

Avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

(Assemblée plénière du 24 janvier 2013)

1. Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a été enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012. La CNCDH rend cet avis alors que la Commission des lois a achevé ses travaux et, même si elle a eu l'occasion d'exposer aux députés l'état de sa réflexion¹, elle n'a pas souhaité la consigner par écrit avant que l'assemblée plénière de ses membres se prononce.
2. Présenté dans l'exposé des motifs comme une nouvelle étape dans la reconnaissance de droits nouveaux aux couples de personnes de même sexe, treize ans après la création du pacte civil de solidarité (PACS), le projet de loi modifie à titre principal les dispositions du code civil relatives au mariage (chapitre I) et à l'adoption (chapitre II, notamment pour les dispositions concernant le nom de famille). Des dispositions de coordination dans le code civil, dans d'autres codes et dans des textes législatifs sont réunies dans un chapitre III.
3. Selon les termes de l'exposé des motifs, ce projet vient répondre « à la demande des couples de même sexe qui souhaitent pouvoir se marier [et] à leur demande d'accès à l'adoption », dans un contexte où « l'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé » et alors qu'une « majorité de Français y [est] aujourd'hui favorable ».
4. Ce projet mettant en jeu les droits fondamentaux tels que les principes d'égalité, de non-discrimination, les droits de l'enfant, le droit à une vie privée et familiale notamment, la CNCDH ne peut que regretter que le gouvernement ne l'ait pas saisie car il entre naturellement dans ses missions de rendre un avis sur un sujet de cette nature. La CNCDH s'est de ce fait autosaisie.
5. Pour fonder son avis, la CNCDH a sollicité tant les textes relatifs aux droits de l'homme² que la jurisprudence interne, européenne et internationale, qui ne sont pas d'un apport décisif sur le sujet. Elle a en outre procédé à de nombreuses auditions de professeurs de droit, de philosophes, de sociologues et de médecins spécialistes du développement de l'enfant ou de l'adoption. De par sa composition pluraliste, elle a également pu profiter des débats contradictoires entre membres de la CNCDH, menés tant au moment des auditions qu'au cours d'une assemblée plénière consacrée à ce projet de loi³.

¹ La présidente de la CNCDH et le bureau de la sous-commission ayant mené les travaux préparatoires à cet avis ont été auditionnés par le rapporteur du projet de loi le 6 décembre 2012.

² Notamment pour le mariage l'article 23, alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile »), l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme (« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ») et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« le droit de se marier et de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice »). On se reportera par ailleurs avec intérêt à deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008 et l'arrêt Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012.

³ Pour plusieurs des membres de la CNCDH, les questions du mariage et de la filiation ne sont pas liées et ne doivent pas interférer l'une sur l'autre, au risque d'hypothéquer l'ouverture du mariage du fait de ses conséquences en matière de filiation. Pour d'autres, ces questions auraient dû être dissociées, l'union des personnes de même sexe et leur droit à adopter relevant de deux problématiques différentes. Pour d'autres encore, les deux questions sont liées de manière indissociable et l'ensemble des dispositions du projet de loi sont contestées. Alors que le projet de loi ne dissocie pas l'accès au mariage et l'accès à l'adoption pour les couples de personnes de même sexe, le présent avis traite successivement, par souci didactique, de la question du mariage dans un premier temps, de celle de l'adoption et de la filiation dans un deuxième temps, sans rien ignorer des liens entre les deux volets d'un même projet.

6. De l'ensemble de ses travaux, la CNCDH retient que tant l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe (I) que l'accession à la filiation adoptive (II) procèdent d'une lutte contre les discriminations et marquent une avancée en matière d'égalité et de reconnaissance sociale des personnes homosexuelles et des couples de personnes de même sexe.

I - Sur le mariage

7. Les couples de personnes de même sexe demandent à accéder à la sécurité et à la stabilité liées au statut du mariage. La CNCDH estime que le principe d'égalité est bien ici en jeu. Certes, les plus hautes juridictions françaises et européenne n'ont pas jugé que l'impossibilité pour les couples de même sexe de se marier constituait une discrimination et la jurisprudence, à ce titre, n'est pas concluante⁴.

8. La Cour européenne des droits de l'homme par exemple considère que le mariage des personnes de même sexe relève de la marge d'appréciation des Etats⁵. En effet, la discrimination, définie comme « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales », n'implique pas un traitement identique de personnes placées dans une situation différente. Pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies par exemple, toute différenciation dans le traitement ne constitue pas une discrimination si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but fixé est légitime⁶.

9. Pour autant, la HALDE hier, et le Défenseur des droits aujourd'hui, ont constaté à travers les saisines reçues que l'impossibilité pour les couples de même sexe de se marier produit des inégalités, qualifiées de discriminations indirectes dès lors que le pacte civil de solidarité (PACS) ne garantit pas aux couples qui le contractent des droits équivalents à ceux des personnes mariées. Pour citer par exemple le Défenseur des droits lors de son audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, « les couples de même sexe n'ont d'autre choix pour organiser une vie commune que le recours au PACS, dans l'étroite limite des droits ouverts par cette convention » (en sont exclus, par exemple, le droit des pensions de réversion, celui de se faire représenter par l'époux lorsque l'on est hors d'état de manifester sa volonté (art. 219 du code civil), celui à la succession *ab intestat* sans nécessité d'établir un testament). L'ouverture du mariage permet dès lors de mettre fin à des situations d'inégalités ou de discriminations indirectes⁷.

10. Pour lutter contre ces discriminations indirectes, il est parfois proposé d'aligner le régime du PACS sur celui du mariage ou de créer une union civile, ce qui témoigne du poids symbolique attaché à l'institution du mariage. Or, c'est précisément ce symbole qui permet d'inscrire le projet de loi dans une politique de reconnaissance sociale des personnes homosexuelles. En outre, le principe d'égalité de tous les citoyens face aux institutions commande que l'on ne crée pas un « mariage *bis* » pour une catégorie de citoyens.

⁴ Voir notamment Cour de Cassation, 1^{er} Civ, 13 mars 2007 et Conseil constitutionnel, décision n°2010-92 QPC, 28 janvier 2011.

⁵ Cf. arrêt Schalk et Kopf c/Autriche du 24 juin 2010, requête n°30141/04

⁶ Observation générale n° 18 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur la « non-discrimination » (1989).

⁷ Dans son étude d'ensemble de 2012 intitulée « Donner un visage humain à la mondialisation », à propos de l'application de la Convention n°111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), la Commission d'experts pour l'application des conventions écrit au paragraphe 824, au sujet de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre : « la reconnaissance juridique progressive du mariage ou de couples de personnes du même sexe, dans certains pays, traduit une prise de conscience croissante de la nécessité d'octroyer des droits et allocations en matière d'emploi découlant du mariage ou de partenariats reconnus par la loi ».

11. Certains expriment des craintes, liées à une évolution générale du mariage, de le voir devenir un simple contrat reposant sur le sentiment amoureux, sur la volonté qui pourrait faire et défaire à l'envi. La perspective de la suppression des limites à l'accès au mariage et de sa rupture par simple *mutuus dissensus* fait redouter qu'il ne remplisse plus sa fonction de protection du faible. Surtout, le mariage serait dès lors détaché de la fonction de procréation qui lui était traditionnellement associée et ne serait plus le fondement de ce qui cadre et définit la famille.

12. Cependant, la reconnaissance du mariage de personnes de même sexe, qui poursuit certes une évolution très importante de l'institution, s'inscrit dans un mouvement législatif qui ne fait plus du mariage le berceau de la famille car celle-ci se crée aujourd'hui plus souvent en dehors de lui. La reconnaissance de l'égalité des filiations en témoigne⁸. En outre, le mariage de personnes de même sexe ne change pas sa nature d'institution d'ordre public. Le mariage demeure une institution d'ordre public remplissant des fonctions sociales telles que celle de solidarité et d'assistance. Seule l'une des fonctions sociales, celle de procréation, disparaît, comme il en est de couples hétérosexuels de personnes que l'âge ou la maladie empêchent de procréer.

13. Il importe certes de ne pas méconnaître que le projet de loi ne propose rien moins qu'une redéfinition du mariage civil, jusqu'à présent conçu et institué comme étant par définition l'union d'un homme et d'une femme⁹ et une reconnaissance d'une évolution notable de ses fonctions puisqu'il devient l'institution d'un lien de couple et non plus le seul socle de la paternité et le seul garant de la double filiation.

14. Cependant, parce qu'il poursuit le but légitime d'égalité des droits au profit des couples de personnes de même sexe, qu'il leur permet d'accéder à une reconnaissance sociale officielle et s'inscrit de ce fait dans une politique plus large de lutte contre toutes formes de discrimination, **la CNCDH se prononce en faveur de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, qui constituera une réelle avancée pour les droits de l'homme et apportera une meilleure protection aux personnes et aux familles.**

II - Sur l'adoption et la filiation

15. Le projet de loi, en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, leur ouvre la voie de l'adoption, simple ou plénière, que celle-ci soit conjointe, par les deux époux, ou qu'il s'agisse de l'adoption de l'enfant du conjoint. L'adoption plénière et l'adoption simple, régies respectivement par les articles 343 à 359 et 360 à 370-2 du code civil, se distinguent principalement par leurs effets. L'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine et il n'y a que dans le cas de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint que celle-ci laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille (art. 356 du code civil). L'adoption simple, en revanche, ne rompt par les liens de l'adopté avec sa famille d'origine, dans laquelle il « conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires » (art. 364 du code civil).

16. Le projet de loi franchit par conséquent un pas symbolique en matière de filiation dans la mesure où, par l'adoption plénière ouverte aux couples de même sexe, mariés, des enfants auront légalement deux pères ou deux mères. **L'établissement d'une double filiation sans que les deux sexes soient représentés à la génération des parents est la question centrale posée par ce projet de loi et la seule véritablement propre aux couples de parents de même sexe.** Elle revient à se demander si la filiation doit être établie, dans le cas d'un couple de personnes de même sexe, vis-à-vis d'un seul parent – dans ce cas, une des deux lignes, paternelle ou maternelle, reste vacante – ou vis-à-

⁸ L'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 qui supprime, dans le code civil, les mentions de filiation légitime et naturelle, a marqué la dernière étape de l'institution par la loi d'une famille hors mariage, engagée en 1912 avec l'abolition de l'interdiction de recherche en paternité hors mariage.

⁹ Cf. l'article 144 du code civil : « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ».

vis de deux parents – dans cet autre cas, les deux lignes sont occupées par deux parents de même sexe –. Cette question mérite d’être posée au regard des modes d’établissement de la filiation existant aujourd’hui et du degré de fiction que ceux-ci entretiennent avec la réalité de l’engendrement. Elle soulève par là même des questions non résolues qui concernent la filiation en général.

17. Il n’est en effet plus possible aujourd’hui d’opposer deux acceptions de la filiation, l’une la liant à la procréation naturelle (présomption de paternité dans le mariage ou reconnaissance hors mariage d’un engendrement procréatif), l’autre la considérant comme indépendante de la procréation naturelle et détachée de la vérité biologique (adoption ou assistance médicale à la procréation avec tiers donneur). La filiation a connu des évolutions qui offrent, dans l’intérêt de l’enfant, davantage de protection aux mineurs quel que soit le statut de leur parent. Elle doit éviter le double écueil d’être entièrement ancrée sur le biologique ou, au contraire, de ressortir uniquement de la volonté et du désir.

18. **La CNCDH insiste sur le fait qu’il n’existe aucun droit à l’enfant, dont pourraient se prévaloir les couples, qu’ils soient de sexes différents ou de même sexe, ou les personnes célibataires.** Les questions soulevées, du fait même qu’elles impliquent des enfants et non plus uniquement un couple d’adultes, sont d’une importance qui doit inciter à la prudence.

19. La CNCDH rappelle que c’est essentiellement pour protéger les enfants élevés par des couples de personnes de même sexe que le projet de loi permet l’adoption. Il s’agit de reconnaître à ces enfants des droits, notamment en matière de succession et aussi de sécurité affective. Si l’adoption formalise les obligations et responsabilités parentales, dans leurs réalités quotidiennes affectives et symboliques elle donne en même temps aux enfants une définition plus claire de la place et des liens et devoirs réciproques parents-enfants et enfants-parents que la société leur assigne. Il s’agit donc, par rapport à la situation actuelle, non seulement de répondre aux insuffisances et insécurités reconnues de la délégation d’autorité parentale, mais aussi par la reconnaissance officielle et la clarté de la filiation, de « normaliser » l’existence et les représentations que l’on se fait des personnes, parents et enfants, des familles homoparentales et donc de participer en profondeur à la lutte contre les discriminations qui cernent et atteignent encore les enfants

20. Certaines craintes se sont exprimées concernant l’ouverture de l’adoption plénière à un couple de même sexe qui romprait avec le schéma universel de la génération bisexuée et remettrait en question un modèle bâti sur l’imitation de la nature et pensé comme une deuxième naissance – la filiation antérieure de l’enfant adopté est ainsi effacée de son acte de naissance –. Le modèle français d’adoption plénière peut à ce titre être qualifié de « pseudo-procréatif » en ce qu’il tend à mimer une procréation et efface toute une part de l’*identité narrative* de l’enfant. Cependant, la possibilité pour une personne seule d’adopter, autorisée dès la loi de 1966, avait ouvert une brèche dans ce schéma. L’adoption par des couples de personnes de même sexe s’inscrit ainsi dans une évolution de l’institution.

21. La CNCDH souhaite que la part soit faite, dans le débat, entre le principe de l’ouverture de l’adoption aux couples de même sexe et la nécessité de résoudre des questions concernant la filiation en général, posées par le modèle français de l’adoption plénière. La CNCDH soutient sans réserve le principe de l’adoption simple et attire l’attention sur le fait que le droit positif de l’adoption plénière se heurte à de nouvelles attentes de la part des adoptants et des adoptés.

22. La fiction que l’adoption plénière institue est en effet parfois qualifiée de « mensonge institutionnalisé », auquel on opposerait le droit de l’enfant à connaître ses origines. Un tel « mensonge » n’est pourtant pas propre aux couples de personnes de même sexe qui, bien au contraire, sont dans une situation telle qu’il n’a pas lieu d’être. La critique vaut ainsi essentiellement pour l’adoption par des couples de sexes opposés et met en débat la question de l’adoption plénière elle-même qui coupe les liens avec la filiation d’origine et permet une substitution totale dans les actes d’état civil.

23. Le projet de loi invite dès lors à s'interroger sur l'accès aux origines sans que cela ne soit, encore une fois, propre à l'adoption par des couples de même sexe. Bien que la Convention internationale des droits de l'enfant n'énonce pas pour un enfant le droit à avoir un père ou une mère, mais, « dans la mesure du possible », celui « de connaître ses parents et d'être élevés par eux » (art. 7 alinéa 1), **la CNCDDH recommande que la réflexion sur l'accès aux origines soit prise en compte dans une réforme du droit de la famille.**

24. La CNCDDH entend les arguments consistant à dire que la différence des sexes revêt un caractère fondamental dans la construction de sa filiation par un individu et que toute la prudence s'impose pour ne pas trop entamer la représentation psychique des deux lignées d'engendrement. **A cet égard, la CNCDDH recommande que l'établissement de la filiation dans un couple homoparental n'institue par un enfant comme « né » de ce couple, que la réalité biologique de l'engendrement ne soit pas occultée.**

25. **La CNCDDH recommande pour toutes ces raisons qu'une réforme de l'adoption plénière soit engagée.**

26. **La CNCDDH recommande enfin que dans les actes d'état civil, l'utilisation des termes de père et mère soit maintenue dès lors qu'il s'agira d'un couple de personnes de sexes différents et que le terme de parents ne soit retenu que pour les couples de personnes de même sexe.**

27. Le chapitre III du texte du gouvernement, qui rassemblait des dispositions de coordination dans le code civil, dans d'autres codes et dans des textes législatifs, concentre nombre des critiques formulées à l'encontre du projet de loi, du fait de la substitution presque systématique du terme de « parents » à celui de « père et mère ». La CNCDDH se félicite en conséquence de l'amendement proposé et adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale, qui introduit notamment dans le code civil un article 6-1 prévoyant que les dispositions de son livre Ier « s'appliquent également aux parents de même sexe, lorsqu'elles font référence aux père et mère ». La simplification de ce chapitre III dans son ensemble procède de la même volonté de maintenir les mots « père et mère » dans le droit français.

28. Au-delà des dispositions contenues dans le projet de loi déposé au Parlement, la question de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes mariées a été posée et son introduction envisagée par la voie d'un amendement. L'ouverture de l'adoption aux couples mariés de même sexe participant d'une reconnaissance juridique de l'homoparentalité, des revendications d'accéder à des méthodes de procréation médicalement assistée se sont fait jour.

29. A l'heure actuelle, l'assistance médicale à la procréation est ouverte en France aux couples mariés et aux concubins, dans un but purement médical ; elle a « pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité » (art. L 2141-2 du code de la santé publique). Un embryon ne peut être conçu *in vitro* qu'avec des gamètes provenant d'au moins un des membres du couple (art. L 2141-3 du code de la santé publique). La question du statut d'un geste médical pratiqué hors d'une demande médicale est ici en jeu.

30. La CNCDDH, n'ignorant rien du débat entourant la question de l'assistance médicale à la procréation, souhaite s'en tenir, dans cet avis, aux dispositions du projet de loi et met en garde contre le risque qu'il y aurait à vouloir traiter dans le même temps des questions relatives au mariage et d'autres relevant avant tout du droit de la bioéthique. Il n'est pas inutile de rappeler que la dernière révision de la loi de bioéthique a maintenu le *statu quo* en matière d'assistance médicale à la procréation, à l'issue d'importants débats au cours desquels tenants et opposants de l'élargissement de

l'AMP hors du strict champ de la médecine avaient déjà échangé des arguments. Pour la CNCDH, une réflexion approfondie est nécessaire, à laquelle le Comité consultatif national d'éthique devra naturellement être associé, et qui ne gagnerait pas à être menée dans le cadre de la discussion du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

31. Compte tenu de l'importance des débats ouverts à l'occasion du projet de loi, la CNCDH reste saisie et se prononcera sur tout projet de texte, dans le futur, portant sur le droit de la famille ou sur le droit de la bioéthique.

(Résultat du vote : 31 voix pour, 7 voix contre, 6 abstentions)

Annexe

Liste des personnes auditionnées

- Olivier Abel, professeur de philosophie éthique à la Faculté Protestante de Théologie de Paris
- Sylviane Agacinski, philosophe
- Daniel Borrillo, maître de conférences en droit à l'Université de Paris X – Nanterre
- Muriel Fabre-Magnan, professeur de droit à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne
- Nicolas Gougain, porte-parole de l'inter-LGBT (membre de la CNCDH)
- Anne-Marie Leroyer, professeur de droit à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne
- Pierre Levy-Soussan, pédopsychiatre
- Jacques de Longeaux, prêtre du diocèse de Paris
- Jean-Pierre Mignard, avocat, membre du comité de rédaction de « Témoignage chrétien »
- Hubert Montagner, psychophysiologiste, professeur des universités, directeur de recherche à l'INSERM – en retraite
- Elisabeth Roudinesco, historienne, directrice de recherches HDR à l'Université de Paris VII, psychanalyste
- Irène Théry, directrice d'études à l'EHESS, sociologue du droit