorise l'adoption plénière de l'enfant du conjoint que dans trois cas :

- Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; il n'y a alors pas de rupture d'un lien de filiation préexistant mais au contraire comblement d'un vide.
- Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; l'idée est alors de remplacer le parent gravement défaillant par un parent adoptif.
- Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ; l'adoption est autorisée parce que la branche familiale paraît doublement desséchée : au niveau du parent qui est décédé et au niveau des grands-parents, eux-mêmes décédés, ou indifférents à leur petit-enfant orphelin.

En permettant l'union (mariage ou « union civile ») des couples de même sexe, la réforme pourrait leur donner accès à l'adoption plénière³¹. A ce jour, deux obstacles empêchent les couples de même sexe d'adopter plénièrement un enfant : l'interdiction du mariage entre deux personnes de même sexe et le principe d'ordre public qui s'oppose à l'établissement d'un double lien de filiation maternelle ou paternelle. La réforme du mariage pourrait faire tomber le premier obstacle. Le principe d'ordre public disparaîtrait également si le choix législatif portait sur l'ouverture de l'adoption plénière aux couples mariés de même sexe.

Les règles de l'état civil seraient amendées afin qu'un enfant puisse avoir deux pères ou deux mères en cas d'adoption plénière conjointe par un couple de même sexe ou d'adoption plénière de l'enfant du conjoint.

Si l'interdit de l'établissement d'un double lien de filiation paternelle ou maternelle tombait concernant l'adoption plénière – qui, rappelons-le, est calquée sur la filiation biologique - la question du maintien de cet interdit serait nécessairement posée concernant l'ensemble des modes d'établissement de la filiation prévus par le Code civil (reconnaissance, possession d'état, et peut-être même l'actuelle présomption de paternité). Même si la disparition de cet interdit venait à être inscrite dans la loi, l'équilibre général du droit de la filiation et sa cohérence s'en trouveraient inmanquablement modifiés.

³⁰ Les règles qui réservent l'adoption conjointe aux couples mariés ont été jugées non discriminatoires par la CEDH dans l'arrêt *Gas et Dubois contre France* du 15 mars 2012. La Cour avait rappelé que « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent [...] Par conséquent, on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes [unies par un PACS] se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés. [...] Pour l'essentiel, la Cour relève que des couples placés dans des situations juridiques comparables, la conclusion d'un PACS, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple. Elle ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes. »

³¹ Au-delà de la question juridique que pose l'accès à l'adoption plénière des couples de même sexe sous condition de mariage, se pose celle de l'ouverture de ce nouveau droit alors même que les conditions d'adoption se restreignent (nombre décroissant d'enfants adoptables à l'international comme au niveau national).

F –Maintien ou suppression de la présomption de paternité

A ce jour, le lien de filiation est établi différemment à l'égard du père et de la mère. Concernant la mère, son lien de filiation est établi du seul fait de l'accouchement³² par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance (art. 311-25 du Code civil). Dans le cas d'un couple marié, l'article 312 du Code civil pose une présomption de paternité en faveur du mari : « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».

Cette présomption est directement liée au devoir de fidélité imposé aux époux par l'article 212 du Code civil. La présomption de paternité peut être écartée dans un certain nombre de cas³³ mais également être contestée. Ainsi si la paternité du mari, établie par présomption et confirmée par l'inscription de son nom dans l'acte de naissance, n'est pas corroborée par la possession d'état (le mari ne s'occupe pas de l'enfant), l'article 334 CC ouvre cette contestation à tout intéressé dans un délai de 10 ans³⁴. A l'inverse si cette paternité est accompagnée d'une possession d'état d'au moins 5 ans, elle devient inattaquable, cette disposition ayant pour but de sécuriser la filiation. Si la possession d'état est inférieure à 5 ans, seuls le père, la mère, l'enfant et celui qui prétend être le parent peuvent agir.

Eu égard aux difficultés juridiques soulevées par l'introduction en droit d'une présomption de parenté, cette revendication ne s'est jamais traduite dans les textes³⁵. Aucun pays ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe ne semble avoir supprimé cette présomption ou l'avoir remplacée par une présomption de « parenté »³⁶ : à ce jour, aucun contentieux n'a été soulevé devant la Cour européenne des droits de l'Homme sur ce point de droit. Elle semble donc pouvoir être maintenue et rester un acquis pour les couples mariés de sexe différent, sans pour autant qu'il s'agisse d'une disposition discriminatoire.

L'institution d'une présomption de parenté purement sociale pose par ailleurs d'emblée la question de sa contestation, et nécessite de s'interroger sur la possibilité d'admettre qu'il n'y en ait aucune. La présomption de « parenté » ne pourrait plus être combattue par le biais d'une expertise biologique, contrairement à la présomption de paternité qui repose sur la vraisemblance que le mari est le père de l'enfant.

Si le mariage devait être ouvert aux couples de même sexe, la présomption de paternité pourrait continuer à s'appliquer en l'état uniquement pour les couples de sexe différent.

³² Cette règle est issue de l'adage *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine). Seul l'accouchement anonyme et sous le secret permet d'y déroger.

³³ Enumérés à l'article 313 CC : elle est écartée « *lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation* ».

³⁴ Rappelons qu'en matière de filiation, l'expertise biologique est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner (Civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. n° 103).

³⁵ Quant à la présomption de co-maternité introduite au Québec, elle correspond en fait au mécanisme de reconnaissance quasi obligatoire connu du droit français en matière d'AMP (faute de reconnaissance volontaire, le juge peut être saisi pour établir judiciairement la filiation).

³⁶ Le Québec a institué une présomption de « co-maternité » pour les couples de femmes ayant recours à l'AMP. En France, si le législateur devait ouvrir l'AMP aux couples de même sexe, cela correspondrait au mécanisme de reconnaissance mis en place par la loi, qui oblige l'époux à établir son lien de filiation dès lors qu'il a donné son consentement à l'AMP avec tiers donneur. En France, si le législateur devait ouvrir l'AMP aux couples mariés de même sexe, il faudrait par une technique juridique proche de la présomption de paternité imposer l'établissement de la filiation au parent qui a donné son consentement à une AMP.

G - Accès aux techniques d'AMP pour les couples de femmes

L'article L 2141-1 du Code de la santé publique, modifié dernièrement par la loi de bioéthique du 7 juillet 2011, définit l'assistance médicale à la procréation (AMP) comme les « *pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle.* » Elle s'adresse à un couple formé d'un homme et d'une femme « *vivants, en âge de procréer* » et est destinée à remédier à une infertilité « *dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* » ou à éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple « *d'une maladie d'une particulière gravité* » (art. L 2141-2 CSP). En l'état du droit positif, l'AMP demeure donc réservée à des indications de nature médicale concernant un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer. L'AMP est par conséquent fermée aux célibataires³⁷ ainsi qu'aux couples de même sexe.

L'accès aux techniques d'AMP n'est plus lié aujourd'hui au mariage ni même à une condition de stabilité du couple (anciennement la loi imposait une stabilité du couple de 2 ans au moins). **La réforme du mariage devrait donc être sans conséquence sur les conditions d'accès à l'AMP. Toutefois, si la réforme devait entraîner l'ouverture de l'adoption aux couples mariés de même sexe, leur reconnaissant ainsi un droit de filiation, la question de l'accès à l'AMP serait probablement soulevée.**

Pour modifier la législation relative à l'AMP, le gouvernement devrait réviser la loi de bioéthique pourtant récemment modifiée le 7 juillet 2011³⁸. Cette révision nécessiterait des consultations incompatibles avec le calendrier annoncé par le gouvernement (états généraux, étude d'impact, avis du Conseil d'Etat, de l'Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques ou encore du Comité consultatif national d'éthique). Il n'est pas souhaitable qu'une réforme de cette ampleur intervienne sans respecter ce processus de concertation et encore moins au détour d'un amendement parlementaire. Rappelons que la loi de bioéthique a mis en place un ensemble de principes (refus de l'AMP post-mortem ou encore de l'AMP pour les célibataires) construits autour de la primauté d'une réponse à un problème médical d'infertilité. L'équilibre ainsi instauré serait immanquablement modifié.

Une telle réforme pourrait également entraîner un bouleversement du droit de la filiation et une modification des règles de l'état civil. En l'état du droit positif, en cas de recours à un tiers donneur (ce qui sera nécessairement le cas pour un couple de femmes), l'article 311-20 du Code civil pose un certain nombre de conditions dont l'établissement du lien de filiation de l'enfant né de l'AMP.

En conséquence, au sein d'un couple de femmes qui aurait recours à l'AMP, celle qui ne serait pas la parturiente verrait nécessairement son lien de filiation avec l'enfant établi. L'enfant aurait donc deux mères par le seul effet du consentement donné à l'AMP ce qui annulerait de fait le principe d'ordre public qui interdit à ce jour l'établissement d'un double lien de filiation maternelle. De plus, l'admission d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe dans le cadre de l'AMP poserait la question du maintien de ce principe dans le cadre des autres modes d'établissement de la filiation (reconnaissance, possession d'état et présomption). A nouveau, la cohérence et l'équilibre du droit de la filiation seraient altérés.

³⁷ Lors du processus d'adoption de la loi du 7 juillet 2011, le Sénat avait adopté une disposition qui permettait aux couples de femmes de recourir à l'AMP. Les députés avaient finalement rejeté cet amendement.

³⁸ Rappelons qu'en application de la clause de révision insérée dans la loi du 7 juillet 2011, celle-ci devra faire l'objet d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximal de 7 ans.

H - Légalisation de la gestation pour autrui

L'expression « gestation pour autrui » (GPA) recouvre une pluralité de pratiques dont le point commun réside dans le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'autrui, un couple, de même sexe ou de sexe différent, ou une personne célibataire. Selon les pays qui admettent ces pratiques, le système est organisé soit par la loi, soit par contrat. L'enfant peut être conçu *in vitro* à partir des gamètes du couple commanditaire, ou à partir du sperme d'un donneur et de l'ovocyte d'une donneuse. La mère porteuse peut aussi porter l'enfant conçu après insémination, avec le sperme du mari ou du concubin commanditaire, de ses propres ovocytes. Dans tous les cas, l'enfant porté par cette femme est remis aux demandeurs après sa naissance. Pour que l'opération aboutisse totalement, un lien de filiation doit être établi à l'égard de ces derniers.

Malgré un rapport sénatorial préconisant la légalisation de la GPA en 2008, la loi de bioéthique du 7 juillet 2011 a conservé son interdiction³⁹, les débats parlementaires ayant permis de mettre en exergue les nombreux risques et dérives éthiques qui résulteraient inévitablement d'une telle légalisation. En réponse au questionnaire de l'UNAF, le candidat François Hollande avait réaffirmé son refus de légaliser la GPA, s'opposant à « toute marchandisation du corps humain ». La légalisation de la GPA ne semble donc pas à ce jour d'actualité.

Toutefois, les revendications en la matière pourraient à nouveau s'exprimer si les couples de femmes pouvaient à l'avenir avoir recours à l'AMP avec tiers donneur. La GPA représenterait, en effet, le seul moyen pour les couples d'hommes d'établir un lien de filiation avec un enfant partageant le patrimoine génétique d'un des deux « pères ». **Une réforme conduite au nom de l'égalité et de la non-discrimination mènerait inmanquablement à envisager la légalisation de la gestation pour autrui, sauf à considérer que le principe d'égalité puisse continuer à souffrir d'exceptions fondées sur la différence de situations**⁴⁰. On admettrait ainsi de maintenir l'interdiction de la GPA au nom de la non-marchandisation du corps humain.

³⁹ L'article 16-9 du Code civil érige cette interdiction en principe d'ordre public.

⁴⁰ Décision n°2010-92 QPC du 28 janvier 2011

CONCLUSION :

Nouveaux droits pour les couples de même sexe : les propositions de l'UNAF

Après avoir analysé en profondeur les enjeux et éventuels effets juridiques de l'accès des couples de même sexe au mariage et à l'adoption, le conseil d'administration de l'UNAF a pris position sur les différents scénarii possibles.

Evaluer les effets pour tous

Le projet gouvernemental ne consiste pas seulement à accorder de nouveaux droits aux couples de même sexe mais il modifie le droit pour tous. Ainsi, cette réforme réinterroge les modes d'union en France, le rôle accordé aux pères et aux mères, la filiation, la parenté, la parentalité. Dès lors, le débat ne saurait se réduire à un « pour ou contre » le mariage, voire l'adoption, pour les couples de même sexe, mais il doit s'attacher à analyser les conséquences directes pour l'ensemble des citoyens.

Préserver les spécificités des pères et des mères

Au motif de donner de nouveaux droits aux couples de même sexe, il est prévu de supprimer systématiquement tous les termes pères et mères, en modifiant l'ensemble des textes dans lesquels ils figurent (mariage, filiation, prestations sociales, entres-autres). Les 14 millions de pères et de mères se verraient ainsi dépossédés du droit d'être reconnus comme tels par la loi. L'UNAF demande le maintien des droits existants pour tous, y compris celui d'être désignés par la loi comme « père » et « mère ».

La suppression des termes « pères » et « mères » risque d'anéantir les efforts du législateur pour tenir compte des spécificités liées à la maternité, d'une part, et à la paternité, d'autre part (création du congé paternité 2001 - loi sur l'autorité parentale mars 2002). Traduction concrète de cette logique de suppression : un amendement au PLFSS 2013 prévoit d'étudier la suppression du congé de paternité, et son remplacement par un congé d'accueil.

Enfin, le remplacement des termes « père » et « mère » par le terme « parent », beaucoup plus flou, rend incohérents les dispositifs spécifiques à la maternité ou à la paternité, et crée de la confusion sur les référents parentaux : impacts sur l'état civil, sur l'autorité parentale, sur l'obligation alimentaire, notamment.

Préserver les droits des enfants

Tout d'abord, les termes « adoption pour tous » sont inappropriés, car l'accès à l'adoption est déjà soumis à de nombreuses conditions réglementaires et limité dans la pratique. L'emploi de ces termes assimile la réforme à la création d'un droit « à l'enfant », que l'UNAF, avec les associations de protection de l'enfance, a toujours rejeté.

De plus, ouvrir l'ensemble de l'adoption aux couples de même sexe pose en particulier la question de l'adoption plénière. Alors qu'un enfant ne peut naître que d'un homme et d'une femme, l'accès éventuel à l'adoption plénière remettrait juridiquement en cause cette réalité, laissant croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe. C'est pourquoi l'UNAF est majoritairement défavorable à l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe.

Si les parcours de vie peuvent priver un enfant d'un de ses parents, l'UNAF considère que la loi ne doit pas priver délibérément un enfant de père ou de mère, dès sa conception. A cet égard, l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) pour les couples de femmes reviendrait à « confectionner des enfants sans père », de même que la gestation pour autrui (mère porteuse) reviendrait à priver les enfants de leurs mères. C'est pourquoi l'UNAF souhaite le maintien de l'accès à l'AMP pour des raisons strictement médicales et le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui.

Rappeler le rôle du mariage civil

En l'état actuel du droit, le mariage est conforme à la Constitution et au principe d'égalité. Les droits européen et international n'imposent aucune modification. Il n'y a pas de discrimination : à situation différente correspondent des droits et des devoirs différents.

Se positionner sur le mariage nécessite de se positionner sur la question des enfants. Le mariage civil français est en effet une institution républicaine créée pour protéger les femmes et les enfants nés et à naître : il est donc intrinsèquement sexué et lié aux enfants. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe entraînerait donc leur accès à la filiation. En outre, cette ouverture obligerait à instituer des différences au sein d'un même statut, jusqu'alors unique.

Pour ces raisons, l'UNAF est majoritairement opposée au mariage de deux personnes du même sexe.

Créer une « union civile » pour ouvrir de nouveaux droits

Comme le PACS ne permet, ni une reconnaissance publique de l'engagement au sein des couples de même sexe, ni leur accès à des droits sociaux et patrimoniaux équivalents à ceux des couples mariés, l'UNAF propose de créer une « union civile » pour les couples de même sexe. Tel est le cas notamment en Allemagne. Ce statut permettrait de leur accorder de nouveaux droits sans créer de différences au sein du mariage et sans rien retirer aux couples mariés. De plus, le législateur pourrait alors choisir l'amplitude de droits spécifiques attachés à ce statut. Dans ce cadre, l'UNAF est favorable à la recherche de solutions permettant de sécuriser la situation des enfants ne disposant que d'un seul lien de filiation.

Prendre le temps de la consultation

Les instances saisies en urgence pour avis, CNAF, CNAM, Conseil supérieur de l'adoption, n'ont pas donné d'avis favorable sur l'avant-projet de loi que le gouvernement entend déposer tout prochainement. Face à un tel débat de société, l'UNAF déplore la précipitation avec laquelle est menée cette réforme et réclame une large concertation afin que soient entendus les avis des juristes - car une telle réforme aura des impacts sur l'ensemble du Droit - mais aussi les psychologues, spécialistes de l'adoption, représentants des enfants adoptés, associations de protection de l'enfance, médecins, etc. L'expérience des pays ayant ouvert de nouveaux droits aux couples de même sexe, sous la forme ou non du mariage, doit également être évaluée.

Le débat public montre l'étendue des interrogations soulevées par cette réforme. L'UNAF juge nécessaire de concilier l'amélioration de la situation des couples de même sexe avec le respect de différents droits : droits des enfants, droits des mères, droits des pères. En conséquence, elle appelle le Gouvernement et le Parlement à explorer d'autres voies que celles du mariage et de l'adoption pour atteindre cet objectif.

ANNEXE 1

Le mariage et le PACS : État des lieux du droit positif

1) L'exclusivité du statut du mariage

Nature biologique sexuée, régime juridique égalitaire

– Le droit matrimonial est devenu égalitaire sur le plan des droits et obligations des époux, mais reste défini par une distinction des sexes (sous-entendue dans l'article 144 C. civ. et énoncée dans l'article 75 à propos des parties à la célébration, « déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme »).

Un contrat et une institution – La nature juridique du mariage est restée double : contrat (les époux « contractent mariage » et parfois, accessoirement, prévoient un « contrat de mariage » pour régler chez un notaire le sort de leur bien) et institution (le mariage est un statut qui n'est pas soumis à la libre négociation contractuelle).

En particulier, il est rappelé aux époux lors de la cérémonie matrimoniale qu'ils contractent ensemble l'obligation de subvenir aux besoins des enfants communs (lecture de textes relatifs à l'autorité parentale). **Cette obligation matérialise le lien entre le mariage et la filiation**, qui se manifeste notamment par la présomption de paternité.

Une institution familiale – Bien qu'aujourd'hui plus d'un enfant sur deux naisse hors mariage, le Code civil lie le mariage à la filiation en prévoyant dans un article 312, demeuré pratiquement inchangé depuis 1804, que l'enfant de la femme conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. Cette présomption rappelle que la filiation est sexuée tout comme le mariage, la filiation s'établissant distinctement à l'égard de la mère (par l'inscription de son nom dans l'acte de naissance) et du père (par l'inscription de son nom dans l'acte de naissance et l'application de la présomption de paternité). La présomption de paternité ne peut être légalement écartée que dans un certain nombre d'hypothèses bien précisées.

Le mariage crée également des liens juridiques appelés liens d'alliance qui placent les époux dans une généalogie à la fois symbolique (la parenté par alliance) et juridique (par exemple, c'est le mariage qui crée une obligation alimentaire entre gendres/brus et beaux-parents et une solidarité entre conjoints).

Une institution publique autant que privée – Contrairement à la perception commune, le mariage, acte solennel, relève tant de la matière publique que privée. La cérémonie matrimoniale et les formalités tant préalables (publication des bans par exemple) que postérieures (état civil) à celles-ci manifestent le caractère public de cette institution.

Il faut noter que le PACS est inscrit depuis 2007 (date d'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006) en marge de l'acte de naissance des partenaires et figure dans l'acte de décès depuis la loi du 17 mai 2011. Cette évolution est la marque d'une modification de la nature juridique du PACS, qui demeure contractuelle mais se teinte d'éléments

institutionnels (introduction également d'une assistance entre partenaires, C. civ., art. 515-4).

Ainsi, le mariage reste fortement marqué par sa dimension institutionnelle, l'aspect contractuel de cette union se manifestant principalement sur le plan patrimonial. Bien que le statut des époux soit aujourd'hui égalitaire, le mariage demeure fondé sur une distinction des sexes : d'abord au stade de l'union entre la femme et l'homme qui seuls peuvent se marier, ensuite au stade de la filiation qui distingue le lien maternel et le lien paternel (présomption de paternité).

2) Mariage et PACS : des différences significatives

Lors de sa création par la loi du 15 novembre 1999, le Pacte civil de solidarité (PACS) était conçu comme un contrat original destiné à organiser la vie patrimoniale d'un couple de sexe différent ou de même sexe. Depuis la réforme du 23 juin 2006, les rapprochements avec le mariage sont plus significatifs tant sur le terrain civil (aide matérielle entre partenaires proportionnelle à leurs facultés respectives, solidarité des dettes ménagères, utilisation de certaines techniques liquidatives pour régler leurs créances à la liquidation de leurs biens, compétence du juge aux affaires familiales) que fiscal (déclaration commune pour l'impôt sur le revenu, exonération totale des frais de successions entre partenaires comme entre conjoints...).

Cet alignement progressif sur le régime du mariage reste toutefois cantonné essentiellement au domaine patrimonial, laissant subsister d'importantes différences sur le plan des effets personnels du PACS.

a) Des différences sur le plan patrimonial

Logement – Le conjoint bénéficie de la protection du logement familial (art. 215 C. civ.) qui interdit aux époux de disposer l'un sans l'autre des droits sur celui-ci, protection renforcée par des mécanismes propres à assurer les droits du conjoint tels que la cotitularité du droit au bail (C. civ., art. 1751). Celle-ci n'est pas applicable aux partenaires mais elle peut être conventionnelle, notamment lorsque le bail a été consenti au nom des deux partenaires, de sorte qu'il se poursuit au profit du survivant en cas de décès de l'un d'eux ou au profit de celui qui reste dans les lieux lorsque l'autre partenaire les quitte (lorsque le bail est conclu au nom d'un seul, il y a également sous conditions transmission du bail au profit d'un partenaire en cas de décès de l'autre).

Depuis la loi du 23 juin 2006, le rapprochement des statuts s'est confirmé sur le plan du droit temporaire au logement du partenaire survivant. Quand le PACS prend fin par le décès de l'un des partenaires, l'autre peut se prévaloir, à l'instar du conjoint survivant, des dispositions de l'article 763, alinéas 1er et 2 du Code civil qui lui accordent

de plein droit la jouissance gratuite du domicile commun ainsi que du mobilier le garnissant pendant l'année qui suit le décès, à condition qu'il l'ait occupé de façon effective et à titre d'habitation principale à l'époque du décès.

Régime patrimonial – Les partenaires s'engagent d'abord à une aide matérielle. Ses modalités peuvent être conventionnellement définies ; à défaut, l'aide matérielle sera proportionnelle à leurs facultés respectives (art. 515-4 C. civ). La formule utilisée est précisément celle de l'article 214 du Code civil relatif au devoir incombant aux époux de contribuer aux charges du mariage. Par conséquent, l'aide matérielle dont sont tenus les partenaires et le devoir des époux de contribuer aux charges du mariage devrait présenter un contenu quasi-identique. Comme les époux, chacun des partenaires doit participer financièrement aux dépenses ménagères : dépenses de nourriture, de vêtements, de logement, de santé... Cette aide est d'ordre public : les partenaires ne peuvent donc librement la supprimer dans leur contrat de PACS mais ils peuvent la moduler à leur guise.

Les partenaires s'obligent ensuite solidairement aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante. Cette notion doit être définie par référence à la jurisprudence relative à l'article 220 du Code civil qui prévoit également une solidarité entre époux à l'égard des tiers. Ainsi entendue, constituent assurément des dépenses concernant les besoins de la vie courante le paiement du loyer, le paiement des charges locatives, les dépenses occasionnées par l'entretien, la conservation et l'amélioration du logement. Quant aux exclusions de la solidarité, elles doivent également se déterminer par référence à l'article 220 du Code civil, pour l'exclusion des dettes excessives depuis la loi du 23 juin 2006 et pour l'exclusion des dettes résultant d'un achat à tempérament ou d'un emprunt depuis la loi du 1^{er} juillet 2010.

Enfin, la loi du 23 juin 2006 a rapproché les régimes applicables aux biens des partenaires – qui restent malgré tout moins aboutis - et des couples mariés. La terminologie employée rappelle celle des régimes matrimoniaux. En effet, cette loi énonce des règles impératives constitutives d'un quasi-régime primaire, prévoit un régime légal, propose un régime conventionnel, envisage les acquêts, fait référence à la technique de l'emploi, reproduit une présomption de pouvoir pour les biens détenus individuellement ou encore règle le sort des créances entre partenaires. Les partenaires peuvent opter pour un régime d'indivision (droit commun) ou pour une séparation des patrimoines.

Transmission - Les dispositifs spécifiques au droit matrimonial et au droit des successions et des libéralités facilitant la protection du conjoint, y compris en présence d'enfants d'autres unions, ne s'appliquent pas aux partenaires : donations entre époux, communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant, réversion d'usufruit, dévolution successorale *ab intestat*, quotité disponible spéciale entre époux, imputation des droits du conjoint sur la réserve des enfants du défunt.

Le partenaire de PACS n'est pas visé dans la dévolution légale de la succession. Par conséquent, il n'est héritier que s'il est désigné dans un testament et encore à condition de ne pas nuire à la réserve des enfants : par donation ou legs, il ne peut donc prétendre qu'à la quotité disponible, à

partager éventuellement avec d'autres légataires. Le régime fiscal demeure toutefois avantageux puisqu'il bénéficie d'une exonération totale des droits de mutation par décès.

Pension de réversion - Enfin, le Code des pensions (art. L. 45) n'autorise pas le partenaire, pas plus que le concubin, même de sexe différent, à bénéficier de la pension de réversion.

b) Des différences sur le plan extrapatrimonial

Filiation, procréation médicalement assistée, adoption et délégation d'autorité parentale – Le PACS, à l'inverse du mariage, ne produit aucun effet particulier sur la filiation des enfants nés du couple. Si à la différence des époux, les partenaires de sexe différent n'ont pas le droit d'adopter conjointement un enfant (art. 343 C. civ), ils ont accès à la procréation médicalement assistée, ce droit étant toutefois réservé à des parents de sexe différent (art. L. 2141-2, al. 3 CSP). La justification d'une vie commune d'au moins deux années a été supprimée par la loi de bioéthique du 7 juillet 2011.

Obligations personnelles – La loi du 23 juin 2006 a mis à la charge des partenaires une obligation d'assistance réciproque. Cette modification, qui se voulait avant tout symbolique, donne au PACS une dimension extrapatrimoniale. Désormais, la solidarité entre partenaires ne se limite plus à des considérations purement pécuniaires, mais place également leurs rapports dans un cadre moral. Ces derniers doivent être guidés par la prévenance, la sincérité ou encore le soutien psychologique.

Certes, le législateur n'a pas défini le devoir d'assistance ainsi mis à la charge des partenaires, mais son contenu peut être déterminé par référence au devoir d'assistance entre époux (art. 212. C. civ.). Partant, les partenaires doivent se soutenir et se venir en aide devant les difficultés de l'existence. Depuis la loi du 5 mars 2007, la loi tire toutes les conséquences de ce devoir d'assistance en lui conférant un rôle identique à celui accordé dans le mariage au conjoint en matière de protection des majeurs. Le partenaire de PACS a désormais qualité pour solliciter l'ouverture d'une mesure de protection et est visé par les textes comme étant la personne à désigner en priorité comme tuteur ou comme curateur (art. 449 du Code civil). Néanmoins des protections spécifiques résultent du mariage, l'un des époux pouvant se faire habilitier en justice à agir seul ou à représenter l'autre dans l'incapacité de manifester sa volonté en raison de troubles mentaux (C. civ., art. 217 et 219). Elles peuvent éviter l'ouverture de la curatelle ou de la tutelle (C. civ., art. 428) mais ne sont pas transposées au PACS.

En revanche, contrairement au mariage, le PACS n'entraîne aucun devoir de fidélité réciproque entre les partenaires, ni engagement à l'égard des enfants, ce qui explique notamment sa neutralité sur le plan de la filiation des enfants nés d'un partenaire pacsé. La notion d'engagement explique également pourquoi l'adoption est réservée aux couples mariés.

Si les partenaires et les époux sont tenus à des obligations personnelles assez voisines, ils n'encourent cependant pas les mêmes sanctions en cas de violation de l'une d'entre

elles. Dans le mariage, l'époux victime peut demander le divorce pour faute, alors que la rupture du PACS obéit à d'autres règles.

Séparation – La séparation des partenaires est facilitée par la loi (une lettre signifiée par voie d'huissier ou une déclaration conjointe enregistrée). Contrairement aux couples mariés, les partenaires peuvent se séparer sans intervention du juge pour contrôler les conséquences personnelles et pécuniaires de cette rupture. De plus, le partenaire ne bénéficie pas d'une prestation compensatoire même si la disparité des conditions de vie respectives lors de la rupture justifierait l'octroi d'une prestation au plus vulnérable des deux (âge, état de santé, absence de perspective professionnelle ou de droit à la retraite, interruption de la carrière professionnelle pour faire face à des obligations familiales, etc.).

Toutefois, la séparation des partenaires n'est pas exempte de tout contrôle judiciaire. Comme tous parents, l'un des partenaires est libre de saisir le juge aux affaires familiales (JAF) pour organiser les modalités d'exercice d'autorité parentale sur les enfants du couple. En outre le JAF est compétent depuis la loi du 12 mai 2009 pour ce qui concerne la liquidation et le partage des intérêts pécuniaires des partenaires de PACS, au même titre que pour les couples mariés. Les couples mariés, les couples pacsés et les concubins dépendent aujourd'hui du même juge.

➔ **Les différences entre le PACS et le mariage restent donc très marquées concernant leurs effets personnels.**

ANNEXE 2

La Filiation : État des lieux du droit positif

Caractère sexué de la parenté - La filiation est le lien de parenté unissant l'enfant à son père (filiation paternelle) ou à sa mère (filiation maternelle). A partir de ce double lien de base, l'enfant est donc rattaché à ses parents. La filiation insère l'enfant au sein d'un groupe familial et ce faisant, lui confère aussi une identité sociale.

1) La distinction de sexes dans les modes d'établissement de la filiation

La division sexuée apparaît notamment dans ces deux articles consécutifs relatifs aux modes d'établissement :

Article 311-25 : La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.

Article 312 : L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari.

(à mettre en parallèle avec l'article 325 qui autorise en justice la recherche de maternité et l'article 327 qui permet de déclarer judiciairement la paternité, articles relatifs à l'établissement judiciaire de la filiation).

De même, si la reconnaissance de l'enfant né hors mariage peut être souscrite indifféremment par une femme ou par un homme, seule la mère de l'enfant n'a plus besoin de reconnaître l'enfant depuis la réforme de la filiation de 2005 (sauf rétractation à l'accouchement sous le secret).

Distinction de sexe et conflits de filiation - Dans le même sens, la loi traite de manière sexuellement différenciée les conflits de filiation liés à la paternité (rétablissement de la présomption de paternité, actions aux fins d'établissement) et de maternité car la règle issue de l'adage *mater semper certa est* demeure : la maternité (biologique) est certaine, la preuve résultant du seul accouchement. La paternité (génétique) est toujours incertaine, créant des possibles conflits de filiation entre

mari et père prétendu, ou auteurs de reconnaissances sur un même enfant.

L'enfant ne peut pas être reconnu simultanément ou successivement par plusieurs hommes ou plusieurs femmes, la seconde reconnaissance devant être simplement inscrite à titre provisoire (sans pour autant apparaître dans l'acte de naissance) dans l'attente de la résolution du conflit de filiation.

En revanche, depuis 2009, en cas de conflit de filiation entre l'auteur d'une reconnaissance prénatale et le mari de la mère, la présomption de paternité (et donc le mari) « l'emporte » sur la reconnaissance antérieure, du moins tant que le conflit n'est pas tranché par les tribunaux.

Distinction de sexe et adoption – L'adoption n'est ouverte qu'aux couples mariés ou aux célibataires. Les référents de père et de mère la structurent : **un couple de même sexe ne peut jamais adopter ensemble un enfant**. Dans un arrêt du 7 avril 2012, la Cour de cassation a ainsi consacré un principe d'ordre public international interdisant le double établissement d'une filiation adoptive à l'égard d'un couple de même sexe car la filiation de remplacement a pour effet de faire inscrire l'enfant comme étant issu de deux personnes du même sexe. Deux types d'adoptions sont prévus par le Code civil : l'adoption simple et l'adoption plénière.

L'adoption plénière entraîne une rupture totale avec la famille d'origine, sauf dans le cas de l'adoption de l'enfant (mineur) du conjoint. L'adoption plénière modifie l'état civil de l'enfant (art. 354 C. civ.) : **la décision de justice prononçant l'adoption est transcrite sur les registres d'état civil**. L'état civil de l'enfant est remplacé par un nouvel état civil ; la copie intégrale de son acte de naissance

fait mention du jugement d'adoption mais sans aucune référence à sa filiation d'origine. De plus, sur un extrait d'acte de naissance, le caractère adoptif du lien de filiation n'apparaît pas : l'enfant est alors réputé né de ses parents adoptifs. Quant à ses effets, l'adoption plénière est une filiation en tout point identique aux filiations « par le sang ». L'enfant change de nom pour porter celui des adoptants.

L'adoption simple n'emporte pas de rupture des liens juridiques unissant l'adopté et sa famille d'origine. Il n'y a pas lieu d'annuler son acte de naissance. Une simple mention est apposée, à la diligence du procureur de la République, dans les quinze jours de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, en marge de son acte de naissance. Il n'y a donc pas de transcription du jugement sur les registres de l'état civil sauf si l'adopté, français, n'a pas d'acte de naissance détenu par un officier de l'état civil français (art. 362 C. civ). La mention doit être apposée sur l'acte de naissance de l'adopté et sur son acte de mariage (voire de décès en cas d'adoption posthume) et sur l'acte de naissance de son conjoint. Cette mention indique les noms, prénoms, date et lieu de naissance du ou des adoptants, la date de la décision et la juridiction qui l'a rendue, ainsi que le nouveau nom de l'adopté.

La délivrance des copies intégrales d'acte de naissance obéit aux mêmes règles que celle des transcriptions de jugements d'adoption plénière et les extraits indiquent les deux filiations de l'adopté sauf si seuls les parents adoptifs sont légalement connus (Décr. 3 août 1962, art. 12, al. 2, mod. par Décr. n° 68-148, 15 févr. 1968).

Par l'adoption simple, l'enfant entre dans la famille adoptive (en ayant les mêmes droits qu'un enfant biologique) et il conserve ses liens d'origine. Il peut donc disposer, en matière d'adoption simple, de quatre filiations, deux maternelles et deux paternelles. Toutefois, elles ne sont pas exactement équivalentes. L'adoption simple transfère l'autorité parentale à l'adoptant. Une dérogation est toutefois prévue s'agissant de l'adoption de l'enfant du conjoint qui maintient les prérogatives du parent par le sang si celui-ci est marié avec l'adoptant (adoption de l'enfant du conjoint). Elle ne fait pas l'objet de transcription mais d'une mention en marge des actes d'état civil.

L'adoption conjointe simple comme plénière par le couple n'est possible que dans le cadre matrimonial. Le mariage n'étant ouvert qu'aux couples hétérosexuels, l'adoption conjointe n'est possible que par un homme et une femme. Sur l'état civil de l'enfant, si l'adoption est plénière, la transcription du jugement tiendra lieu d'acte de naissance et, si l'adoption est simple, celle-ci sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Des dispositions spécifiques permettent également à l'époux ou à l'épouse de demander l'adoption de l'enfant de son conjoint qui pour autant ne se voit pas dépouillé de ses droits (système de filiation cumulative). L'adoption plénière, sauf exception, n'est toutefois possible que s'il n'existe pas une filiation établie dans l'autre branche (paternelle ou maternelle).

2) La distinction de sexes et l'autorité parentale

Le droit de l'autorité parentale se distingue de la filiation, à laquelle il est toutefois rattaché, par le fait qu'il encadre les conditions d'exercice de la prise en charge éducative de

l'enfant. A cet égard⁴¹, on parle souvent de « parentalité » pour la distinguer de la « parenté » issue de la seule filiation. Toutefois, en établissant la filiation, on crée automatiquement un droit d'autorité parentale à la charge du parent : ce droit est exercé par le ou les parents qui ont établi leur filiation. Elle est exercée par eux tant qu'ils peuvent manifester leur volonté⁴².

Découlant de la filiation, **l'autorité parentale** est également définie en se référant aux père et mère de l'enfant. L'article 371-1 du Code civil dispose ainsi que « [l'autorité parentale] appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ».

3) La distinction entre le père et la mère dans l'état civil

• **L'acte de naissance** comprend les indications qui serviront à établir la filiation par l'effet de la loi (indication de la mère et de son mari par le jeu de la présomption de paternité) ou par l'inscription en marge d'une reconnaissance, d'un acte de notoriété constatant la possession d'état ou encore d'un jugement déclaratif de filiation (ex : jugement d'adoption ou recherche de paternité). Il est dressé à la naissance de l'enfant. Les mentions obligatoires détaillées à l'article 57 du Code civil comprennent l'identité des père et mère à moins que celle-ci soit inconnue.

• **Les extraits d'actes de naissance** (y compris la compilation de ces actes dans le livret de famille) **avec indication de la filiation, comportent indication de nom du père et/ou de la mère** sans précision quant au mode d'établissement (par l'effet de la loi, par jugement y compris adoptif ou par acte de notoriété...).

• **Les extraits d'actes d'état civil** demandés par les intéressés ou les personnes autorisées comportent également l'indication des noms des père et/ou mère.

En l'état actuel du droit, la filiation est fondée sur l'identification d'un lien maternel et d'un lien paternel. La distinction des sexes structure juridiquement le lien de filiation, par le sang ou non. Elle se retrouve dans l'autorité parentale laquelle est détenue, en vertu de la loi, conjointement par le père et par la mère. L'état civil reflète l'identité de la personne ; il est censé être le plus proche de la réalité et résulte des déclarations (de naissance, ou reconnaissance) et plus généralement d'éléments connus. Traduction administrative du lien de filiation, l'état civil est aujourd'hui sexué.

⁴¹ Précisons que cette notion de « parentalité » n'est pas définie dans le Code civil. Elle peut donc être différemment définie selon les auteurs et les disciplines.

⁴² Il arrive toutefois parfois que l'exercice de l'autorité parentale soit réservé à un seul parent, parce que l'établissement du lien de filiation était trop tardif (plus d'un an après la naissance) ou résultait d'une décision judiciaire. Les parents peuvent cependant rétablir la coparentalité en faisant une déclaration conjointe adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance. Il est possible enfin que le juge restreigne certaines prérogatives parentales dans l'intérêt de l'enfant.

ANNEXE 3

Les arguments et les réformes développés par les récentes propositions de loi

Lors de la campagne présidentielle, le candidat François Hollande a présenté « 60 engagements pour la France » dont le 31^{ème} était stipulé comme suit : « *Je veux lutter sans concession contre toutes les discriminations et ouvrir de nouveaux droits. J'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels* ».

1. Les arguments du candidat Hollande pour justifier cet engagement :

- le mariage est un droit et une liberté qui doit être reconnu à chacun ;
- l'adoption est aujourd'hui « conçue sur le mode de l'hypocrisie » dans la mesure où une personne seule peut adopter sans considération de son orientation sexuelle ;
- concernant l'adoption, le seul critère à considérer est « le droit de l'enfant à être heureux dans une famille » ;
- les règles qui gouvernent l'institution du mariage doivent désormais être en phase avec la manière dont les familles vivent ;
- les principes d'amour et de justice doivent prévaloir ;
- l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe répond à une « exigence d'égalité », le mariage s'apparentant aujourd'hui à la « reconnaissance publique d'un sentiment intime » ;
- il n'y aura pas de réforme du PACS : à engagement différent, droits différents.

2. Les arguments et les réformes développés par les récentes propositions de loi :

■ Une première proposition de loi *visant à ouvrir le droit au mariage à tous les couples sans distinction de sexe ni de genre*, a été déposée à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2012 par 8 députés⁴³. Les motifs de cette proposition de loi sont les suivants :

- mettre fin à la « discrimination » qui frappe certaines personnes « en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre » ;
- il faut désormais penser avant tout le mariage comme une union ayant pour but une solidarité réciproque et reposant sur une affection partagée ;
- les droits et devoirs respectifs des époux prévus dans le Code civil n'exigent aucunement que seules des personnes de sexes et de genres différents puissent contracter mariage ;
- seule l'ouverture du mariage permettrait de supprimer les grandes inégalités qui persistent encore entre le mariage et le PACS ;
- établir plus justement les droits de ces couples en matière d'adoption ou de fixation de la résidence des enfants après un divorce.

Ces députés proposent ainsi de modifier l'article 144 du Code civil en y insérant la phrase suivante : « *Le mariage est l'union célébrée par un officier d'état civil entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, quelle que soit leur identité de genre.* »

■ Une deuxième proposition de loi *tendant à lever les discriminations reposant sur le sexe, le genre et l'orientation sexuelle en matière de filiation*, déposée le même jour par 5 députés⁴⁴, complète la première. Elle vise à répondre « à la revendication par les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transsexuelles de pouvoir former des familles comme les autres, avec les mêmes droits et les mêmes responsabilités ».

Les arguments de ses auteurs sont les suivants :

- permettre à toutes les personnes, sans distinction de sexe, de genre ou liée à l'orientation sexuelle de fonder une famille et d'élever leurs enfants dans de bonnes conditions ;
- mettre fin aux discriminations qui actuellement, dans les couples de même sexe, empêchent les deux parents d'accomplir correctement leurs devoirs envers leurs enfants ;
- faire valoir la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, impliquant pour lui le droit d'être élevé par ses parents dans de bonnes conditions et de pouvoir jouir d'une vie familiale normale ;

⁴³ Marie-George BUFFET, François ASENSI, Jean-Jacques CANDELIER, Gaby CHARROUX, André CHASSAIGNE, Marc DOLEZ, Jacqueline FRAYSSE et Nicolas SANSU

⁴⁴ Marie-George BUFFET, Jean-Jacques CANDELIER, Gaby CHARROUX, André CHASSAIGNE et Jacqueline FRAYSSE

- garantir l'égalité de tous et toutes, indépendamment de leur sexe, de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle ;
- respecter l'intégrité physique et psychique de chaque personne, adulte ou enfant, prise individuellement comme dans ses relations avec ses « cosociétaires ».

Ces députés proposent en conséquence :

- de permettre l'adoption par tous les couples sans discrimination ;
- d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes ;
- de remplacer systématiquement les termes de « père et mère » par le mot « parent » dans les articles du Code civil relatifs à l'adoption ainsi qu'à l'autorité parentale ;
- le maintien de l'interdiction de la GPA ;
- de ne pas modifier l'établissement du lien de filiation par reconnaissance, présomption ou possession d'état.
- de réformer la composition des noms de famille, l'autorité parentale, le régime successoral ainsi que les droits sociaux accordés aux parents ;
- de mettre en place un ensemble de dispositions destinées à lutter contre tout ce qui pourrait être un frein à l'exercice de ces nouveaux droits.

■ **Une troisième proposition de loi** *visant à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe et à l'ordonnancement des conditions de la parentalité* a été déposée le 27 août dernier par 12 sénateurs⁴⁵.

Ces sénateurs estiment :

- que le fait que les couples lesbiens et gays ne puissent accéder au mariage constitue une réelle discrimination dans une société « moderne et égalitaire » ;
- que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe contribuerait « à établir plus justement leurs droits en matière d'adoption ainsi qu'en matière de « garde ».

Ils proposent en conséquence :

- de préserver en l'état la présomption de paternité « jusqu'à la préparation d'états généraux sur la famille en vue de la réforme du Code civil » ;
- de ne pas modifier les autres modes d'établissement de la filiation (possession d'état et reconnaissance) ;
- d'élargir les possibilités d'adoption plénière aux partenaires d'un PACS ;
- d'ouvrir aux pacsés et aux concubins la possibilité de procéder à l'adoption simple de l'enfant de la personne avec laquelle ils vivent ;
- de rendre accessible l'AMP à tous les couples de femmes quel que soit leur statut juridique ;
- de débattre de la question de la GPA lors de futurs états généraux sur la famille ;
- d'autoriser la transcription des actes de naissance des enfants nés par GPA à l'étranger.

⁴⁵ Mmes Esther BENBASSA, Leila AÏCHI, Kalliopi ANGO ELA, Aline ARCHIMBAUD, Marie-Christine BLANDIN, Corinne BOUCHOUX, MM. Ronan DANTEC, Jean DESESSARD, André GATTOLIN, Joël LABBÉ, Mme Hélène LIPIETZ et M. Jean-Vincent PLACÉ

ANNEXE 4

Comparatif des pays européens (UE et espace Schengen)

Pays européens	Mariage entre personnes de même sexe	Partenariat enregistré	Adoption par des couples de même sexe	AMP pour les couples de même sexe
Allemagne	Non	Oui (depuis 2001) : partenariat de vie	Adoption de l'enfant du partenaire	Non
Autriche	Non	Oui (depuis 2010)	Non	Non
Belgique	Oui (2003) : autorisé également pour les étrangers dès lors que l'un des époux est Belge ou réside en Belgique	Oui	Adoption conjointe Adoption de l'enfant du conjoint	Oui
Bulgarie	Non	Non	Non	Non
Chypre	Non	Non	Non	Non
Croatie (hors UE)	Non	Non (mais reconnaissance de la « cohabitation »)	Non	Non
Danemark	Oui (juin 2012) : y compris mariage religieux	Oui (depuis 1989)	Adoption conjointe Adoption de l'enfant du conjoint	Oui
Espagne	Oui (2005)	Oui (uniquement dans certaines régions)	Adoption conjointe Adoption de l'enfant du conjoint	Oui
Estonie	Non	Non	Non	Non
Finlande	Non (débat législatif en cours)	Oui (depuis 2010)	Adoption de l'enfant du partenaire	Oui
France	Non (débat législatif en cours)	Oui (depuis 2000)	Non (débat législatif en cours)	Non
Grèce	Non	En discussion	Non	Non
Hongrie	Non	Oui (depuis 2007)	Non	Non
Irlande	Non	Oui (depuis 2010)		
Islande (hors UE)	Oui (2010)	Non	Adoption conjointe Adoption de l'enfant du conjoint	Oui
Italie	Non	Non (mais reconnaissance de la « cohabitation » dans certaines régions)	Non	Non

Pays européens	Mariage entre personnes de même sexe	Partenariat enregistré	Adoption par des couples de même sexe	AMP pour les couples de même sexe
Lettonie	Non	Non	Non	Non
Liechtenstein (hors UE)	Non	Oui	Non	Non
Lituanie	Non	Non	Non	Non
Luxembourg	Non (débat législatif en cours)	Oui (depuis 2010)	Non	Non
Malte	Non	Non	Non	Non
Norvège (hors UE)	Oui (2009)	Non	Adoption conjointe Adoption de l'enfant du conjoint	Oui
Pays-Bas	Oui (2001)	Oui	Adoption conjointe Adoption de l'enfant du conjoint	Oui
Pologne	Non	Non	Non	Non
Portugal	Oui (2010)	Non (mais reconnaissance de la « cohabitation »)	Non	Non
République Tchèque	Non	Oui (depuis 2006)	Non	Non
Roumanie	Non	Non	Non	Non
Royaume-Uni	Non	Oui (depuis 2004) : partenariat civil	Adoption conjointe (uniquement dans certaines régions) Adoption de l'enfant du partenaire (uniquement dans certaines régions)	Oui
Slovaquie	Non	Non	Non	Non
Slovénie	Non (débat législatif en cours)	Oui	Adoption de l'enfant du partenaire	Non
Suède	Oui (2009) : interdiction du refus du mariage religieux pour les couples de même sexe	Non	Adoption conjointe Adoption de l'enfant du conjoint	Oui
Suisse (hors UE)	Non	Oui	Non	Non



Union nationale des associations familiales
28 place Saint Georges 75009 PARIS
Tél. : 01 49 95 36 00
www.unaf.fr