



**Projet de loi
ouvrant le mariage aux couples de personnes de
même sexe**

ETUDE D'IMPACT

Novembre 2012

SOMMAIRE

I- Etat des lieux – Nécessité de la réforme.....	4
1-1 Le couple en droit français.....	4
1-1.1 Historique.....	4
1-1.2 Etat du droit positif	5
1-1.2.1 Le mariage	5
1-1.2.2 Le pacte civil de solidarité	5
1-1.2.3 Le concubinage	6
1-2 L'évolution de la société et la nécessaire prise en compte de nouvelles situations familiales	7
1-2.1 Le PACS répond insuffisamment aux attentes des couples de même sexe	7
1-2.2 Le droit de la famille est appelé à répondre à de nouvelles situations.....	11
1-2.2.1 Difficultés juridiques et pratiques rencontrées par certaines familles en France. 11	
1-2.2.2 Difficultés juridiques rencontrées s'agissant des situations nées à l'étranger	13
1-3 Eléments de droit comparé.....	15
1-3.1 La reconnaissance des unions entre deux personnes de même sexe.....	15
1-3.2 Les règles en matière d'adoption pour les couples de même sexe	17
1-3.2.1 La situation des couples de même sexe mariés : la reconnaissance d'une filiation adoptive	18
1-3.2.2 La situation des couples de même sexe non mariés.....	18
1-4 La nécessité de modifier la loi en France.....	19
1-4.1 La position de la jurisprudence judiciaire.....	19
1-4.2 La position du Conseil constitutionnel	19
1-4.3 La position de la Cour européenne des droits de l'homme.....	19
1-4.4 La position de la Cour de justice de l'Union européenne.....	20
II- Etudes des options.....	20
2-1 Option n°1 : améliorer le régime du PACS	20
2-2 Option n°2 : instaurer une nouvelle union civile réservée aux couples de même sexe .	21
2-3 Option n°3 : substituer au mariage et au PACS une union civile ouverte à tous.....	21
2-4 Option n°4 : ouvrir le mariage aux couples de même sexe.....	22
III- Objectifs de la réforme.....	22
3-1 L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe	23
3-1.1 Le principe de l'ouverture	23
3-1.2 La portée de cette ouverture.....	23
3-2 la possibilité pour un couple de même sexe d'adopter	24
IV- Analyse des impacts	25
4-1 Impacts juridiques	25
4-1.1 En droit civil	25
4-1.1.1 L'adaptation des règles applicables au mariage	25
4-1.1.2 L'adaptation des règles applicables à l'adoption	25
4-1.1.3 L'adaptation des règles relatives à l'état civil.....	26
4-1.1.4 Incidences de la réforme sur les autres branches du droit civil	26
4-1.1.4.1 Nécessité d'adaptation des termes	26
4-1.2 Impacts en droit communautaire et international.....	27
4-1.3 Impacts juridiques dans les autres branches du droit.....	29
4-1.3.1 Droit fiscal	30

4-1.3.2 Droits sociaux	30
4-1.3.3 Droit des étrangers	33
4-2 Impact sur les juridictions	34
4-3 Impact sur les autres administrations	35
4-3.1 Impact sur les postes consulaires et le service central d'état civil.....	35
4-3.2 Impact sur les collectivités territoriales	36
4-3.2.1 Impact sur les conseils généraux.....	36
4-3.2.2 Impact sur les services communaux d'état civil	39
4-4 Impacts diplomatiques	44
4.5. Impact sur les finances publiques.....	47
4.6. Impact sur le droit des femmes	52
V- Les consultations.....	54
5-1 Conseil supérieur de l'adoption	54
5.2. Conseil commun de la fonction publique.....	54
5.3 – Les organismes de sécurité sociale.....	55
VI- Mise en œuvre de la réforme	55
6-1 Textes d'application.....	55
6-1.1 Décrets et arrêtés.....	55
6-1.1.1 Ministère de la justice	55
6-1.1.2 Les autres ministères.....	56
6-1.2 Circulaires	56
6-1.2.1 Ministère de la justice	56
6-1.2.2 Les autres ministères.....	57
6-2 Application Outre-mer	57
6-3 Application dans le temps	58

I- Etat des lieux – Nécessité de la réforme

1-1 Le couple en droit français

1-1.1 Historique

Le couple renvoie historiquement au mariage, institution pluriséculaire et reflet de traditions et pratiques religieuses.

Dans la société romaine, fondée sur la famille, le mariage faisait partie des devoirs du citoyen. Il était ainsi interdit aux esclaves et aux étrangers. Seul mariage reconnu par le droit et légitimant les enfants du couple, les « *justae nuptiae* » (Justes Noces) étaient réservées aux citoyens romains, de sexe différent.

Avec l'avènement du christianisme, le mariage repose sur deux orientations principales : l'engagement spirituel et l'union charnelle (la « *copula carnalis* ») qui exprimait la vocation reproductrice du couple, le mariage étant perçu comme l'acte fondateur de la famille . En outre, dans l'objectif de lutter contre les mariages clandestins ou les rapt, le concile de Latran (1215) a réglementé le mariage, en prévoyant la publication des bans, en en faisant un sacrement rendu indissoluble sauf par la mort, et en exigeant le consentement libre et public des époux. Si ces règles n'étaient pas respectées, le mariage était nul. Jusqu'à la Révolution française, le seul mariage reconnu était le mariage religieux.

Prérogative exclusive de l'Église durant l'Ancien régime, la sécularisation du mariage fut consacrée à l'article 7 de la Constitution de 1791 aux termes duquel « *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* ». Le décret du 20-25 septembre 1792 a ensuite fixé les conditions de formation du mariage, parmi lesquelles la célébration devant l'officier public communal. Cette conception civile et laïque du mariage sera reprise par les rédacteurs du code civil.

Pendant des siècles, le mariage est indissociable de la fondation d'une famille, et la différence de sexe est à ce point inhérente à l'institution du mariage qu'il apparaît inutile de le préciser. Dès sa version initiale datant de 1804, l'article 144 du code civil laissait néanmoins peu de place au doute en disposant que « *l'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans ne peuvent contracter mariage* ».

Aujourd'hui, le mariage n'est généralement plus l'acte premier pour fonder une famille. Statistiquement, désormais, la naissance d'un enfant précède un éventuel mariage : plus de 56 % des premiers enfants des couples naissent hors mariage, alors qu'ils n'étaient que 8,5 % en 1974.

La famille s'est, en outre, profondément transformée. Les histoires familiales sont devenues plus complexes et plus variées : les modes de conjugalité se sont diversifiés, la vie de couple

¹ Reprenant la conception canoniste de la *copula carnalis*, des auteurs civilistes, tels que J. Carbonnier, G. Cornu, P. Malaurie ou J. Hauser, considèrent que le mariage ne peut être que l'union d'un homme et d'une femme, cette conception étant traditionnellement justifiée par sa « *vocation à la perpétuation* » (R. Libchaber, *Mélanges en l'honneur de P. Jestaz*).

prend souvent la forme de l'union libre, notamment chez les plus jeunes, et de nombreuses familles sont « recomposées ».

Parallèlement à ces évolutions, un mouvement général s'est exprimé en faveur de l'égalité et de la lutte contre les discriminations, appelant notamment au renforcement des droits des personnes homosexuelles.

Ce mouvement, soutenu par les associations de défense des droits des homosexuels, a permis de nombreuses évolutions dont les plus significatives sont la dépénalisation de l'homosexualité², l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe³, puis, en 1999, la reconnaissance du couple homosexuel avec l'instauration du pacte civil de solidarité (PACS).

1-1.2 Etat du droit positif

Le code civil consacre aujourd'hui en droit français trois modes d'organisation juridique du couple : le mariage, le PACS et le concubinage. Seul le mariage est réservé aux couples hétérosexuels.

1-1.2.1 Le mariage

Si ses articles 63 à 76 portent sur les « actes du mariage », le titre V du livre premier du code civil traite, aux articles 144 à 227, des conditions, des formalités, des oppositions au mariage, ainsi que des obligations qui en découlent et les droits et devoirs respectifs des époux. De même que l'article 7 de la Constitution de 1791, en reprenant les règles du droit canon, n'avait pas défini le mariage, le code civil ne comporte pas de définition et n'affirme qu'incidemment que le mariage suppose l'union d'un homme et d'une femme, dans les articles 75 et 144.

De fait, jusqu'à une époque récente, l'évidence de la nécessité d'altérité sexuelle était telle que ni les rédacteurs du code, ni leurs successeurs, n'éprouvèrent le besoin de l'énoncer expressément.

Il n'en demeure pas moins que la différence de sexe est une condition fondamentale du mariage en droit français, de sorte que son irrespect constitue une cause de nullité absolue du mariage, en application de l'article 184 du code civil.

1-1.2.2 Le pacte civil de solidarité

En créant le pacte civil de solidarité, le législateur français a entendu prendre en compte une partie des revendications des couples de même sexe qui aspiraient à une reconnaissance

² La loi n°82-683 du 4 août 1982 a abrogé l'article 331 alinéa 2 du code pénal qui punissait les « actes impudiques ou contre nature commis avec un mineur du même sexe ».

³ La lutte contre les discriminations, notamment homophobes, a fait l'objet de nombreuses dispositions législatives, notamment l'article 225-2 du code pénal qui punit de trois années d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende de telles attitudes.

⁴ - article 75, dernier alinéa : « Il (l'officier de l'état civil) recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; (...) »
- article 144 : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. »

globale de leur statut, alors que la jurisprudence de la Cour de cassation refusait de regarder leur union comme un concubinage⁵.

La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS) a été l'aboutissement de longs et difficiles débats et a fait suite à de nombreuses propositions. En effet, il avait été successivement proposé la création d'un contrat de partenariat civil (1990), puis d'un contrat d'union civile (1992), d'un contrat de vie sociale (1995) et enfin d'un projet relatif à un pacte d'intérêt commun (1997). Finalement, le PACS a emprunté à chacune de ces propositions certaines caractéristiques.

Cette loi a ajouté au livre premier du code civil un titre treizième, dont le chapitre 1^{er} est consacré exclusivement au PACS (articles 515-1 à 515-7-1 du code civil).

Le législateur a fait le choix d'ouvrir le PACS à tous les couples⁶, constitués de personnes de même sexe ou de sexe différent, âgées de plus de dix-huit ans désirant organiser leur vie commune dans un cadre légal fiable, garant d'une sécurité juridique renforcée tant à l'égard des partenaires que des tiers.

Ce contrat *sui generis* prévoit une obligation de vie commune, et emporte des effets patrimoniaux. Les partenaires sont en effet soumis à un régime de séparation des biens.

Le législateur s'est attaché, depuis 1999, à faire évoluer son régime juridique tout en en préservant néanmoins sa spécificité.

Son régime initial a été progressivement modifié afin de prévoir une imposition commune immédiate (loi de finances du 30 décembre 2004), d'améliorer le régime juridique quant à sa publicité, en en prévoyant la mention en marge de l'acte de naissance, de protéger le partenaire survivant par la jouissance pendant un an du domicile commun après le décès de l'autre partenaire (loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007), d'exonérer de droits de succession la part successorale reçue par le partenaire survivant (loi du 21 août 2007) ou de définir dans le code civil (article 515-7-1) une règle de conflit de lois destinée à favoriser la reconnaissance des partenariats enregistrés à l'étranger (loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures).

1-1.2.3 Le concubinage

On a prêté au Premier Consul Bonaparte la formule suivante : « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* ». Il a ainsi fallu attendre le vote de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 instituant le pacte civil de solidarité pour que le concubinage soit consacré dans le code civil. Cette loi a en effet inséré un chapitre consacré au concubinage qui ne comprend cependant qu'un seul article, dont l'objet est de définir le concubinage comme étant « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et*

⁵ Soc, 11 juillet 1989 : la Cour de cassation considérait que la vie maritale suppose un couple constitué d'un homme et d'une femme à l'instar du mariage ; Civ. 3^e, 13 décembre 1997 : la Cour refusait d'assimiler le concubinage homosexuel au concubinage hétérosexuel à propos du transfert du droit au bail.

⁶ Contrairement par exemple à l'Allemagne ou le Royaume-Uni qui ont choisi de réserver ces partenariats aux personnes de même sexe.

de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple » (article 515-8 du code civil).

De fait, la réalité du concubinage⁷ est diverse. Le code civil se contente de le définir sans en déterminer le régime et les effets, lesquels sont précisés par les juridictions⁸, au gré des affaires qui leur sont soumises. Plusieurs points ont ainsi déjà été précisés par la jurisprudence, tant sur la condition de stabilité visée à l'article 515-8⁹, que sur les conditions de la rupture - régies par le principe de la liberté sans préjudice de la possibilité de recherche de la faute de son auteur. La jurisprudence a également affirmé le droit à réparation du préjudice subi par la concubine, en cas d'accident mortel survenu au concubin¹⁰.

1-2 L'évolution de la société et la nécessaire prise en compte de nouvelles situations familiales

1-2.1 Le PACS répond insuffisamment aux attentes des couples de même sexe

Depuis son instauration en 1999, le PACS a connu un succès croissant. Il a donné lieu, en 2000, à 22 276 déclarations aux greffes des tribunaux d'instance. Le nombre de partenariats conclus a ensuite cru au rythme d'environ 25 % par an entre 2002 et 2004, puis d'environ 50 % par an dès l'année 2005. Cette augmentation coïncide avec les réformes intervenues notamment en matière fiscale, visant à rapprocher le régime du pacte civil de solidarité et celui du mariage.

Depuis, le nombre de partenariats conclus a continué d'augmenter. Le nombre du million de PACS conclus a été atteint au 1er janvier 2010.

Cependant, en 2011, 144 098 PACS ont été conclus contre 205 596 en 2010.

⁷ Dans la mesure où le concubinage est une situation de fait, il est difficile d'avoir des chiffres fiables. Ainsi, on estimait à la fin des années 1990 à 2,4 millions le nombre de couples non mariés (contre 314 000 en 1968 et 1 707 000 en 1990). Selon le 28^{ème} rapport de l'Institut national démographique sur la situation démographique en France, en 1990, sur les 550 000 personnes qui formaient un couple chaque année, 90 % d'entre elles choisissaient d'abord le concubinage et seulement 10 % se mariaient sans vie commune préalable.

⁸ De manière générale, le concubinage n'entraîne aucune conséquence personnelle (l'usage du nom, la nationalité) ou patrimoniale (successions, fiscalité). Seule la loi du 6 juillet 1989 étend au concubin notoire le bénéfice de la continuation du bail en cas d'abandon ou de décès, et le droit de reprise. La situation patrimoniale des couples vivant en union libre ne fait l'objet d'aucun cadre juridique spécifique, et en matière successorale, le concubin est tout simplement assimilé à un tiers. Pour déterminer certains de ces droits, il ne reste que la solution du contrat réglant certains aspects patrimoniaux et, en matière de succession, le testament.

⁹ A cet égard, pour fixer le contenu de leur engagement l'un envers l'autre, les concubins bénéficient d'une liberté limitée. Ils ne peuvent en effet pas prévoir des clauses réglementant leurs rapports personnels, comme la clause instaurant un devoir de fidélité par exemple, ou portant atteinte aux principes de liberté et de précarité qui caractérisent le concubinage. La Cour de cassation a ainsi annulé une convention de concubinage aux motifs notamment que celle-ci constituait un moyen de dissuader la concubine de rompre, ce qui est contraire au principe de la liberté individuelle (Civ. 1^{ère}, 20 juin 2006).

¹⁰ En effet, pendant longtemps, la Cour de cassation refusait d'accorder tout droit à réparation à un concubin au motif qu'il ne pouvait pas se prévaloir d'un intérêt légitime juridiquement protégé alors que la chambre criminelle accueillait l'action en la subordonnant à deux conditions : le concubinage devait être stable et il ne pouvait s'agir d'un concubinage adultérin. Cette divergence a été tranchée dans le sens de la chambre criminelle par l'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970. Le Conseil d'état admettra aussi l'indemnisation du concubin dans sa décision du 3 mars 1978 (CE, ass, « Dame Müesser »).

En parallèle, le nombre de mariages s'est réduit. Ainsi en France, hors outre-mer, 241 000 mariages ont été célébrés en 2011. On en comptait 334 000 en 1980.

Le nombre de divorces, à l'inverse, a augmenté : de 100 000 en 1984, il est passé à 132 977 en 2011. Il n'était que de 30 000 entre 1953 et 1963.

Cependant, alors qu'en 1999, la part des PACS entre partenaires de même sexe était de 42%, en 2011 cette proportion est tombée à 4,7%, soit 6 809 PACS. Deux tiers d'entre eux sont conclus entre deux hommes.

Mariages et Pacs conclus selon le sexe des partenaires en 2011					
	Mariages	Pacs			Unions entre partenaires de sexes opposés
		Pacs de même sexe	Pacs de sexes opposés	Ensemble	
1990	294 690	///	///	///	///
1991	287 897	///	///	///	///
1992	279 338	///	///	///	///
1993	262 696	///	///	///	///
1994	260 866	///	///	///	///
1995	261 813	///	///	///	///
1996	287 144	///	///	///	///
1997	291 163	///	///	///	///
1998	278 525	///	///	///	///
1999	293 544	///	///	///	///
2000	305 234	5 412	16 859	22 271	322 093
2001	295 720	3 323	16 306	19 629	312 026
2002	286 169	3 622	21 683	25 305	307 852
2003	282 756	4 294	27 276	31 570	310 032
2004	278 439	5 023	35 057	40 080	313 496
2005	283 036	4 865	55 597	60 462	338 633
2006	273 914	5 071	72 276	77 347	346 190
2007	273 669	6 221	95 778	101 999	369 447
2008	265 404	8 201	137 801	146 002	403 205
2009	251 478	8 434	166 089	174 523	417 567
2010	251 654	9 143	196 415	205 558	448 069
2011	241 000	nd	nd	nd	nd
nd : donnée non disponible.					
Champ : France (non compris Saint-Martin et Saint-Barthélemy).					
Sources : Insee, statistiques de l'état civil ; SDSE, fichiers détails Pacs.					

Il ressort de cette évolution que si l'instauration du PACS a été un instrument essentiel pour la reconnaissance des couples de même sexe, il est désormais conclu tant par des couples de même sexe que par des couples de sexe différent.

Toutefois, le PACS n'offre pas les mêmes droits que le mariage. En effet, en dépit du renforcement significatif du régime du PACS, dans le sens d'un rapprochement vers celui du mariage, des différences importantes demeurent tant dans les conditions de formation, les modes de dissolution que dans les effets.

Des conditions de formation différentes

Le mariage, union d'un homme et d'une femme âgés de 18 ans révolus, est fondé sur leur libre échange de consentements reçu en mairie, au cours d'une cérémonie publique, par l'officier de l'état civil du lieu où l'un d'entre eux a sa résidence. Le PACS est un engagement privé subordonné à l'existence d'un contrat passé par acte sous seing privé ou acte authentique. Son enregistrement par le greffier du tribunal d'instance du lieu où les partenaires fixent leur résidence commune ou le notaire qui a établi l'acte authentique n'a d'autre objet que de lui conférer date certaine et, dès lors, de le rendre opposable aux tiers.

L'annulation d'un « PACS forcé » ou d'un « PACS de complaisance » appelle la mise en œuvre des mécanismes du droit des obligations (nullité relative pour erreur sur la personne ou dol à la demande du partenaire bafoué, nullité absolue pour cause illicite pouvant être demandée par toute personne y ayant un intérêt et par le parquet). A l'inverse, la lutte contre les mariages forcés ou les mariages de complaisance fait l'objet d'un dispositif législatif qui prévoit des mécanismes d'opposition et d'annulation, lesquels ne sont pas applicables au PACS. Ce dispositif figure aux articles 171-1 et suivants du code civil¹¹.

Contrairement au mariage qui, sous certaines conditions, est ouvert aux mineurs, le PACS est exclusivement réservé aux personnes majeures.

A titre exceptionnel, le mariage peut être célébré à titre posthume ou par procuration (pour les militaires, article 96-1 du code civil). L'enregistrement du PACS suppose que les deux partenaires se présentent ensemble au greffe ou chez un notaire, sauf motif médical dûment constaté ou empêchement grave. Le PACS à titre posthume ou par procuration n'existe pas.

A la différence du PACS, le mariage donne lieu à l'établissement et à la délivrance d'un livret de famille.

Des modes de dissolution différents

Si le décès ou la volonté commune peuvent provoquer la dissolution du PACS comme du mariage, les deux régimes conservent toutefois des causes de dissolution qui leur sont propres.

Ainsi, le PACS peut être rompu unilatéralement sans délai alors que le mariage ne peut être unilatéralement rompu pour altération définitive du lien conjugal qu'après deux ans de séparation, à la suite d'une procédure de divorce.

Le mariage des partenaires ou de l'un d'eux met fin au PACS.

Par ailleurs, la dissolution du mariage par divorce suppose, quelle qu'en soit la cause, la mise en œuvre d'une procédure, uniquement judiciaire, qui vise à la protection des droits de chacun des époux et de l'intérêt des enfants.

La dissolution du PACS, de son côté, bénéficie d'un formalisme simplifié dénué de tout contrôle judiciaire (dissolution par volonté conjointe par présentation des deux partenaires au

¹¹ Cette différence est justifiée par l'absence de conséquences du PACS en matière de nationalité.

greffe ou par LRAR, dissolution unilatérale signifiée par son auteur à l'autre partenaire et remise d'une copie de la signification au greffe). Cependant, s'agissant de la rupture unilatérale du PACS, le partenaire à l'origine de celle-ci peut être condamné en réparation de fautes qu'il aurait commises quant aux conditions de cette rupture.¹²

Des effets différents

Le mariage et le PACS n'emportent pas les mêmes conséquences sur le statut personnel des intéressés.

Ainsi, contrairement au mariage, le PACS :

- ne confère pas aux partenaires le droit de faire usage du nom de l'autre ;
- ne crée pas de vocation successorale entre partenaires sauf dispositions testamentaires ;
- n'emporte aucun effet sur la nationalité ; le mariage permet au conjoint étranger d'acquérir la nationalité française selon une procédure déclarative, sous certaines conditions de durée de la vie commune et de résidence en France ;
- n'emporte pas à lui seul la délivrance de plein droit d'un titre de séjour, l'ancienneté de la vie commune avec un Français ou un ressortissant de l'Union Européenne devant toujours être établie ; toutefois, pour la délivrance de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale », le PACS constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels et familiaux en France ;
- n'emporte aucun droit pour le partenaire survivant à la perception d'une pension de réversion.

Par ailleurs, le mariage et le PACS créent des obligations différentes. Si le PACS emprunte au mariage sa vocation d'organiser les conditions juridiques de la vie de couple (aide mutuelle, solidarité des dettes de vie courante, régime des biens acquis), en revanche, il n'emporte pas de conséquences dans la vie de la famille : seuls les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, d'assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille et de pourvoir à l'éducation des enfants.

Cette dernière distinction résulte des effets différents en matière de filiation : En effet, seul le mariage fait naître à l'égard des enfants qui en sont issus une *présomption de paternité*. Le PACS, lui, qui n'organise que la vie du couple, ne crée aucune présomption de paternité. La filiation paternelle est établie à l'égard du père par la reconnaissance, comme pour les concubins.

S'agissant de *l'adoption*, seuls les couples mariés peuvent conjointement adopter un enfant, que ce soit en la forme simple ou plénière. De même, seul un époux peut adopter l'enfant de son conjoint. L'adoption n'est pas ouverte aux couples non mariés, qu'ils soient ou non engagés dans un PACS.

¹² Le Conseil constitutionnel a à cet égard indiqué dans sa décision n°99-419 précitée que comme cela résulte des dispositions (du dernier alinéa) de l'article 515-7 du code civil, le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuellement subi, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture ; dans ce dernier cas, l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

L'ensemble de ces différences entre PACS et mariage a pour conséquence que la fermeture de ce dernier régime aux couples de même sexe leur interdit de bénéficier des mêmes droits que les couples de sexes différents. Le PACS ne peut donc répondre totalement aux attentes de couples de même sexe.

1-2.2 Le droit de la famille est appelé à répondre à de nouvelles situations

Confronté à de nouvelles situations, le droit positif peine à toujours trouver des réponses satisfaisantes.

1-2.2.1 Difficultés juridiques et pratiques rencontrées par certaines familles en France

L'évolution du couple a entraîné des changements dans la physionomie de la famille.

Si le droit français, et notamment le PACS, n'ouvre aucun mode d'accès à la parenté pour les couples homosexuels, il n'en demeure pas moins que de nombreux enfants grandissent élevés par deux parents de même sexe. Selon une étude de l'INED de 25 000 à 40 000 enfants seraient élevés actuellement en France par des couples du même sexe. Cette évaluation est cependant contestée par les associations de familles homoparentales qui évaluent à 300 000 le nombre de familles concernées.

A cet égard, différents types de situations peuvent se présenter.

Des couples de même sexe élèvent les enfants que l'un des partenaires a eu d'une précédente union hétérosexuelle. Dans ce cas, l'enfant a en principe une filiation paternelle et maternelle. La situation juridique de ces familles est celle des familles recomposées.

Dans d'autres cas, des couples de même sexe élèvent ensemble des enfants, mais le lien de filiation n'est établi qu'à l'égard d'un des membres du couple.

Dans cette hypothèse, l'une des partenaires a pu donner naissance à un enfant destiné à être élevé au sein du couple. D'un point de vue juridique, cet enfant n'est rattaché qu'à la femme qui a accouché.

L'enfant a également pu être adopté par l'un des membres du couple, l'adoption par une personne seule étant possible en droit français. Le Conseil d'Etat comme la Cour européenne des droits de l'homme ont, en outre, nettement jugé que l'homosexualité d'un adoptant ne pouvait être un motif de refus pour la délivrance de l'agrément.

Ainsi qu'il a été dit, les mécanismes d'adoption plénière¹³ ou d'adoption simple¹⁴ de l'enfant du conjoint sont, en revanche fermés au partenaire – qu'il soit de même sexe ou de sexe

¹³ L'adoption plénière rompt définitivement les liens avec la famille de naissance de l'enfant : la filiation adoptive se substitue à la filiation d'origine et l'enfant a les mêmes droits que les autres enfants dont le lien de filiation est établi. Ainsi, un nouvel acte de naissance est établi qui fait de lui le fils ou la fille de ses parents adoptifs, et l'acte de naissance d'origine est annulé et ne peut plus être communiqué.

¹⁴ L'adoption simple, pour sa part, ne rompt pas les liens avec la famille d'origine : l'enfant conserve les droits successoraux notamment ; elle est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Contrairement à l'adoption plénière, elle peut être prononcée quel que soit l'âge de l'enfant.

différent. L'adoption de l'enfant du conjoint est réservée au conjoint marié en vertu de l'article 365 du code civil.

A cet égard, la Cour de cassation, dans une décision rendue le 20 février 2007, a cassé un arrêt d'une cour d'appel ayant prononcé l'adoption, par une femme, de l'enfant de sa partenaire de PACS dès lors que celle-ci entraîne pour le parent biologique la perte de ses prérogatives d'autorité parentale, qui sont intégralement transférées à l'adoptant, ce qui est contraire à l'intérêt de l'enfant. En effet, le partage de l'autorité parentale entre le parent et l'adoptant n'est prévu par la loi que lorsqu'il s'agit d'une adoption au sein d'un couple marié.

Dans tous ces cas de figure, l'enfant ne peut donc avoir de lien de filiation qu'avec un seul parent, l'autre parent ne pouvant revendiquer l'établissement d'un tel lien, ni par la reconnaissance de l'enfant devant l'officier d'état civil, ni par un jugement d'adoption.

La deuxième personne qui élève l'enfant peut toutefois bénéficier d'un statut juridique, en sollicitant du juge aux affaires familiales une délégation d'autorité parentale sur le fondement de l'article 377-1 du code civil, selon lequel « *les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

En effet, la Cour de cassation a considéré que cet article ne s'oppose 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 (Cass. 1^{ère} civ. 24 février 2006).

L'autorité parentale peut ainsi être exercée par le père ou par la mère avec son ou sa partenaire, que celui-ci soit ou non du même sexe que le parent, selon les modalités définies par le juge.

Dans une décision récente, la Cour de cassation a toutefois adopté une interprétation restrictive des textes. Par un arrêt du 8 juillet 2010, si elle a confirmé que la mère qui exerçait seule l'autorité parentale pouvait en partie la déléguer, elle a néanmoins exigé l'existence de *circonstances exceptionnelles* en plus de la conformité du projet à l'intérêt de l'enfant¹⁵.

Si la délégation partage constitue un aménagement juridique susceptible de permettre au quotidien de régler de nombreuses difficultés pratiques, elle ne permet pas au partenaire bénéficiaire de la délégation de devenir parent, faute d'un lien de filiation établi, lequel pourrait seul permettre une sécurisation du lien existant entre lui et l'enfant. Ainsi, en cas de séparation du couple, la situation du partenaire est très fragile, dès lors que le partage de l'autorité parentale nécessite l'accord de l'autre parent, seul investi par l'effet de la loi de l'autorité parentale.

¹⁵ Cf. Civ (1) 8 juillet 2010, n°09-12.623. Il est vrai que cette jurisprudence n'est pas suivie par certaines juridictions du fond. Ainsi, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt remarqué du 20 octobre 2011, a fait droit à la demande d'une délégation partage de l'autorité parentale au bénéfice de la partenaire de la mère des enfants, relevant qu'il était de l'intérêt de ces derniers, dont la filiation n'était pas établie à l'égard du père, d'avoir un deuxième titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Elle n'a donc pas exigé de circonstances exceptionnelles mais a seulement relevé que les circonstances l'exigeaient (Paris 20 octobre 2011, RG n° 10/11743 ; TGI Bayonne, 26 octobre 2011). Dans un arrêt du 1er décembre 2011, la cour d'appel de Paris a confirmé sa jurisprudence antérieure et a admis une délégation d'autorité parentale entre deux femmes qui vivaient désormais de façon séparée (Paris 1^{er} décembre 2011, RG n°11/06495).

1-2.2.2 Difficultés juridiques rencontrées s'agissant des situations nées à l'étranger

a) Les couples

Bien qu'il n'existe aucun chiffre relatif au mariage de ressortissants français avec des ressortissants étrangers de même sexe dans les pays où ce mariage est autorisé, les difficultés qui naissent de ces situations sont réelles. Le droit positif français ne reconnaît pas une telle union. En effet, si la validité du mariage s'apprécie au regard de la loi du lieu de célébration s'agissant des conditions de forme, elle s'apprécie au regard de la loi personnelle de chacun des époux s'agissant des conditions de fond, parmi lesquelles figure le sexe des époux.

Ainsi, s'agissant de la reconnaissance en France de la validité d'un mariage célébré à l'étranger entre personnes de même sexe, plusieurs situations doivent être distinguées.

Si la loi personnelle de l'un des époux, ou de chacun des époux, prohibe le mariage entre personnes de même sexe, celui-ci ne peut être reconnu en France dès lors qu'il n'a pas été valablement célébré à l'étranger.

Si la loi personnelle de chacun des époux admet le mariage entre personnes de même sexe et que celui-ci a été valablement célébré à l'étranger il peut, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, produire certains effets en France. La jurisprudence a ainsi déjà admis de tirer certaines conséquences, notamment sur le plan patrimonial et successoral, de mariages célébrés régulièrement à l'étranger alors même qu'ils seraient déclarés nuls s'ils l'avaient été en France.

Enfin, dans l'hypothèse d'un mariage entre un Français et un ressortissant étranger de même sexe dont la loi personnelle connaît cette forme d'union, ce mariage ne peut pas être reconnu en France puisque la loi personnelle du ressortissant français ne le permet pas. Il en est, a fortiori, de même dans l'hypothèse d'un mariage célébré à l'étranger entre deux Français de même sexe. Dans ces situations, l'acte de mariage ne peut faire l'objet d'une transcription dans les registres français de l'état civil. En outre, les formalités préalables au mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère prévues aux articles 171-2 et suivants du code civil ne sont pas applicables à ces projets de mariage : aucune publication des bans ne peut avoir lieu et aucun certificat de capacité à mariage ne peut être délivré par les autorités consulaires françaises.

Par conséquent, les couples ainsi constitués n'ont pas d'existence aux yeux de la loi française.

Toutefois, pour l'époux ressortissant étranger, ce mariage, conforme à sa loi personnelle, est reconnu.

Il résulte de cette situation des difficultés particulières. Ainsi, par exemple, les personnes dans une telle situation ne peuvent pas contracter de PACS en France, dès lors que l'un des membres du couple est engagé dans les liens du mariage selon sa loi personnelle. Dans ces conditions, les intéressés doivent divorcer pour dissoudre un mariage non reconnu en France pour le ressortissant français, pour pouvoir ensuite se pacser en France.

b) Les familles

La jurisprudence confère parfois une portée limitée aux situations juridiques acquises à l'étranger par les personnes homosexuelles devenues légalement parents à l'étranger.

Ainsi, en matière d'exequatur de jugements d'adoption étrangers prononcés au bénéfice de couples de même sexe, la jurisprudence de la Cour de cassation distingue en l'état deux types de situations.

Dans le cas d'une adoption simple – où il peut y avoir plusieurs liens de filiation établis à l'égard de parents de même sexe, la filiation adoptive « s'ajoutant » à la filiation d'origine et ne s'y substituant pas – la Cour de cassation juge qu'il n'y a pas de contradiction avec l'ordre public international et que peut être accordé l'exequatur du jugement d'adoption et ce faisant autorisée la transcription à l'état civil des nouveaux liens de filiation, sous réserve toutefois que le jugement d'adoption prévoit un partage de l'autorité parentale entre le parent de naissance et l'adoptant(e) simple lorsqu'il ne s'agit pas d'une adoption conjointe (Civ 1^{ère} 8 juillet 2010).

Dans les autres cas - adoption non qualifiée expressément ou adoption plénière - la jurisprudence considère que la reconnaissance de la décision étrangère est contraire à l'ordre public international dès lors que celle-ci aboutirait à faire transcrire sur les registres d'état civil des liens de filiation faisant apparaître un enfant comme né de deux parents de même sexe (Civ 1^{ère} 7 juin 2012).

En effet, le droit positif français n'admet l'établissement de la filiation qu'à l'égard d'une personne seule ou d'un couple hétérosexuel, marié ou non. Il ne permet pas l'établissement d'un acte de naissance faisant apparaître une filiation à l'égard de deux personnes de même sexe, l'article 57 du code civil prévoyant l'inscription dans l'acte « *des prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère* ».

Ainsi, un acte de naissance étranger d'un enfant faisant apparaître un double lien de filiation paternelle ou maternelle, dont l'un au moins des parents est français, ne peut être transcrit dans les registres d'état civil français car il est contraire à l'ordre public français et qu'il révèle un conflit de filiations qui, aux termes de l'article 320¹⁶ du code civil, doit être au préalable tranché.

Cependant, s'agissant d'un acte de naissance étranger comportant deux liens de filiation maternelle conformément à la loi étrangère (notamment Canada, Danemark, Royaume-Uni, Ecosse), lorsque la mère française indiquée dans l'acte a donné naissance à l'enfant par accouchement, puisqu'elle établit la filiation à l'égard de l'enfant en application de la loi française, l'acte peut être transcrit en occultant toutefois l'autre lien de filiation maternelle établi en application de la loi étrangère.

¹⁶ Art 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.

1-3 Eléments de droit comparé

Plusieurs pays ont connu des évolutions similaires à celle que connaît la France. Confrontés aux mêmes questions, certains d'entre eux ont décidé de modifier leur législation.

1-3.1 La reconnaissance des unions entre deux personnes de même sexe

a) Le partenariat civil

A défaut d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, certains pays ont prévu une forme de partenariat civil (Allemagne, Finlande, Hongrie, Irlande, République Tchèque, Royaume-Uni, Slovénie). Les droits et les devoirs qui en découlent sont quasiment identiques à ceux prévus pour les époux sauf en Slovénie, où il est au contraire précisé que les partenaires de même sexe n'ont pas les mêmes droits que les couples mariés.

Ainsi, en Allemagne, où le partenariat civil est réservé aux personnes de même sexe, les partenaires sont tenus à une communauté de vie et se doivent secours et assistance, le devoir d'assistance persistant malgré une éventuelle séparation. Ils peuvent également choisir un nom de famille commun. Et enfin, sauf convention contraire, le partenariat enregistré entraîne en matière patrimoniale et successorale les mêmes effets que le mariage¹⁷.

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

Aux Etats-Unis, neuf Etats autorisent des unions civiles ou des partenariats en leur conférant les mêmes avantages que ceux découlant du mariage.

b) La reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe

Peu d'Etats autorisent le mariage entre personnes de même sexe.

Parmi les pays analysés pour cette étude d'impact¹⁸, seuls six pays, en Europe, ont légalisé le mariage entre personnes de même sexe, les Pays-Bas ont été les premiers en 2001, suivis de la Belgique en 2003, de l'Espagne en 2005, de la Norvège et de la Suède en 2009, et du Portugal en 2010. Dans ces six pays, le régime applicable au mariage entre personnes de même sexe est identique à celui appliqué au mariage entre personnes de sexe différent.

¹⁷ Toutefois, un projet de résolution (Land de Berlin) et une proposition de loi tendant à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, n'ont pu être adoptés en 2010 en raison de la résistance des Länder gouvernés par la CDU/CSU et de l'opposition de la coalition au pouvoir.

¹⁸ Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Estonie, Etats-Unis, Norvège, Finlande, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, et Slovénie.

Nombre de mariages entre personnes de même sexe en Belgique et en Espagne

Belgique
11 millions d'habitants

	Mariages entre hommes	Mariages entre femmes	Total des mariages	% des mariages entre personnes de même sexe
2004	1244	894	43296	4,9 %
2005	1160	894	43141	4,8 %
2006	1191	1057	44813	5,0 %
2007	1189	1111	45561	5,0 %
2008	1148	1035	45613	4,8 %
2009	1133	999	43303	4,9 %
2010	1062	1102	42159	5,1 %

Source : Direction générale Statistique et Information économique - Direction thématique Société.

Espagne
47 millions d'habitants

	Mariages entre hommes	Mariages entre femmes	Total des mariages	% des mariages entre personnes de même sexe
2006	3190	1384	211818	2,2 %
2007	2180	1070	203697	1,6 %
2008	2299	1250	196613	1,8 %
2009	2212	1200	175952	1,9 %
2010	2216	1367	170815	2,1 %
2011	2293	1587	163085	2,4 %

Source : Movimiento Natural de la Población, Instituto Nacional de Estadística.

En Suède, le partenariat civil pour les couples homosexuels a été créé dans les années 1990, et ces couples peuvent adopter depuis 2002.

Contrairement à l'Espagne, où la légalisation du mariage entre personnes de même sexe a suscité une forte contestation, avec de nombreuses manifestations pour la défense de la famille traditionnelle, le texte n'a suscité au Portugal qu'une opposition discrète des associations proches des milieux catholiques.

En dehors de l'Europe, le Canada et certains états des Etats-Unis, ont également légalisé le mariage entre personnes de même sexe.

Au Canada, les députés ont adopté la « Loi sur le mariage civil » reconnaissant le mariage entre personnes du même sexe, en 2005. Le parlement s'est fondé sur les principes d'égalité garantis par la Charte canadienne des droits et libertés, laquelle reconnaît l'égalité de tous les

citoyens quels que soient leur sexe, leur âge, leur religion et leur orientation sexuelle. Les tribunaux de la majorité des provinces et d'un territoire avaient en effet jugé que l'égalité d'accès au mariage civil pour les couples de même sexe et les couples de sexe opposé était comprise dans le droit à l'égalité sans discrimination.

A contrario, aux Etats-Unis, la réglementation du mariage est une compétence relevant des états fédérés. La question du mariage entre personnes de même sexe suscite de vifs débats et divise profondément la société américaine. Six états¹⁹ ont reconnu le mariage entre personnes de même sexe, et deux états supplémentaires ont adopté une législation similaire en 2012 mais devant être confirmée par référendum en novembre 2012²⁰.

c) Etats n'ayant aucune législation en faveur de la reconnaissance des couples de même sexe

Certains pays ne reconnaissent aucune forme d'union de deux personnes de même sexe, qu'il s'agisse d'un mariage ou d'un partenariat civil.

La question de l'union civile y est toutefois l'objet de nombreux débats.

C'est le cas en Lettonie, où il existe un lobby important qui milite pour les droits des homosexuels, et leur possibilité de s'unir par un partenariat civil ; mais également en Pologne et en Slovaquie où des propositions ont été faites aux parlementaires mais ont été rejetées.

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

Par ailleurs, il faut signaler que le ministère de la justice en Estonie prépare un projet permettant le partenariat civil pour les couples homosexuels.

En Finlande, un groupe de parlementaires a proposé un amendement permettant de légaliser le mariage entre personnes de même sexe en mars 2012. Cette proposition doit maintenant être étudiée par le Comité des affaires légales du Parlement qui décidera des suites à donner. De même, au Royaume-Uni, le gouvernement a lancé une consultation en 2012 sur le mariage entre personnes de même sexe.

1-3.2 Les règles en matière d'adoption pour les couples de même sexe

L'homoparentalité par voie d'adoption est reconnue légalement dans 9 des 27 pays de l'Union européenne (Allemagne, Finlande, Slovaquie, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Espagne, Royaume-Uni et Suède).

¹⁹ Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, New York, Vermont, Washington D.C.

²⁰ Maryland et Washington state

1-3.2.1 La situation des couples de même sexe mariés : la reconnaissance d'une filiation adoptive

La légalisation du mariage entre personnes de même sexe s'est accompagnée de la reconnaissance de leur droit à l'adoption, sauf au Portugal.

Ainsi, des modifications des dispositions du code civil ont été faites en Belgique et aux Pays-Bas, pour permettre aux couples mariés de même sexe d'adopter dans les conditions de droit commun. En Norvège et en Suède, les couples mariés de même sexe bénéficient également des mêmes droits et obligations que les couples mariés de sexes différents en matière d'adoption. En Espagne, cette possibilité est aussi ouverte.

Aux Etats-Unis où les règles relatives à l'adoption diffèrent d'un Etat à l'autre, les régimes juridiques sont très variés, allant de la pleine reconnaissance à l'interdiction totale, qu'il s'agisse d'une adoption conjointe ou par le second parent²¹. En Arizona, la préférence est donnée aux couples hétérosexuels par rapport à un parent unique. A contrario, certains Etats interdisent toute forme de discrimination²² et permettent aux couples de même sexe d'adopter de manière conjointe ou comme second parent et ce, quel que soit le statut de leur relation²³. Enfin, d'autres Etats autorisent l'adoption à condition que le couple soit marié ou partie à une union civile ou un pacte²⁴.

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

1-3.2.2 La situation des couples de même sexe non mariés

La plupart des pays qui n'ont pas légiféré pour ouvrir le mariage aux couples de même sexe ne permettent pas l'adoption conjointe d'un enfant par les deux partenaires (Allemagne, Estonie, Finlande, Hongrie, Italie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Pologne, République Tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie).

Le partenaire de même sexe peut être impliqué dans la vie de l'enfant. En Finlande, le partenariat civil permet la garde conjointe des enfants. En Allemagne, la loi permet au partenaire de celui qui exerce seul l'autorité parentale d'être « associé aux décisions concernant la vie quotidienne de celui-ci ».

En outre, en Finlande, en Allemagne et en Slovénie, l'adoption de l'enfant du partenaire est autorisée.

²¹ Kentucky, Mississippi, Nebraska, Caroline du Nord, Ohio et Utah

²² Californie, Maryland, Massachussets, New Jersey, New York, Nevada, l'Oregon, et Wisconsin.

²³ Californie, Colorado, District de Columbia, Illinois, Indiana, Maine, Massachussets, Montana, New Jersey, New York, Pennsylvanie et Vermont.

²⁴ Connecticut, Delaware, Iowa, Nevada, New Hampshire, Oregon, Rhodes Island, Vermont et Etat de Washington

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

1-4 La nécessité de modifier la loi en France

Aucune juridiction n'a, à ce jour, étendu aux couples de même sexe l'application des textes relatifs au mariage.

1-4.1 La position de la jurisprudence judiciaire

L'exigence de l'altérité sexuelle est clairement posée par la Cour de cassation. En effet, dans son arrêt du 13 mars 2007, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux ayant confirmé la décision des premiers juges qui avait annulé le mariage célébré à Bègles²⁵, la première chambre de la Cour de cassation a affirmé qu'au regard du droit positif français, « *le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* » et que ce principe n'est contredit par aucune disposition de conventions internationales applicables en France.

1-4.2 La position du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a considéré que les articles 75 et 144 du code civil étaient conformes à la Constitution. Il a également jugé qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de sa compétence, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme pouvait justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille. Dès lors, il estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation. (Décision 2010-92 QPC du 28 janvier 2011).

1-4.3 La position de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme, qui a eu déjà l'occasion de s'exprimer sur les droits des personnes homosexuelles, considère que l'article 12 CEDH²⁶ vise le mariage entre deux personnes de sexe opposé et que l'évolution enregistrée dans certains pays européens ne lui paraît pas révélatrice d'un abandon général du concept traditionnel du mariage. Elle estime dans un arrêt *Schalk et Kopf c/Autriche*, du 24 juin 2010, que l'autorisation ou l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe est régie par les lois nationales des Etats

²⁵ TGI Bordeaux, 27 juillet 2004 ; CA Bordeaux, 19 avril 2005.

²⁶ Article 12 CEDH – Droit au mariage : « *A 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.* »

contractants et qu'en l'absence de consensus entre les Etats, ceux-ci sont les mieux placés pour fixer, en la matière, les règles adaptées aux besoins de leur société.

De façon générale, il importe de souligner qu'il résulte de ces décisions que, nonobstant le fait qu'il constitue un argument symboliquement très fort, l'argument tiré de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a été considéré comme « juridiquement » inopérant, dès lors que le législateur pouvait prévoir des règles différentes concernant des situations qui ne sont pas identiques.

1-4.4 La position de la Cour de justice de l'Union européenne

Dans son arrêt « *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* » (C-267/06, Rec. p. I-1757) rendu en Grande chambre le 1^{er} avril 2008, si la Cour de justice de l'Union européenne, se fondant sur les dispositions combinées des articles 1er et 2 de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, a jugé que l'Allemagne a commis une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle en prévoyant dans sa réglementation interne qu'après le décès d'un partenaire lié par un partenariat de vie, le partenaire survivant ne pourra pas percevoir une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant, c'est en se fondant sur le fait que, en droit national, le partenariat de vie placerait les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne ladite prestation de survie.

Ainsi, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe relève d'un choix de société que seul le législateur peut opérer. Par conséquent, il appartient à celui-ci d'intervenir.

II- Etudes des options

2-1 Option n°1 : améliorer le régime du PACS

Une première option pourrait être de modifier le régime du PACS afin de rapprocher davantage celui-ci du mariage et d'offrir aux couples de même sexe des droits proches, voire similaires à ceux dont bénéficient les couples hétérosexuels mariés.

Cette option, qui nécessiterait de modifier notamment les articles 515-1 et suivants du code civil, ne paraît cependant pas être de nature à répondre aux difficultés évoquées ci-dessus.

D'une part, s'il était envisagé un simple rapprochement des droits entre les couples mariés et les couples pacsés, par le biais notamment de la reconnaissance du partenariat comme mode d'accès à la nationalité française ou encore par l'octroi du bénéfice d'une pension de réversion au partenaire survivant, il est probable qu'en l'absence de mesures instaurant un lien entre le pacs et la filiation, cette modification ne serait pas jugée suffisante.

D'autre part, s'il était envisagé d'aligner les effets du PACS sur ceux du mariage, y compris en matière de filiation, se poserait la question alors de l'intérêt de maintenir ces deux modes d'organisation de la vie des couples que sont le PACS et le mariage.

Une telle option pourrait en effet emporter une fragilisation du mariage à l'avenir dès lors qu'il serait en concurrence direct avec un pacs offrant les mêmes droits sans pour autant prévoir les mêmes conditions d'établissement (pas de procédure de publication des bans...) et de dissolution (pas de procédure devant le juge).

Or, il est constant que la souplesse du PACS répond à l'attente de nombreux couples. Il paraît donc nécessaire de maintenir ces deux régimes juridiques.

Au demeurant, une telle modification du PACS ne répondrait pas à la revendication essentielle d'égalité des droits, entendue comme la possibilité d'avoir accès à la même institution que celle existant pour les couples constitués d'un homme et d'une femme.

2-2 Option n°2 : instaurer une nouvelle union civile réservée aux couples de même sexe

Dans un souci de faire évoluer le statut des couples homosexuels, une autre option pourrait être d'instituer, aux côtés du mariage, du PACS et du concubinage, un quatrième régime, que l'on pourrait appeler « Contrat d'Union Civile » (CUC) et qui serait réservé aux seuls couples de personnes de même sexe. Il serait, à la différence du PACS, célébré en mairie et pourrait ouvrir les mêmes droits et devoirs que ceux du mariage, à l'exception des effets en matière de filiation.

Cependant, l'instauration d'un « 4^{ème} régime » rendrait singulièrement complexe et moins lisible notre droit.

Enfin, l'ensemble des associations qui se sont exprimées sur le sujet, tant celles qui représentent les couples de même sexe que les associations familiales, se sont montrées résolument opposées à un régime juridique réservé aux couples de même sexe. Il est considéré comme discriminatoire par les premières et contraire aux principes qui fondent la famille par les secondes.

2-3 Option n°3 : substituer au mariage et au PACS une union civile ouverte à tous

Certains ont émis le souhait que le débat sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe soit l'occasion de supprimer le mariage et le PACS et de créer un régime unique commun à tous les couples.

Une telle option est défendue par ceux qui sont en général hostiles à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (le mariage étant alors cantonné au domaine religieux).

Cependant, les difficultés ne proviennent pas actuellement de l'existence de trois modes différents de conjugalité (mariage, PACS et concubinage), mais plus précisément du périmètre réservé au mariage. L'institution du mariage n'est nullement en cause.

Aussi, outre qu'elle emporterait une modification en profondeur du droit de la famille, cette option aurait pour inconvénient de modifier le droit applicable aux couples hétérosexuels. Or, s'il est nécessaire de faire évoluer le droit des couples, il paraît aussi essentiel, et admis par la majorité des personnes et organisations consultées, que cette évolution ne doit pas se traduire par une modification des droits des couples hétérosexuels unis dans les liens du mariage.

2-4 Option n°4 : ouvrir le mariage aux couples de même sexe

Seule l'ouverture du mariage aux couples de même sexe paraît être une réponse satisfaisante aux besoins d'évolution de la société. Au demeurant, au-delà de ces organisations, l'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé depuis le vote de la loi relative au pacte civil de solidarité, et désormais, une majorité de Français semble être aujourd'hui favorable à une telle réforme : selon un sondage publié par l'IFOP en août 2012, 65 % des Français sont favorables au mariage des personnes de même sexe (ce qui constitue une progression de 2 points par rapport à l'année dernière), tandis que 53 % des Français sont favorables à l'adoption par les couples homosexuels.

Par ailleurs, les parlementaires se sont emparés de la question de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe avec le dépôt de propositions de lois à ce sujet.²⁷

Sans méconnaître ou remettre en cause le droit des couples hétérosexuels, et porter une quelconque atteinte au mariage qui demeure en l'état, mais est seulement plus ouvert, cette réforme permettra de satisfaire la revendication d'égalité manifestée par une majorité de citoyens français.

Il paraît donc opportun de permettre aux couples de personnes de même sexe de se marier et par voie de conséquence d'adopter.

III- Objectifs de la réforme

Dans un objectif d'égalité, le projet de loi prévoit d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

Il ne s'agit pas de réformer l'institution du mariage. Tout en étendant l'application de ces dispositions aux couples constitués de personnes de même sexe, le projet de loi, pas plus que le droit positif, ne propose de définition du mariage. Il ne modifie pas le droit existant, applicable aux couples de personnes de sexe différent.

Par ailleurs, il n'apporte aucune modification aux dispositions relatives à la filiation établie par l'effet de la loi.

²⁷ Proposition de loi n° 586 visant à ouvrir le mariage aux couples de même sexe déposée le 15 janvier 2008 à l'Assemblée nationale par M. BLOCHE et autres (groupe socialiste, radical, divers gauche), rejetée en 1ère lecture le 14 juin 2011. Une nouvelle proposition de loi a également été déposée le 27 août 2012 au Sénat par Madame BENBASSA et autres visant à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe et à l'ordonnancement des conditions de la parentalité.

En revanche, la réforme permettra aux couples de même sexe de recourir, dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels, à l'adoption, qu'il s'agisse d'une adoption conjointe ou de l'adoption de l'enfant du conjoint.

A ce titre, les enfants actuellement élevés au sein d'une famille homoparentale, dont la filiation est établie à l'égard de l'un seulement des deux époux, pourront, dans le cadre de cette réforme, être adoptés par l'autre époux, donc bénéficier de deux liens de filiation. La loi reconnaîtra ainsi deux parents à l'enfant.

3-1 L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe

3-1.1 Le principe de l'ouverture

Le projet de loi propose d'insérer un article 143 dans le code civil consacrant le mariage pour tous les couples ainsi rédigé : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.* »

Cet article affirme ainsi expressément la différence ou non de sexe des personnes composant le couple marié, à l'instar de ce qui est prévu pour le PACS (article 515-1²⁸) et le concubinage (article 515-8²⁹).

3-1.2 La portée de cette ouverture

Pour assurer une efficacité pleine et entière à cette réforme, immédiatement, il est également proposé d'insérer dans la loi des dispositions spécifiques afin de régir la situation des mariages entre personnes de nationalités différentes.

En effet, en l'état du droit, les conditions de fond de validité du mariage s'apprécient en fonction de la loi personnelle de chacun des époux.

Il est donc apparu opportun d'introduire dans le code civil une règle de conflit de lois permettant de garantir aux Français la possibilité de se marier avec un ressortissant étranger du même sexe, ou à deux ressortissants étrangers de se marier en France, quand bien même la loi personnelle du ou des futurs conjoints étrangers ne reconnaîtrait pas la validité de telles unions.

Cette règle consiste à écarter la loi personnelle quand elle ne permet pas le mariage entre personnes de même sexe (article 202-1 du code civil).

²⁸ Art 515-1 C.civ : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

²⁹ Art 515-8 C.civ : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité, de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.* »

Cependant, cette exception ne permettra pas nécessairement à un Français de se marier avec une personne de même sexe, à l'étranger, auprès des autorités diplomatiques ou consulaires françaises (voir point 4-3.1).

S'agissant des mariages de Français célébrés par les autorités étrangères après l'entrée en vigueur de la loi, les règles figurant au chapitre II *Bis* du titre V du livre 1^{er} du code civil, relatif au mariage des Français à l'étranger (articles 171-1 et suivants) seront applicables.

Une disposition spécifique concernant les mariages de Français valablement célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi est prévue (voir point 6-3).

3-2 la possibilité pour un couple de même sexe d'adopter

La possibilité pour un couple de même sexe de se marier aura pour conséquence automatique, à défaut de disposition contraire, de permettre à ces couples d'adopter. A cet égard, seront possibles, dans les mêmes conditions que pour un couple hétérosexuel marié, tant l'adoption simple que l'adoption plénière, tant l'adoption conjointe que l'adoption de l'enfant du conjoint.

Le Gouvernement fait le choix d'ouvrir l'adoption aux couples de même sexe mariés dans les mêmes conditions que pour les couples hétérosexuels mariés, avec les mêmes droits et les mêmes procédures administratives (agrément) et juridictionnelles garantant de l'évaluation du sérieux du projet et d'un environnement éducatif, familial et psychologique correspondant aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté.

Ce choix est cohérent avec les précédents étrangers déjà mentionnés (cf. supra 1-3.2.1 : Allemagne, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Espagne, Royaume-Uni, Finlande, Slovaquie et Suède).

Plus de 700 articles scientifiques ont été consacrés, depuis le début des années 1970, à l'homoparentalité dont 10 % au développement des enfants. « La tendance générale est qu'il n'y a pas de différences massives entre les enfants élevés dans des familles homoparentales et les autres », conclut ainsi Olivier Vécho, maître de conférences en psychologie à Paris X Nanterre³⁰. En l'état actuel du droit, la circonstance qu'une personne célibataire souhaitant adopter vive avec un compagnon de même sexe qui participera à l'éducation de l'enfant ne fait déjà pas obstacle, par elle-même, à la délivrance de l'agrément (cf. infra, 4-3.2.1).

Au regard de cette réalité, le projet de loi ajoute, dans l'intérêt de l'enfant, la possibilité aujourd'hui inexistante d'une sécurisation juridique du lien avec les deux adultes de même sexe participant à son éducation, et pas seulement avec un seul (parent biologique ou adoptant célibataire). Cela vaudra tant dans le cas d'une adoption conjointe par un couple marié que dans celui – qui sera probablement le plus fréquent – de l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe.

³⁰ Auteur de l'article *Homoparentalité et développement de l'enfant : bilan de trente ans de publications* dans *La psychiatrie de l'enfant*, 2005/1 (vol. 48), PUF. Déclaration au journal *Le Monde* du 25 septembre 2012.

IV- Analyse des impacts

4-1 Impacts juridiques

4-1.1 En droit civil

Il conviendra de procéder aux seules adaptations légistiques strictement nécessaires afin d'adapter les textes qui visent actuellement « le père » ou « la mère » et de permettre qu'ils puissent aussi régir la situation des parents de même sexe.

4-1.1.1 L'adaptation des règles applicables au mariage

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe nécessite la modification de quelques articles (assez peu nombreux) consacrés au mariage dans le code civil. En effet, hormis deux articles du code civil qui font expressément référence aux termes de « mari » et « femme », ou d' « homme » et « femme » (articles 75 et 144), tous les autres, qu'ils soient relatifs aux conditions de formalité, aux effets ou à la dissolution du mariage, utilisent le terme « *d'époux* » ou de « *conjoints* ». Ces articles n'ont donc pas à être modifiés. Il en est de même pour le mariage posthume (article 171), pour lequel aucune modification n'est nécessaire puisque cet article fait référence à « l'un des futurs époux » et pour le mariage putatif³¹(article 201). En revanche, doivent être adaptés les articles relatifs aux empêchements à mariage afin d'y inclure le mariage entre personne de même sexe (entre deux frères, deux sœurs ...).

4-1.1.2 L'adaptation des règles applicables à l'adoption

Si l'ouverture du mariage aux couples de même sexe emporte automatiquement la possibilité pour ces couples d'adopter, sans modification législative, il convient cependant de procéder à quelques adaptations des textes relatifs à la détermination du nom de l'enfant adopté. En effet, les dispositions actuellement applicables prévoient qu'à défaut de choix de nom par les adoptants, l'adopté portera le nom du « père ».

En outre, le dispositif sur la détermination du nom, issu de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 modifiée n'est applicable qu'aux enfants nés à compter du 1^{er} janvier 2005, les anciennes dispositions, qui prévoyaient l'attribution du nom du père, demeurant applicables pour les adoptés nés avant cette date.

Il est donc prévu de modifier les dispositions du code civil relatives au nom de famille et à l'adoption, quelle soit prononcée en la forme plénière ou simple. Ces nouvelles dispositions instaurent une autonomie des règles applicables dans le cas de l'adoption, afin d'éviter l'usage inadapté des anciennes dispositions sexuées sur le nom de l'adopté.

Ainsi, en matière d'adoption plénière, il convient de modifier les articles 357 et 357-1 du code

³¹ Mariage dont certains effets sont maintenus malgré une annulation

civil. Il est à cet égard prévu de maintenir le principe selon lequel l'enfant adopté en la forme plénière prend le nom de l'adoptant. De même, en cas d'adoption conjointe par deux époux ou de l'adoption de l'enfant du conjoint, les adoptants ou l'adoptant et son conjoint pourront choisir, par déclaration conjointe de conférer à l'adopté soit le nom de l'un ou de l'autre, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Cette faculté de choix ne peut être faite qu'une seule fois. En revanche, en l'absence de choix de nom, l'adopté portera le double nom de famille constitué du nom de chacun des adoptants ou de l'adoptant et de son conjoint accolé selon l'ordre alphabétique dans la limite du premier nom de famille de chacun d'eux.

De même, s'agissant de la détermination du nom de l'adopté en la forme simple, il est prévu une coordination de l'article 361 du code civil ainsi qu'une adaptation des dispositions de l'article 363 du code civil telles qu'elles résultent de la loi du 4 mars 2002 précitée aux cas de l'adoption par deux personnes de même sexe. Le principe de l'adjonction de nom de l'adoptant au nom d'origine de l'adopté simple est maintenu, sous réserve du recueil du consentement de l'adopté majeur.

4-1.1.3 L'adaptation des règles relatives à l'état civil

La réforme envisagée n'aura pas de conséquence sur les actes d'état civil (actes de naissance, de reconnaissance, de mariage et de décès) relatifs aux couples hétérosexuels.

L'instruction générale relative à l'état civil, dont le travail de refonte est actuellement en cours par la Chancellerie, devra contenir les nouvelles formules adaptées aux situations de couples ou de parents de même sexe contenues dans les actes qui les concernent.

Le décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifié modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 modifié relatif au livret de famille et à l'information des futurs époux sur le droit de la famille ainsi que le décret n° 2004-1159 du 29 octobre 2004 portant application de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 modifiée relative au nom de famille et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil devront également être complétés.

Enfin, il sera nécessaire de prévoir, par voie d'arrêté, un nouveau modèle de livret de famille adapté à la situation des couples constitués des personnes de même sexe. L'arrêté du 29 juillet 2011 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle de livret de famille sera modifié en conséquence.

4-1.1.4 Incidences de la réforme sur les autres branches du droit civil

4-1.1.4.1 Nécessité d'adaptation des termes

S'agissant des autres branches du droit civil, il conviendra de procéder aux seules adaptations légistiques strictement nécessaires afin d'adapter les textes qui visent actuellement « le père » ou « la mère » et de permettre qu'ils puissent aussi régir la situation des couples de deux pères ou de deux mères.

Lorsque cela est nécessaire, les mots « père et mère » sont remplacés par le mot « parent » et les mots « mari et femme » par le mot « époux ».

Ces modifications concernent uniquement les articles dont il convient de garantir l'application à tous les couples.

4-1.1.4.2 Incidences sur le droit de la nationalité

- Incidence sur la nationalité du conjoint étranger

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe emportera la possibilité pour un étranger, marié avec un Français, de même sexe, de bénéficier, sans adaptation nécessaire, de la possibilité d'acquérir la nationalité française. Cette réforme pourrait ainsi mécaniquement avoir pour effet d'augmenter le nombre de ces acquisitions de la nationalité par mariage.

- Incidence sur la nationalité des enfants étrangers adoptés

L'adoption plénière d'un enfant confère de plein droit la nationalité française du ou des adoptants (art. 18 C. du code civil.). En revanche, l'adoption simple n'exerce aucun effet de plein droit sur la nationalité (art. 21 du code civil.) mais permet à l'adopté, jusqu'à sa majorité, de réclamer la nationalité française du ou des adoptants par déclaration (art. 21-12 du code civil.). Il en résulte que le projet de loi va également avoir un impact sur l'acquisition de la nationalité française par les enfants étrangers adoptés par des parents français.

4-1.2 Impacts en droit communautaire et international

- Impact en droit communautaire

Il n'existe pas de législation communautaire en matière de mariage ou d'adoption, le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ne s'applique qu'aux décisions rendues en matière de divorce, de séparation de corps, d'annulation du mariage des époux, d'attribution, d'exercice, de délégation de la responsabilité parentale, des mesures de protection des incapacités, de placement et de protection des enfants (article premier).

Par conséquent, la réforme envisagée sera sans impact sur le droit communautaire s'agissant de la définition du mariage et de l'adoption élargis aux couples de même sexe.

- Impact en droit international

La France est membre de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) organisation intergouvernementale, créée en 1948, ayant pour but de promouvoir la coopération internationale en matière d'état civil et de favoriser l'échange d'informations entre les officiers de l'état civil. La CIEC compte actuellement seize Etats membres : Allemagne, Belgique, Croatie, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Mexique, Pays-Bas,

Pologne, Portugal, Royaume-Uni³², Suisse, Turquie. Par ailleurs, huit Etats ont le statut d'observateur : Chypre, Lituanie, Moldavie, Roumanie, Russie, Saint-Siège, Slovénie, Suède.

La Commission fournit aux Etats des renseignements et expertises en matière d'état civil et de droit de la famille, effectue des études juridiques et techniques, et surtout élabore des conventions et recommandations visant à simplifier la tâche des usagers dans leurs démarches d'état civil et à faciliter le travail des services dans l'administration de cette matière. A ce jour, trente-deux conventions multilatérales³³ et neuf recommandations ont été adoptées.

Parmi ces conventions, deux doivent être signalées en raison de leur articulation avec le projet de loi.

➤ **La convention relative aux extraits plurilingues d'état civil**

La convention n° 16 de la CIEC relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil signée à Vienne le 8 septembre 1976, ratifiée par la France le 17 décembre 1986 et entrée en vigueur le 16 janvier 1987, est actuellement en cours de révision sous l'appellation « convention CIEC n° 34 ».

Parmi les annexes, le projet d'extrait plurilingue d'acte de naissance prévoit de sélectionner l'indication PÈRE ou MÈRE adaptée selon le cas pour chaque filiation établie, notamment à l'égard des parents de même sexe. Ces extraits seront donc parfaitement utilisables à l'entrée en vigueur de la loi.

➤ **La convention relative aux livrets d'état civil**

- la convention n° 24 relative à la reconnaissance et à la mise à jour des livrets d'état civil signée à Madrid le 5 septembre 1990 (entrée en vigueur en France le 1er juillet 1992)³⁴ permet à l'officier de l'état civil du pays contractant de mettre à jour ce livret (en France ce serait le livret de famille) lorsqu'il dresse un acte d'état civil, même si ce livret est délivré par un autre Etat contractant. Le projet de loi n'aura pas de conséquence sur l'application de cette convention puisque l'Etat qui ne reconnaît pas le mariage entre personne de même sexe ne détiendra pas un tel acte de mariage ni un acte de naissance d'un enfant adopté par deux personnes de même sexe. Aucune difficulté n'est signalée à la CIEC concernant l'Espagne, qui a ratifié cette convention, depuis que ce pays a légalisé le mariage entre personnes de même sexe.

➤ **Les conventions de la CIEC relatives au mariage**

Deux conventions de la CIEC ont pour objet de faciliter la célébration des mariages. Cependant, la France n'y est pas partie, de sorte que ces conventions n'ont aucun impact sur la mise en œuvre de ce projet de loi :

³² Le Royaume-Uni a annoncé lors de la dernière Assemblée générale de la CIEC en septembre 2012 à Rome qu'il allait se retirer de la CIEC en 2013.

³³ La Convention n°33 sur l'utilisation de la plateforme de la CIEC de communication internationale de données d'état civil par voie électronique est actuellement ouverte à la signature des Etats membres.

³⁴ Outre la France, cette convention a été également ratifiée par l'Espagne, l'Italie et la Turquie.

- la convention n° 7 tendant à faciliter la célébration des mariages à l'étranger signée à Paris le 10 septembre 1964 prévoit que les autorités compétentes du pays de célébration d'un mariage pourront accorder aux ressortissants des autres pays contractants une dispense d'empêchement à mariage prévus par la loi nationale, et dispose que les publications préalables au mariage sont régies exclusivement par la loi interne du pays de publication. Elle permet la célébration civile des mariages par les agents diplomatiques ou consulaires dans les pays qui ne connaissent que la célébration religieuse. Seuls cinq Etats membre de la CIEC l'ont signée et ratifiée (Allemagne, Espagne, Grèce, Pays-Bas, Turquie)

- la convention n° 20 relative à la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale signée à Munich le 5 septembre 1980 prévoit la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale établi sur une formule plurilingue qui doit être acceptée sans formalité dans tous les États contractants. Dix Etats ont ratifié cette convention³⁵. Rien ne s'oppose en revanche à ce que des États non contractants – par exemple la France – acceptent de tels certificats.³⁶

Deux conventions de la CIEC ont trait aux conséquences du mariage et sont sans rapport avec le projet de loi :

- la convention n° 11 sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal (reconnaissance des décisions de divorce ou d'annulation de mariage) signée à Luxembourg le 8 septembre 1967 (non ratifiée par la France)

- la convention n° 12 sur la légitimation par mariage signée à Rome le 10 septembre 1970 (ratifiée par la France le 9 janvier 1976 et entrée en vigueur le 8 février 1976) prévoit la légitimation de l'enfant naturel par mariage. Cette convention n'a plus de portée en France puisque l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 ne fait plus de distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle.

Enfin, il convient de noter que la CIEC a adopté le 8 septembre 1976, une recommandation relative au droit du mariage qui suggère notamment la suppression des publications préalables et du mariage posthume, la limitation des mariages par procuration ainsi que des causes et effets de la nullité du mariage. Cette recommandation n'a aucune valeur contraignante.

L'articulation entre le projet de loi et les conventions de la CIEC ne pose donc aucune difficulté.

4-1.3 Impacts juridiques dans les autres branches du droit

³⁵ Allemagne, Autriche, Espagne, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suisse, Turquie et Moldavie.

³⁶ Pour mémoire, la France n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Cette convention prévoit notamment une règle de conflit de lois en matière de mariage.

4-1.3.1 Droit fiscal

Le projet de loi n'a aucune incidence sur le droit fiscal. Les couples mariés conformément aux dispositions issues du présent projet de loi bénéficieront des mêmes dispositions fiscales que les couples mariés conformément à l'état du droit actuel. Il en est de même en cas d'adoption.

Néanmoins, il a paru opportun d'adapter certaines dispositions du code général des impôts pour tenir compte des évolutions du droit de mariage et de l'adoption.

4-1.3.2 Droits sociaux

Sur les droits en matière de retraite :

La réversion

Au régime général de la sécurité sociale et dans les régimes alignés ainsi que dans les régimes de la fonction publique, le mariage est l'une des conditions *sine qua non* pour le bénéfice de la réversion. En effet, la pension de réversion est exclusivement réservée au conjoint survivant qui a été marié à l'assuré décédé ; les couples PACSés ou en concubinage ne peuvent prétendre à la réversion.

Ainsi, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels aura pour conséquence de leur ouvrir un droit à réversion dans des conditions identiques à celles des couples hétérosexuels. Ni le calcul, ni les textes mêmes régissant la réversion ne nécessitent d'adaptation, puisque leur rédaction ne présage pas de la composition du couple : les articles L. 353-1 et suivants du code de la sécurité sociale relatifs à la pension de réversion emploient l'expression "conjoint survivant" et les articles L. 342-1 et suivants du même code relatifs à la pension de veuve ou de veuf recourent systématiquement aux deux termes "de veuf ou de veuve".

Le code des pensions civiles et militaires de retraite n'appelle pas davantage de modification à l'exception de l'article L.88 relatif au cumul des pensions de réversion servies aux orphelins et obtenues du chef du père et de la mère. Il est nécessaire de remplacer cette terminologie par le mot « parents ».

Ce type de toilettage sur les pensions versées aux orphelins devra aussi intervenir dans la plupart des régimes spéciaux, par voie réglementaire.

Enfin, s'agissant des pensions de réversion servies par les régimes complémentaires dont les règles relèvent de la compétence des partenaires sociaux gestionnaires de ces régimes, il appartiendra à ces derniers de procéder, le cas échéant, aux toilettages des textes qui dans certains cas (régimes AGIRC-ARRCO, en particulier) comportent actuellement une rédaction incompatible avec les cas de mariage de deux personnes de même sexe.

La majoration de durée d'assurance

Le dispositif actuel comprend deux majorations distinctes :

- une majoration au titre de l'accouchement ou de l'adoption (MDA) : une première majoration de quatre trimestres est accordée à la mère à raison de l'incidence sur sa carrière

de la maternité, de la grossesse et de l'accouchement ; en cas d'adoption, cette majoration est accordée à l'un des parents à raison des démarches liées à l'adoption et à l'accueil de l'enfant.

- une majoration au titre de l'éducation : une seconde majoration de quatre trimestres est accordée au couple, à raison de l'incidence sur la carrière de l'éducation de l'enfant pendant les quatre années suivant sa naissance ou son adoption.

Pour les majorations adoption et éducation, les parents décident librement d'attribuer cette majoration à l'un d'entre eux ou de se partager cette majoration. Par conséquent, la règle de libre partage au sein du couple, comme l'attribution des 4 trimestres au titre de l'accouchement, lorsque l'un des membres d'un couple homosexuel composé de deux femmes est la mère biologique, ne soulèvent pas de difficulté au regard de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels.

En revanche, dans l'état actuel du droit, si le couple n'exprime aucun choix et en l'absence de désaccord d'un de ses membres, il est réputé avoir décidé implicitement d'attribuer la totalité des trimestres à la mère. Seul ce dernier point nécessite une adaptation, compte tenu de la mention par le texte législatif de la mère, au sein d'un couple qui est donc de facto présumé hétérosexuel.

Il est donc proposé d'introduire une nouvelle règle de partage de la MDA, en cas de silence sur l'attribution de la MDA au sein d'un couple de même sexe : pour ces couples, à défaut de choix des parents et en l'absence de désaccord d'un de ses membres, il est proposé un partage égal pour les trimestres non liés à l'accouchement (éducation ou adoption), soit d'accorder à chacun des parents deux trimestres pour un enfant né ou adopté conjointement, et deux trimestres pour un enfant élevé conjointement.

L'économie du dispositif est donc inchangée et limitée à 8 trimestres maximum de majoration par couple, librement répartie en son sein ; seule l'attribution de la majoration dans le seul cas où le couple n'a pas défini décidé de cette répartition, sera spécifique aux couples du même sexe.

Sur les droits en matière de réversion de la pension d'invalidité au conjoint survivant lui-même invalide :

Le conjoint survivant d'un assuré titulaire d'une pension d'invalidité qui est lui-même invalide bénéficie d'une pension de veuf ou d'orphelin cumulable avec ses propres avantages (sous plafond).

La pension de réversion, à l'instar de ce qui existe en matière de retraite, est exclusivement réservée au conjoint survivant qui a été marié à l'assuré décédé ; les couples PACSés ou en concubinage ne pouvant prétendre à la réversion.

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe permettra donc d'étendre au partenaire marié du titulaire d'une pension d'invalidité, indépendamment de leur sexe, le bénéfice de la pension de veuf ou de veuve qui lui était jusqu'à présent refusé dans le cadre du pacs ou du concubinage.

Cette évolution sera de plein droit et ne nécessite aucune adaptation législative.

Sur les droits en matière de rente d'accident du travail :

Les textes actuels sur les rentes versées aux orphelins de victimes d'accident du travail de « père » et de « mère ». Dans la mesure où le mariage et avec lui, le droit à l'adoption, sont ouverts aux personnes de même sexe, il ne peut plus être fait de distinction par le genre entre « père » et « mère » pour les rentes d'ayant droit d'accidents du travail.

Les dispositions concernées du code de la sécurité sociale sont donc à adapter afin de substituer aux mots « père » et « mère », le mot « parent ».

Sur les droits en matière d'indemnisation du congé d'adoption :

En droit du travail, l'adoption ouvre droit à un congé au bénéficiaire du salarié adoptant. Ce congé est de 10 semaines dans le cas général, 18 semaines lorsque l'adoption porte à trois ou plus le nombre d'enfants au foyer et 22 semaines en cas d'adoptions multiples. Lorsque la durée du congé est répartie entre les deux parents, le congé est prolongé de 11 jours (18 jours en cas d'adoptions multiples).

Le code de la sécurité sociale prévoit, s'agissant des salariés, l'indemnisation du congé d'adoption à « *la femme assurée* » à qui est confié un enfant en vue de son adoption pour la durée de son congé autorisée par le code du travail. Ainsi, au sens de la législation sociale, le congé d'adoption appartient en propre à la mère adoptante qui a la possibilité de céder tout ou une partie de son droit à indemnisation au père. Les assurés des régimes spéciaux et de la fonction publique ainsi que les salariés agricoles sont régis, par renvois législatifs, selon les mêmes règles.

S'agissant des travailleurs non salariés, seule la mère assurée peut bénéficier de l'indemnisation de la cessation de son activité en cas d'adoption pour une durée de 56 jours en cas d'adoption d'un enfant unique et 86 jours en cas d'adoptions multiples. Le père peut en revanche prétendre à en cas d'adoption à un congé équivalent au congé paternité. Les conjointes collaboratrices des travailleurs non salariés ont, quant à elles, droit à une indemnisation sous la forme d'une allocation forfaitaire de remplacement en cas d'embauche d'un salarié afin d'assurer leur remplacement lors de l'arrêt de travail suite à l'adoption pour 28 jours au maximum. Le père adoptant conjoint collaborateur peut également bénéficier d'une telle allocation pendant une durée équivalente à celle du congé paternité.

Pour les travailleurs non salariés agricoles, c'est aussi un mécanisme d'allocation de remplacement qui sert d'indemnisation à l'arrêt de travail en cas d'adoption. La mère adoptante peut ainsi percevoir une allocation pendant une durée équivalente à celle du congé d'adoption des salariés relevant du régime général de la sécurité sociale. Le père adoptant peut quant à lui percevoir cette allocation pendant une durée équivalente à celle du congé paternité.

Il convient donc de modifier ces dispositions pour prévoir le bénéfice du congé d'adoption pour les adoptants sans considération du sexe et le bénéfice dans tous les cas de la prolongation du congé indemnisé en cas de partage du congé entre les adoptants.

En cas de partage, les règles relatives aux modalités de gestion du fractionnement entre les adoptants ainsi que de règlement de leur éventuel désaccord sur la durée respective de chacun de leur congé seront déterminées par voie réglementaire.

Les modifications législatives ne concernent que les textes relatifs aux salariés du régime général et aux travailleurs non salariés non agricoles.

Les textes relatifs aux régimes spéciaux, à la fonction publique et aux salariés agricoles n'ont pas à être modifiés, les règles applicables à leurs salariés étant alignées par renvoi sur celles des salariés du régime général.

Enfin, s'agissant des travailleurs non salariés agricoles, les adaptations nécessaires pour ouvrir aux pères un congé d'adoption équivalent à celui des mères pourront être opérées par décret.

Sur les droits aux prestations familiales :

Aujourd'hui le droit aux prestations familiales est ouvert à toute personne assumant une charge d'enfant, qu'elle soit isolée, ou vive en couple. Lorsque l'allocataire vit en couple, l'autre membre du couple est identifié comme le conjoint(e), le concubin (e) ou le membre lié par un PACS. Le livre V du code de la sécurité sociale relatif aux prestations familiales ne fait donc aucune discrimination selon l'orientation sexuelle des membres du couple au sein duquel vit l'allocataire.

Toutefois, il convient de toiletter certaines dispositions (relatives à l'allocation de soutien familial, à la désignation comme allocataire du parent étranger irrégulier) qui font explicitement référence à la notion de père ou de mère pour les adapter aux couples de même sexe.

Enfin à Mayotte, une priorité est donnée à la mère pour la désignation de l'allocataire. Cette priorité doit être conservée car cette règle permet de préserver les droits des femmes et des enfants dans les foyers polygames, encore très nombreux dans ce département. Aussi, il semble opportun de compléter le dispositif mahorais en y introduisant une règle spécifique pour la désignation de l'allocataire en cas de couple de même sexe. La règle proposée serait la désignation d'un commun accord et à défaut la désignation du membre du couple qui a demandé en premier.

4-1.3.3 Droit des étrangers

1°) Conjoint(e)s d'étrangers :

a) couples venant en France régulièrement (avec un visa de long séjour) : chaque membre du couple reçoit un titre de séjour correspondant à l'objet de son séjour en France (étudiant, visiteur, salarié, profession non salariée, etc.)

b) couple dont l'un des membres est en France en situation régulière et l'autre resté au pays : le statut de conjoint ouvrira au membre du couple résidant en France le droit au regroupement familial, qui n'est pas accessible aux pacésés.

c) couple dont les deux membres vivent en France, un seul en situation régulière : la situation sera inchangée par rapport à celle qui prévaut pour les pacésés en pareil cas ; toutefois, le membre en situation régulière pourra demander à bénéficier à titre dérogatoire d'un regroupement familial sur place, s'il remplit les conditions du regroupement familial par

ailleurs (conditions de niveau de ressources et de qualité du logement), ce regroupement relevant alors d'une décision discrétionnaire du préfet.

d) couples dont les deux membres résident irrégulièrement : a priori, la régularisation n'est pas possible, que le couple soit marié ou pacsés.

2°) Conjoints de Français

On passe d'une situation où la vie commune est simplement un élément d'appréciation parmi d'autres, à une situation statutaire. Le statut de conjoint ouvre au conjoint le droit à une CST "vie privée et familiale" dès la conclusion du mariage, sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'un mariage de complaisance et qu'il ne s'agisse pas d'une manœuvre dilatoire pour éviter une mesure d'éloignement.

Il reviendra à l'officier d'état civil qui pourra être le consul dans certains pays et à l'autorité consulaire dès lors qu'il y aura demande de transcription du mariage de procéder aux vérifications nécessaires pour estimer la sincérité de l'union envisagée ou réalisée. Il reviendra à l'autorité administrative de vérifier au cours de trois années suivant la délivrance du visa long séjour valant titre de séjour ou de la CST "vie privée et familiale" la réalité du maintien de la vie commune.

Les étrangers en situation irrégulière mariés à des ressortissants français de même sexe pourront faire valoir leur nouvelle situation six mois après le début de leur vie commune au lieu d'un an, sous réserve de leur entrée régulière, ce qui devrait être sans conséquence sur le volume des demandes d'admission au séjour.

Les facilités résultant ainsi du mariage par rapport au simple PACS sont donc de nature à ouvrir une voie supplémentaire de fraude fondée sur le mariage gris ou blanc, notamment pour ceux qui n'auront pas eu la possibilité de parvenir à leurs fins avec un partenaire de l'autre sexe.

S'agissant de l'impact quantitatif, on rappellera que le nombre de titres de séjour primo-délivrés à des conjoints de Français est, dans l'état du droit actuel, de 37 000 à 43 000 par an selon les années (deuxième motif de délivrance de titre de séjour, par ordre d'importance après le motif d'études), le nombre de bénéficiaires du regroupement familial est de l'ordre de 13 000 par an et celui des titres délivrés sur le fondement des liens personnels et familiaux, de 17 000, soit, au total, environ 70 000.

Sur l'éloignement

Les considérations qui précèdent concernant les risques de fraude supplémentaires trouvent également une incidence au stade de l'éloignement, puisqu'en vertu de l'article L. 511-4 du CESEDA, le statut de conjoint de Français (7°) et, dans une moindre mesure, de conjoint d'étranger (8°) sont des motifs de protection contre la reconduite à la frontière. La conclusion d'un mariage frauduleux pourra donc avoir soit pour but, soit à tout le moins pour effet, cette protection.

4-2 Impact sur les juridictions

L'augmentation du nombre de mariages, qui fera suite à cette réforme, impliquera mécaniquement une augmentation du nombre des divorces. Il n'est toutefois pas possible pour l'heure de chiffrer cette activité supplémentaire pour les juridictions que ce soit en contentieux du divorce ou en contentieux des mesures après divorce.

Il n'est par ailleurs pas exclu que l'ouverture du mariage à tous les couples puisse engendrer une diminution du nombre de PACS enregistrés par les greffes des tribunaux d'instance, même si la part des couples de même sexe ayant contracté un PACS est à ce jour très minoritaire par rapport à l'ensemble des PACS conclus.

Sans qu'il soit possible de l'estimer, on peut penser qu'interviendra une augmentation de l'activité tant des tribunaux de grande instance, pour le prononcé des adoptions conjointes nationales ou de l'enfant du conjoint, que des parquets, pour la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger.

4-3 Impact sur les autres administrations

4-3.1 Impact sur les postes consulaires et le service central d'état civil

Comme tout officier de l'état civil, les chefs de poste pourvus d'une circonscription consulaire seront amenés à célébrer des mariages entre personnes de même sexe. Cependant, à l'exception de la liste de pays fixée par le décret du 26 octobre 1939 modifié par le décret du 15 décembre 1958, seuls des mariages entre Français pourront être célébrés en application de l'article 171-1 du code civil, sous la réserve du respect des termes de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (voir point 4-4).

S'agissant des mariages ou des projets de mariages d'un Français célébrés à l'étranger par les autorités locales, les postes consulaires seront saisis de demandes de délivrance d'un certificat de capacité à mariage ainsi que, une fois le mariage célébré, de demandes de transcription d'actes de mariage dans le cadre des articles 171-2 et suivants du code civil. De façon générale, les postes consulaires seront amenés à mettre en œuvre à l'égard des mariages entre personnes de même sexe les dispositions de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages.

Ils devront aussi traiter des dossiers portant sur des mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi en application de la mesure de droit transitoire.

Il n'est pas en l'état possible de déterminer le nombre de mariages concernés.

Les consulats seront aussi saisis par des Français de demandes de transcription d'actes de naissance étrangers portant indication d'une double filiation maternelle ou paternelle. Il conviendra de déterminer dans quelles conditions de tels actes concernant un enfant français pourront ou non être transcrits sur les registres d'état civil consulaire. Ces dossiers pourront porter sur des situations d'état civil acquises avant l'entrée en vigueur de la loi. Leur nombre reste difficile à estimer.

En outre, le service central d'état civil sera destinataire de réquisitions aux fins de transcription dans ses registres de décisions étrangères d'adoption plénière concernant un

enfant né à l'étranger et deux parents de même sexe, cette transcription valant acte de naissance. Il en sera de même concernant les décisions étrangères d'adoption simple leur transcription ne valant cependant pas acte de naissance. Lorsque l'enfant aura acquis la nationalité française, ces décisions pourront être portées en marge son acte de naissance français établi par le service central d'état civil.

Par ailleurs, le service central d'état civil devra établir des actes de mariage et/ou des actes de naissance pour des personnes nées et/ou mariées à l'étranger ayant acquis la nationalité française par décret ou par déclaration en application des articles 98 et suivants du code civil. Il devra traiter des dossiers portant sur des mariages de même sexe et sur des naissances comportant une double filiation de même sexe, évènements d'état civil pouvant avoir eu lieu avant ou après l'entrée en vigueur de la loi.

Ces activités ne sont pas quantifiables.

Enfin, le ministère des affaires étrangères devra mettre à jour les applications informatiques du service central d'état civil et des postes consulaires, une évaluation provisoire étant fixée à une somme de l'ordre de 80.000 euros. Après modification de la réglementation applicable, de nouveaux livrets de famille adaptés aux unions de même sexe devront être commandés.

4-3.2 Impact sur les collectivités territoriales

4-3.2.1 Impact sur les conseils généraux

La possibilité pour les couples de même sexe de se marier permettra à ces couples de former une demande d'adoption. Or, l'agrément en vue d'adoption, délivré par le président du conseil général du département de résidence du demandeur est requis pour l'adoption d'un pupille de l'Etat, d'un enfant confié à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger, lorsque celui-ci n'est pas l'enfant du conjoint.

Les conseils généraux devront donc instruire les demandes d'agrément formées par ces couples selon les critères de droit commun, tels qu'ils résultent notamment des dispositions de l'article R 225-4 du code de l'action sociale et des familles : l'agrément doit permettre de s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté.

Comme c'est déjà le cas pour les demandes formulées par les personnes célibataires homosexuelles, les conseils généraux ne pourront refuser de délivrer un agrément sur le seul fondement de l'orientation sexuelle du couple demandeur. En effet, une telle motivation constitue une discrimination prohibée notamment par les articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (cf CEDH, 22 janvier 2008, EB. c/ France).

Afin de garantir un traitement neutre et objectif de ces demandes, les référentiels relatifs à l'information préalable à l'agrément en vue d'adoption et à l'évaluation de la demande d'agrément, publiés par le ministère en charge de la famille en 2011, seront complétés en ce sens. Une sensibilisation sera également menée auprès des services chargés de l'instruction et de la délivrance de l'agrément.

Le projet de loi n'a donc pas d'impact sur la réglementation que les conseils généraux appliquent d'ores et déjà en matière de délivrance d'agrément.

En revanche, il est très difficile d'évaluer l'augmentation d'activité qui en résultera, le nombre de couples mariés de même sexe susceptible de former une demande d'agrément étant par nature inconnu, mais devrait être assez limité.

En outre, la réalisation du projet d'adoption internationale par ces couples sera certainement difficile, au vu notamment de l'opposition de la plupart des pays étrangers de confier des enfants à des couples de même sexe. L'augmentation du nombre de rapports de suivis post adoption, exigés par la législation française (art. L. 225-18 du CASF) comme par celle du pays d'origine de l'enfant, devrait donc être tout à fait limitée.

Compétences du président du conseil général en matière d'agrément à l'adoption et rappel de la procédure

L'adoption d'un enfant requiert l'obtention d'un agrément délivré par les services du conseil général (article L.225-2 du code de l'action sociale et des familles).

1- La procédure d'agrément

a) Les démarches de demande d'agrément

Toute personne qui sollicite l'agrément doit en faire la demande au président du conseil général de son département de résidence. Si le demandeur ne réside pas en France, il peut s'adresser au président du conseil général du département où il résidait auparavant ou à celui dans lequel il a conservé des attaches (article R.225-1 du code de l'action sociale et des familles).

Le président du conseil général doit fournir à l'administré sollicitant l'agrément un certain nombre d'informations mentionnées à l'article R.225-2. Au reçu de ces informations, l'intéressé fait parvenir au président du conseil général la confirmation de sa demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il peut y préciser ses souhaits, notamment en ce qui concerne le nombre et l'âge de pupilles de l'Etat ou d'enfants étrangers qu'il désire accueillir. Il doit adresser au président du conseil général un certain nombre de pièces énumérées à l'article R.225-3.

b) L'examen de la demande d'agrément

Avant de délivrer l'agrément, le président du conseil général doit s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté (article R.225-4).

A cet effet, il fait procéder, auprès du demandeur, à des investigations comportant notamment:

-une évaluation de la situation familiale, des capacités éducatives ainsi que des possibilités d'accueil en vue d'adoption d'un enfant pupille de l'Etat ou d'un enfant étranger ; cette évaluation est confiée à des assistants de service social, à des éducateurs spécialisés ou à des éducateurs de jeunes enfants, diplômés d'Etat ;

-une évaluation, confiée à des psychologues territoriaux ou aux mêmes professionnels relevant d'organismes publics ou privés habilités mentionnés au septième alinéa de l'article L. 221-1 ou à des médecins psychiatres, du contexte psychologique dans lequel est formé le projet d'adopter.

Les évaluations sociale et psychologique donnent lieu chacune à deux rencontres au moins entre le demandeur et le professionnel concerné. Pour l'évaluation sociale, une des rencontres au moins a lieu au domicile du demandeur.

La décision est prise par le président du conseil général après avis de la commission d'agrément qui comprend (article R.225-9) :

1° Trois personnes appartenant au service qui remplit les missions d'aide sociale à l'enfance et ayant une compétence dans le domaine de l'adoption ou leurs suppléants désignés parmi les personnes répondant aux mêmes conditions ;

2° Deux membres du conseil de famille des pupilles de l'Etat du département;

3° Une personnalité qualifiée dans le domaine de la protection sociale et sanitaire de l'enfance.

Les membres de la commission, dont le président et le vice-président, sont nommés pour six ans par le président du conseil général.

Le président du conseil général fixe le nombre et le ressort géographique des commissions d'agrément dans le département.

Le secrétariat de la commission est assuré par les services du conseil général.

2- La décision d'agrément

A la suite de l'avis de la commission d'agrément, le président du conseil général prend la décision d'accorder ou non l'agrément (article R.225-5). Les décisions relatives à l'agrément sont transmises sans délai par le président du conseil général au ministre chargé de la famille (article L.225-7).

Tout refus ou retrait d'agrément doit être motivé (article L.225-4). Le président du conseil général doit motiver sa décision par une analyse in concreto des conditions d'accueil de l'enfant (CE, 9 décembre 1994, req n°153390).

L'agrément est accordé pour cinq ans. Il est délivré pour l'accueil d'un ou de plusieurs enfants simultanément. L'agrément est caduc à compter de l'arrivée au foyer d'au moins un enfant français ou étranger, ou de plusieurs simultanément (article L.225-2).

Toute personne titulaire de l'agrément doit confirmer au président du conseil général de son département de résidence, chaque année et pendant la durée de validité de l'agrément, qu'elle maintient son projet d'adoption, en précisant si elle souhaite accueillir un pupille de l'Etat en vue d'adoption (article R.225-7).

Lorsque les personnes agréées changent de département, leur agrément demeure valable sous réserve d'une déclaration préalable adressée au président du conseil général de leur nouveau département de résidence. Lorsque des personnes à qui un refus ou un retrait d'agrément a été notifié changent de département de résidence, ce refus ou retrait leur demeure opposable (article L.225-6).

L'agrément constitue la première phase de la procédure qui se poursuivra auprès de l'autorité judiciaire dans les conditions prévues par le code civil. L'adoption plénière comme l'adoption simple sont prononcées par jugement du tribunal de grande instance (articles 353 et 361 du code civil).

Les chiffres clés de l'adoption

Source : <http://www.adoption.gouv.fr/Chiffres-cles.html>

Le **nombre** de personnes qui font une demande pour adopter un enfant, après avoir presque doublé en 15 ans, tend à diminuer (- 7 % entre 2009 et **2010**). On compte aujourd'hui plus de 9 000 demandes par an. Environ 90 % des demandes sont déposées par un couple et 90 % des candidats à l'adoption ont entre 30 et 49 ans.

Source : ONED rapport "Situation des pupilles de l'Etat au 31/12/2010"

En 2010 :

- 6 073 personnes ont obtenu l'agrément, alors que 9060 personnes ont formulé une demande ; les autres ont renoncé à leur projet au cours de la procédure ou se sont vu opposer un refus ;
- 24 702 candidats agréés étaient dans l'attente d'un enfant.

Aujourd'hui, l'adoption internationale représente plus de 80 % de l'adoption en France (soit 3 504 enfants adoptés à l'étranger). La France est le troisième Etat d'accueil d'enfants adoptés à l'étranger, après les Etats-Unis et l'Italie.

Les enfants adoptés en France

Fin 2010, 2 347 enfants avaient le statut de pupille de l'État.

38 % des pupilles étaient placés dans une famille en vue de leur adoption. Les enfants placés en vue de leur adoption sont très jeunes, en moyenne 2,8 ans et plus des 3/4 ont moins d'un an.

Pour les deux tiers restant, aucun projet d'adoption n'est envisagé :

- soit parce que des liens perdurent avec leur famille : 4 %
- soit parce qu'ils ne sont pas prêts à être adoptés (séquelles psychologiques, échec d'adoption, refus de l'enfant) : 11 %
- soit parce que leur situation actuelle est satisfaisante (bonne insertion dans la famille d'accueil) : 11 %
- soit parce qu'aucune famille adoptive n'a été trouvée en raison de leurs caractéristiques (état de santé, handicap, âge élevé ou enfants faisant partie d'une fratrie) : 46 %

Quand ils sont adoptés, les enfants plus âgés le sont principalement par les assistants familiaux qui en avaient préalablement la garde. Les enfants ayant un problème de santé ou de handicap sont le plus souvent adoptés par une famille agréée, candidate à l'adoption, d'un autre département.

4-3.2.2 Impact sur les services communaux d'état civil

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe entraînera une augmentation du nombre de mariages célébrés. Toutefois, compte-tenu du caractère intime et personnel du choix de se marier ou non, il est difficile d'estimer le nombre de mariages supplémentaires auxquels il faudra procéder, même s'il est probable qu'au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi, les maires recevront beaucoup de demandes de célébrations.

Tous les services d'état civil communaux verront une augmentation de leur activité, en conséquence de l'augmentation du nombre d'actes de mariage et de décisions d'adoption. La gestion des registres, qui implique la mise à jour et la conservation ainsi que la publicité par la délivrance de copies et d'extraits de ces « nouveaux actes » également reproduits dans le livret de famille augmenteront tout autant l'activité et les frais de fonctionnement des services de l'état civil.

Toutefois, comme indiqué au 4-1.1.3, la réforme envisagée n'aura pas de conséquence sur les actes d'état civil relatifs aux couples hétérosexuels. Il conviendra seulement de prévoir une version adaptée pour les couples de même sexe et leurs enfants.

➤ **L'édition des nouveaux livrets de famille**

En qualité d'officier d'état civil, les maires sont dans l'obligation de délivrer un livret de famille aux personnes se mariant.

Afin d'être approvisionnée en livret de famille, chaque commune signe individuellement un contrat avec un éditeur. Ce type de contrat comporte systématiquement une clause de « garantie éditoriale » qui impose à l'éditeur de produire des documents toujours à jour de la réglementation sans que cela induise une modification de tarifs. Toute modification touchant au contenu du livret de famille, dès lors qu'elle découle d'un changement de législation, n'entraîne donc aucun surcoût pour les communes. Une exception pourrait exister toutefois si la modification introduite imposait un changement total de format. Ceci ne sera toutefois pas le cas, s'agissant de la réforme envisagée, dès lors qu'il ne s'agit que de substitutions de mots dans les seuls actes destinés aux conjoints de même sexe et leurs enfants.

A titre d'exemple récent on peut noter que la circulaire du 25 octobre 2011 relative au modification des modalités d'indication des « double noms » issus de la loi du 4 mars 2002 dans les actes d'état civil (circulaire double tiret), qui a également entraîné une modification du livret de famille en créant une ligne supplémentaire pour permettre la mention de la première et deuxième partie du nom n'a entraîné aucun surcoût à ce titre.

Certaines communes (environ 60 %) ont fait le choix de livrets de famille « version informatique », pour lesquels l'officier d'état civil imprime les différents encarts du livret puis les insère ensuite dans le livret. Dans ce dernier cas de figure, l'officier d'état civil complète le livret de famille via l'utilisation d'un logiciel spécifique, qui devra également faire l'objet de quelques adaptations. Toutefois ces modifications étant mineures, elles ne seront pas répercutées sur les communes, l'éditeur devant en supporter la charge financière.

➤ **L'édition des nouveaux actes d'état civil (acte de naissance, mariage, décès)**

Dans ce domaine, il n'existe aucune obligation légale de produire des actes informatisés. De nombreuses communes sont toutefois informatisées et ont donc souscrit un contrat avec une société éditrice de logiciel. Pour ces contrats, il existe également une clause de maintenance qui impose en principe à l'éditeur de logiciel de fournir gratuitement la mise à jour réglementaire de celui-ci, sous réserve que la modification introduite n'impose pas à l'éditeur de logiciels d'effectuer de nouveaux développements informatiques importants.

Il faut relever que ces règles concernent les contrats-type, mais que chaque commune est libre en la matière de souscrire (ou non, l'informatisation n'étant pas obligatoire) le contrat avec les clauses de son choix.

En l'état actuel du projet de loi, les éditeurs de logiciels contactés indiquent que la modification du logiciel métier « Etat civil » aura un coût qu'ils ne peuvent encore évaluer.

L'importance de ce surcoût déterminera sa prise en charge par l'éditeur de logiciel –dans le cadre de la clause de maintenance ou par la commune.

Il est en l'état difficile de déterminer quel est le risque réel de prise en charge de ce surcoût par les communes, dès lors que l'on se situe dans le cadre d'un contrat dont la teneur varie d'une commune à l'autre, avec des stratégies de négociation pouvant varier d'un éditeur à l'autre et d'une commune à l'autre.

Organisation des services de l'état civil dans les mairies

1- Les officiers d'état civil

L'article L.2122-32 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que « *le maire et les adjoints sont officiers d'état civil* ». Cette fonction est exercée au nom de l'Etat (article L.2122-27 à L.2122-34 du CGCT).

Le maire peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints, à des membres du conseil municipal (article L.2122-18 du CGCT). Les conseillers municipaux peuvent ainsi exercer les fonctions d'officier d'état civil en cas d'empêchement du maire et des adjoints à condition qu'une délégation leur ait été donnée par le maire (CE, 11 octobre 1991, req. n°92742).

2- L'organisation des services d'état civil en mairie

L'article R.2122-10 du CGCT définit les conditions dans lesquelles le maire peut déléguer un certain nombre de fonctions matérielles en matière d'état civil à des agents de la commune:

« Le maire peut déléguer à un ou à plusieurs fonctionnaires titulaires de la commune les fonctions qu'il exerce en tant qu'officier de l'état civil pour la réalisation de l'audition commune ou des entretiens séparés, préalables au mariage ou à sa transcription, la réception des déclarations de naissance, de décès, d'enfants sans vie, de reconnaissance d'enfants, de déclaration parentale conjointe de changement de nom de l'enfant, du consentement de l'enfant de plus de treize ans à son changement de nom, du consentement d'un enfant majeur à la modification de son nom en cas de changement de filiation, pour la transcription, la mention en marge de tous actes ou jugements sur les registres de l'état

civil, de même que pour dresser tous actes relatifs aux déclarations ci-dessus. Les actes ainsi dressés comportent la seule signature du fonctionnaire municipal délégué.

L'arrêté portant délégation est transmis tant au préfet ou au sous-préfet qu'au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve la commune intéressée.

Le ou les fonctionnaires titulaires de la commune délégués pour la réception des déclarations, la rédaction, la transcription et la mention en marge des actes de l'état civil prévus par le présent article peuvent valablement délivrer toutes copies, et extraits, quelle que soit la nature des actes.

Ils peuvent également mettre en œuvre la procédure de vérification prévue par les dispositions du titre III du décret n° 62-921 du 3 août 1962.

L'exercice des fonctions déléguées s'opère sous le contrôle et la responsabilité du maire. ».

Ainsi, même si le maire et ses adjoints exercent leurs fonctions d'officiers d'état civil au nom de l'Etat, l'organisation des services d'état civil fait peser un certain nombre de charges financières sur la commune (locaux, matériel, délégations à des fonctionnaires de la commune...).

3- Régime de responsabilité dû au dysfonctionnement d'un service public d'état civil

Il appartient au maire d'organiser le service public de l'état civil de la manière la plus appropriée en tenant compte des évolutions législatives.

Il convient de préciser qu'un dysfonctionnement du service public de l'état civil peut engager la responsabilité de l'Etat (C. cass., 1ere ch. civ., 6 février 2007, n°06-10403).

Ce régime de responsabilité s'appuie sur la répartition traditionnelle entre les notions de faute personnelles et faute de service.

a) Une action engagée à l'encontre du maire (à l'occasion de l'exercice de ses missions d'officier d'état civil), n'est recevable que dès lors que cette action a pour objet de mettre en cause sa responsabilité personnelle (du fait d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions d'officier d'état civil) et d'obtenir sa condamnation au paiement de dommages-intérêts;

b) Conformément à l'article L. 2122-32 du CGCT et aux règles régissant la responsabilité des agents des services publics, les actes accomplis par le maire en sa qualité d'officier d'état civil, qui concernent le fonctionnement du service public de l'état civil, le sont au nom et pour le compte de l'Etat. Ainsi, l'examen de la responsabilité de cet agent public, qui relève de la compétence des juridictions judiciaires, s'apprécie selon les règles de droit public.

Au regard de ces éléments, la responsabilité d'un officier d'état civil peut être engagée :

- soit sur le fondement d'une faute de service et à ce titre l'action doit être intentée contre l'Etat ;

- soit sur le fondement de sa faute personnelle, en engageant sa seule responsabilité.

Dans les deux cas, le juge judiciaire est compétent pour connaître du litige.

Exercice des missions d'officier d'état civil

1- Les obligations du maire dans l'exercice de ses missions d'officier d'état civil

L'article L.2122-32 du CGCT dispose que « *le maire et les adjoints sont officiers d'état civil* ». Cette fonction est exercée au nom de l'Etat (article L.2122-27 à L.2122-34 du CGCT).

Le maire peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints, à des membres du conseil municipal (article L.2122-18 du CGCT). Les conseillers municipaux peuvent ainsi exercer les fonctions d'officier d'état civil en cas d'empêchement du maire et des adjoints à condition qu'une délégation leur ait été donnée par le maire (CE, 11 octobre 1991, req. n°92742).

Dans l'exercice de ses missions d'officier d'état civil, le maire examine la conformité de certaines situations personnelles au regard des conditions fixées par le code civil en matière de validité du mariage.

Ainsi, le maire saisit le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer une absence de consentement libre des époux (article 175-2 du code civil).

En tout état de cause, le maire ne dispose d'aucune marge d'appréciation. La décision finale de célébrer ou non le mariage relève de l'autorité judiciaire.

2- Les sanctions disciplinaires encourues par le maire en cas de non respect des dispositions du code civil et des instructions du procureur de la République

En cas de non-respect par le maire (et ses adjoints) des obligations inhérentes à ses fonctions (exercées au nom de la commune ou au nom de l'Etat), celui-ci peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire dans les conditions prévues à l'article L.2122-16 du CGCT :

« Le maire et les adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée qui n'excède pas un mois. Ils ne peuvent être révoqués que par décret motivé pris en conseil des ministres.

Le recours contentieux exercé contre l'arrêté de suspension ou le décret de révocation est dispensé du ministère d'avocat.

La révocation emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de maire et à celles d'adjoint pendant une durée d'un an à compter du décret de révocation à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux. ».

Ainsi, le fait pour un maire de ne pas appliquer les dispositions du code civil est susceptible de donner lieu à une sanction disciplinaire sur le fondement de l'article L.2122-16 du CGCT.

A titre d'exemple, le maire de Bègles a fait l'objet d'une suspension d'un mois par arrêté du ministre de l'intérieur du 15 juin 2004 pour avoir célébré un mariage entre des personnes d'un même sexe malgré l'opposition qui lui avait été signifiée par le procureur de la République.

Le recours pour excès de pouvoir du maire de Bègles à l'encontre de cet arrêté a été rejeté au fond par le tribunal administratif de Bordeaux (jugement du 9 juillet 2004, req n°042303) qui a jugé que la transgression par le maire « *de l'opposition à mariage formée par le procureur de la République* » constituait « *un motif suffisant pour justifier la sanction prise, abstraction faite de la publicité donnée à cette transgression, invoquée seulement par le ministre de l'intérieur comme une circonstance aggravante* ». Le Conseil d'Etat avait par ailleurs confirmé le rejet par le tribunal administratif de Bordeaux du référé-suspension (CE, 7 juillet 2004, req n°268974).

3- Les conséquences d'un mariage sur les registres d'état civil

En tant qu'officier d'état civil, le maire veille à ce qu'il soit procédé à la mention de la célébration du mariage et du nom du conjoint en marge de l'acte de naissance des époux.

En cas d'adoption, celle-ci est mentionnée dans l'acte de naissance de l'adopté.

4-4 Impacts diplomatiques

4.4.1. Le mariage

Le texte prévoit la possibilité de célébration en France d'un mariage entre personnes de même sexe, y compris dans le cas où ce mariage concerne un étranger dont la loi personnelle prohiberait ce type d'union.

A cet égard, le projet de loi prévoit que lorsque la France est engagée par une convention bilatérale portant, directement ou indirectement, sur la loi applicable aux conditions de fond du mariage, la règle de conflit de loi introduite par le projet ne trouvera pas à s'appliquer.

➤ **Des conventions qui soumettent expressément les conditions de fond du mariage à la loi nationale**

Plusieurs conventions bilatérales se prononcent expressément sur la loi applicable aux conditions de fond du mariage. La France est ainsi liée avec sept Etats qui ne connaissent, pour aucun d'entre eux, le mariage entre personnes de même sexe.

- La Pologne

La convention relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille du 5 avril 1967 (publiée par décret n° 69-176 du 13 février 1969) prévoit en son article 4, alinéas 2 et 3 que « *les conditions de fond du mariage sont celles de la loi de la Haute Partie contractante dont les époux ont la nationalité* » et que « *si l'un des époux a la nationalité de l'une des Hautes parties contractantes et le second celle de l'autre, les conditions prévues à l'alinéa 2 obéissent pour chacun à la loi de l'Etat dont il a la nationalité* ».

- Le Maroc

La convention relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 (publiée par décret n° 83-435 du 27 mai 1983) dispose dans son article 5 que *“les conditions de fond du mariage tels que l’âge matrimonial et le consentement de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d’alliance, sont régies par chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité”*.

Il est toutefois indiqué à l’article 4 que la loi de l’un des deux Etats désignés par la convention peut être écartée par les juridictions de l’autre Etat *“si elle est manifestement incompatible avec l’ordre public”*.

- La Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie et la Slovénie

La Bosnie-Herzégovine (accord par échange de lettres du 3 décembre 2003, publié par décret n° 2004-96 du 26 janvier 2004), le Monténégro (accord sous forme d’échange de lettres du 30 septembre 2010, publié par décret n° 2012-621 du 2 mai 2012), la Serbie (accord publié par décret n° 2003-457 du 16 mai 2003) et la Slovénie (accord sous forme d’échange de lettres du 28 mars 1994, publié par décret n° 96-229 du 15 mars 1996) ont succédé à convention franco-yougoslave relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille du 18 mai 1971 (publiée par décret n° 73-492 du 15 mai 1973).

L’article 3 de ladite convention précise que *“les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des futurs époux, par la loi de la Partie contractante dont il est ressortissant”* (alinéa 1), et que *“toutefois, les conditions relatives à la parenté et à l’alliance sont également régies par la loi de la Partie contractante dont les autorités célèbrent le mariage.”* (alinéa 2).

- Le Viêt-Nam :

Le décret n° 59-593 du 22 avril 1959 a publié les accords du 16 septembre 1954. Aux termes de l’article 2 de la lettre annexe n° 4 du protocole relatif à l’aide mutuelle judiciaire, *“les Français au Viêt-Nam, les Vietnamiens sur un territoire quelconque de la République française ne peuvent se marier que s’ils remplissent les conditions fixées par leur loi nationale”*.

➤ Des conventions qui rattachent le statut personnel à la loi nationale

Par ailleurs, des conventions bilatérales avec des Etats qui sont des anciens territoires sous souveraineté ou autorité française rattachent de façon générale le statut personnel à la loi nationale, voire ne traitent que de la situation du Français rattaché à sa loi personnelle.

Il en est notamment ainsi de :

- Madagascar

Le décret n° 60-692 du 19 juillet 1960 a publié les accords particuliers signés le 27 juin 1960 : l’article 7 alinéa 2 de la convention d’établissement précise que *“le statut personnel des Français sur le territoire de la République malgache est régi par la loi française et le statut personnel des malgaches sur le territoire de la République française est régi par la loi malgache”*.

- **Le Cambodge**

Par décret n° 59-593 du 22 avril 1959 ont été publiés les accords entre la France et le Cambodge du 29 août et 9 septembre 1953. Aux termes d'une annexe au protocole de transfert au gouvernement royal du Cambodge des compétences judiciaires exercées par la France sur le territoire du Royaume du 29 août 1953, "*le statut personnel des ressortissants de l'Union française sera soumis, suivant les règles de droit international privé, à leur loi nationale.*"

- **Le Laos**

La convention judiciaire avec le Laos du 22 octobre 1953 publié par le décret sus-visé l'article 19 alinéa 3 précise que "*pour ce qui concerne le statut personnel, les Français resteront soumis à la loi française*".

- **La Tunisie**

Il résulte de l'article 2 de la convention judiciaire du 9 mars 1957 publiée par décret n° 58-86 du 1er février 1958 qu'"*en matière de statut personnel... les personnes de nationalité française sont régies par leur loi nationale*".

- **L'Algérie**

Aux termes de la déclaration des garanties des accords d'Evian du 19 mars 1962, 3ème partie, article 6, "*le statut personnel...des ressortissants français sera régi par la loi française*" (JO du 20 mars 1962).

Par ailleurs, la question de la célébration dans les postes consulaires français d'un mariage entre deux personnes de même sexe concernant deux Français (ou un Français et un étranger dans certains pays prévus par décret du 26 octobre 1939 modifié par le décret du 15 décembre 1958) est aussi sensible au regard de l'article 5 de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires et nécessitera probablement l'interrogation des autorités étrangères afin de savoir si un motif d'ordre public local serait de nature à s'opposer à une telle célébration dans l'Etat de résidence. Dans cette hypothèse, les autorités françaises seront amenées à renoncer à célébrer des mariages entre Français de même sexe.

4.4.2. Adoption internationale

L'étude réalisée par le ministère des affaires étrangères met en évidence les limites auxquelles seront confrontés les couples de même sexe pour accéder à l'adoption internationale conjointe dans un contexte marqué par ailleurs par une forte baisse du nombre d'adoptions réalisées.

En effet, très peu de pays d'origine des enfants autorisent l'adoption conjointe par des couples de même sexe: seuls quelques Etats au Brésil, au Mexique et aux Etats-Unis, ainsi que l'Afrique du Sud l'autorisent et les enfants, qui sont proposés à l'adoption internationale, sont le plus souvent âgés de plus 6 ans, en fratrie ou présentent des particularités médicales et correspondent rarement aux souhaits des familles françaises candidates à l'adoption.

Par ailleurs, les couples candidats à l'adoption seront confrontés à des législations interdisant l'adoption par des couples de même sexe. Comme pour les couples de sexe différent, ils feront face à une restriction des possibilités d'adoption dans les pays étrangers du fait notamment de la préférence donnée à l'adoption nationale.

Ainsi, on constate que l'ensemble des pays d'accueil subissent une baisse sensible du nombre d'adoptions internationales réalisées. Alors que plus de 3000 enfants ont été adoptés chaque année à l'étranger par des familles résidant en France, seulement 1995 enfants sont arrivés sur le territoire français, dans le cadre d'une adoption internationale, en 2011. Ce chiffre devrait s'avérer inférieur pour l'année 2012.

Le Service de l'Adoption Internationale, du ministère des Affaires étrangères, devra par conséquent tenir compte de ces éléments dans sa communication à l'égard des candidats sur les réalités de l'adoption internationale. Une information précise, le plus en amont possible, devra également être assurée par les conseils généraux lors de la procédure d'agrément en vue d'adoption.

L'accès des couples de même sexe à l'adoption devrait par ailleurs avoir un impact sur les opérateurs chargés d'accompagner les procédures d'adoption à l'étranger : l'Agence française de l'adoption (opérateur public constitué sous forme de GIP) et les organismes autorisés pour l'adoption, associations de droit privé.

L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe pourrait impliquer une augmentation du nombre d'agréments délivrés en vue d'adoption et par voie de conséquence une augmentation du nombre de candidatures adressées aux opérateurs, qui générerait une charge de travail supplémentaire. L'Agence française de l'adoption, en sa qualité d'opérateur public, pourra également être sollicitée pour s'implanter dans des pays d'origine ouverts à l'adoption conjointe par des couples de même sexe, dans lesquels elle ne travaille pas encore (Afrique du Sud, Etats-Unis). "

4.5. Impact sur les finances publiques

4.5.1. Impact sur la fonction publique

Contrairement au mariage, le PACS ne permet ni l'adoption par un couple pacsé, ni un droit de séjour pour le conjoint étranger, ni une pension de réversion au conjoint survivant. L'extension du mariage et du droit d'adoption afférent, aux couples de même sexe, outre qu'il modifie le code civil, celui de la sécurité sociale, de la famille et le droit fiscal produit des effets sur les dispositions à caractère familial du code de la fonction publique et du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR) et génère par conséquent un coût financier qui doit être évalué.

1/ Les effets et les enjeux du mariage de personnes de même sexe et du droit d'adoption qui lui serait ouvert consécutivement, sur les règles de pensions civiles et militaires.

L'extension du dispositif du mariage aux couples homosexuels et des conditions d'adoption a pour effet immédiat de garantir la dévolution de deux droits à caractère familial au titre de pensions civiles et militaires :

-celui des droits familiaux garantissant la majoration de la pension au titre des enfants (article L. 18 du CPCMR);

-celui du droit à une pension de réversion en cas de décès (article L. 39 et L. 47 du CPCMR).
La majoration de pension pour enfants est accordée dans le cas où le titulaire a élevé au moins trois enfants. Ouvrent droit à cette majoration les enfants légitimes, les enfants naturels dont la filiation est établie et les enfants adoptifs du titulaire de la pension; les enfants du conjoint issus d'un mariage précédent, ses enfants naturels dont la filiation est établie et ses enfants adoptifs ; les enfants ayant fait l'objet d'une délégation de l'autorité parentale en faveur du titulaire de la pension ou de son conjoint ; les enfants recueillis à son foyer par le titulaire de la pension ou son conjoint, qui justifie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, en avoir assumé la charge effective et permanente.

A l'exception des enfants décédés par faits de guerre, les enfants devront avoir été élevés pendant au moins neuf ans, soit avant leur seizième anniversaire, soit avant l'âge où ils ont cessé d'être à charge au sens des articles L. 512-3 et R. 512-2 à R. 512-3 du code de la sécurité sociale (III).

Pour satisfaire la condition de durée ci-dessus, il sera tenu compte, le cas échéant, du temps pendant lequel les enfants auront été élevés par le conjoint après le décès du titulaire.

Le bénéfice de la majoration est accordé :

-soit au moment où l'enfant atteint l'âge de seize ans ;

-soit au moment où, postérieurement à l'âge de seize ans, il remplit la condition visée au III ci-dessus.

Le taux de la majoration de la pension est fixé à 10 % de son montant pour les trois premiers enfants et à 5 % par enfant au-delà du troisième, sans que le montant de la pension majorée puisse excéder le montant du traitement ou de la solde mentionné à l'article L. 15 et revalorisé

dans les conditions prévues à l'article L. 16. En cas de dépassement, les montants de la pension et de la majoration sont réduits à due proportion.

Concernant le droit à réversion celui-ci est subordonné aux conditions suivantes :

-si le fonctionnaire a obtenu ou pouvait obtenir une pension accordée dans le cas prévu à l'article L. 4 du CPCMR (1°), que, depuis la date du mariage jusqu'à celle de la cessation de l'activité du fonctionnaire, celui-ci ait accompli deux années au moins de services valables pour la retraite, sauf si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage antérieur à ladite cessation ;

- si le fonctionnaire a obtenu ou pouvait obtenir une pension accordée dans le cas prévu à l'article L. 4 CPCM (2°), que le mariage soit antérieur à l'événement qui a amené la mise à la retraite ou la mort du fonctionnaire.

Toutefois, au cas de mise à la retraite d'office par suite de l'abaissement des limites d'âge, il suffit que le mariage soit antérieur à la mise à la retraite et ait été contracté deux ans et au moins avant soit la limite d'âge en vigueur au moment où il a été contracté, soit le décès du fonctionnaire si ce décès survient antérieurement à ladite limite d'âge.

Nonobstant les conditions d'antériorité prévues ci-dessus, le droit à pension de réversion est reconnu :

- si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage ;
- ou si le mariage, antérieur ou postérieur à la cessation de l'activité, a duré au moins quatre années.

En l'état de rédaction des dispositions du CPCMR, il n'est pas besoin de modifier les textes sus mentionnés.

En revanche l'impact financier de l'extension du champ d'application de telles mesures ouvrant à des droits de majoration pour enfant et de réversion aux couples de même sexe dont au moins un des deux conjoints a le statut de fonctionnaire, doit être évalué.

A titre d'information, le montant moyen des pensions de réversion et les effectifs concernés pour le flux de l'année 2010 se ventilent de la manière qui suit. Seuls les effectifs d'orphelins concernés par la pension issue du chef de leurs parents sont disponibles.

	Bénéficiaires d'une pension à droit indirect (réversion et orphelin) entrée en paiement en cours d'année					
Bénéficiaires d'une pension de droit dérivé entrée en paiement au cours de l'année 2010	Fonction publique de l'Etat (hors la Poste et France Télécom)	Fonction publique d'Etat - toutes pensions civiles	Fonction publique d'Etat - pensions militaires	Fonction publique d'Etat-pensions d'ouvriers de l'Etat FSPOIEI	Fonction publique Territoriale-pensions CNRACL	Fonction publique territoriale-pensions CNRACL
Effectifs	16 274	18 306	6 792	1 609	5 896	3 140
Montant mensuel moyen de la retraite totale en droit dérivé	952 €	932 €	846 €	832 €	582 €	610 €
Effectifs d'orphelins	388	447	100	9	36	23

Montant mensuel moyen de la retraite totale en droit dérivé (en euros)	nc	nc	nc	nc	nc	nc
---	----	----	----	----	----	----

2/ Les effets sur la rémunération des agents publics de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière.

La seule disposition relative à la prise en compte de la situation personnelle et familiale de l'agent est celle du supplément familial de traitement (SFT) instauré en 1917, lequel est indexé sur le nombre d'enfants à charge du fonctionnaire bénéficiaire du SFT et, pour partie, proportionnel au traitement.

Cet accessoire de rémunération n'est versé qu'à un seul des deux parents dans le cas d'un couple de fonctionnaires, le plus souvent au bénéfice de l'agent disposant du traitement indiciaire le plus élevé.

Selon l'article 10 du décret du 24 octobre 1985 : « Le droit au supplément familial de traitement, au titre des enfants dont ils assument la charge effective et permanente à raison d'un seul droit par enfant, est ouvert aux magistrats, aux fonctionnaires civils, aux militaires à solde mensuelle ainsi qu'aux agents de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière dont la rémunération est fixée par référence aux traitements des fonctionnaires ou évolue en fonction des variations de ces traitements, à l'exclusion des agents rétribués sur un taux horaire ou à la vacation ».

Dès lors que le mariage est ouvert aux personnes de même sexe et le droit à l'adoption afférent est reconnu, il ne serait a priori pas nécessaire de retoucher la rédaction de cet article, à l'exception près de la question du partage du SFT en cas de garde alternée non tranchée actuellement.

3/ Les enjeux du mariage de personne de même sexe sur les congés d'adoption
Les fonctionnaires et les agents non titulaires peuvent bénéficier du congé d'adoption.

- les fonctionnaires

En application de l'article 34-5° de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, un fonctionnaire en activité peut bénéficier d'un congé d'adoption avec traitement, d'une durée égale à celle prévue par la législation sur la sécurité sociale. "Le droit au congé d'adoption est ouvert à la mère ou au père adoptif. Lorsque les deux conjoints travaillent, soit l'un des deux renonce à son droit, soit le congé est réparti ³⁷entre les deux."

Le partage du congé est réservé aux conjoints, ce qui exclut les concubins. A noter d'ailleurs qu'il en est de même pour les assurés du régime général de la sécurité sociale. Ainsi, l'article L. 331-7 du code de la sécurité sociale prévoit que "Toutefois, lorsque les deux conjoints assurés sociaux travaillent, l'indemnité journalière de repos est accordée".

³⁷ L'article L. 331-7 précité du code de la sécurité sociale réserve le droit au congé d'adoption prioritairement à la mère adoptante et en refuse le bénéfice au père adoptant dont la conjointe ne travaille pas. Ces dispositions, qui ne sont pas conformes au droit communautaire, sont susceptibles de poser problème pour un couple « mixte ».

L'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 prévoit donc, d'ores et déjà, que le droit au congé d'adoption est ouvert, indifféremment, au père ou à la mère adoptif. Quant au partage du congé, il est ouvert aux conjoints composés d'une mère et d'un père adoptif, ce qui exclut donc le partage du congé entre deux personnes de même sexe, même mariées. Il sera donc nécessaire de modifier la réglementation en vigueur.

La durée du congé d'adoption dépend du nombre d'enfants adoptés, du nombre d'enfants à charge avant adoption et de l'éventuelle répartition du congé entre les parents.

Congé d'adoption			
Nombre d'enfants adoptés	Nombre d'enfants à charge avant adoption	Durée du congé	Nombre de jours supplémentaires accordés en cas de partage du congé entre les parents
1	0 ou 1	10 semaines	11 jours
1	2 ou plus	18 semaines	11 jours
2 ou plus	Peu importe	22 semaines	18 jours

L'agent qui souhaite bénéficier d'un congé d'adoption doit faire une demande accompagnée d'une déclaration sur l'honneur de son conjoint attestant qu'il ne bénéficie pas d'un congé d'adoption pendant cette période.

Le conjoint qui renonce à son droit peut bénéficier de 3 jours de congés consécutifs ou non, à prendre dans les 15 jours suivant la date de l'arrivée au foyer de l'enfant adopté.

En cas de partage entre les parents, le congé ne peut être fractionné qu'en 2 périodes, dont la plus courte est au moins égale à 11 jours.

- les agents non titulaires

L'agent non titulaire en activité a droit, après 6 mois de service, à un congé d'adoption rémunéré d'une durée égale à celle fixée par la législation sur la sécurité sociale. Pendant toute la durée de ce congé, il conserve son plein traitement. À défaut, il ne perçoit que les indemnités journalières de la Sécurité sociale. Les primes et indemnités sont maintenues ou suspendues dans les mêmes conditions que pour les fonctionnaires.

Les agents, titulaires d'un agrément en vue de l'adoption d'un enfant pupille de l'État ou étranger, peuvent en outre demander une disponibilité, s'ils sont fonctionnaires, ou un congé non rémunéré, s'ils sont non titulaires, pour se rendre dans les départements d'outre-mer, les collectivités d'outre-mer, la Nouvelle-Calédonie ou à l'étranger en vue de l'adoption d'un ou plusieurs enfants. La durée de la disponibilité ou du congé est fixée à 6 semaines maximum par agrément.

Le congé d'adoption est assimilé à une période d'activité pour la retraite et l'avancement.

Pour les agents non titulaires, les périodes de congé sont aussi prises en compte pour le calcul des avantages liés à l'ancienneté. Le congé d'adoption ne modifie pas les droits à congés annuels. Il ne peut avoir d'influence sur la notation et l'appréciation générale de l'agent. Les autorisations de travail à temps partiel sont suspendues : durant cette période, les agents sont en conséquence rétablis dans les droits des agents exerçant à temps plein (notamment en matière de rémunération).

A noter que les fonctionnaires et les agents non titulaires peuvent également bénéficier d'un congé de paternité d'une durée égale à celle fixée par la législation sur la sécurité sociale (de 11 à 18 jours en cas de naissances multiples). Ce congé est attribué au fonctionnaire, en cas de naissance (cf. article 34-5° de la loi du 11 janvier 1984). La rédaction de l'article est calquée sur celle de l'article L. 331-8 du code de la sécurité sociale qui prévoit que « Après la naissance de son enfant et dans un délai fixé par décret, le père assuré reçoit, pendant une durée maximale de onze jours consécutifs (...) l'indemnité journalière (...) ».

L'extension du dispositif du mariage aux couples de même sexe ne permettrait donc pas, dans l'état actuel de la réglementation, de faire bénéficier du congé de paternité de 11 jours les conjoints du fonctionnaire ou de l'agent non titulaire devenu parents d'un enfant.

4.6. Impact sur le droit des femmes

La circulaire du 23 août 2012 invite à prendre en compte l'impact des projets de loi en termes de droits des femmes et d'inégalités entre les femmes et les hommes. La loi qui permet l'accès des couples de même sexe au mariage ne provoque pas d'aggravation des inégalités entre les femmes et les hommes. De toute évidence, l'extension des droits qu'elle définit profite à toutes et à tous et s'applique de manière égale aux couples de femmes qu'aux couples d'hommes.

Nous donnons ici un éclairage sur la population concernée, bien que les données statistiques soient peu nombreuses sur le sujet.

Selon une enquête de l'INSERM réalisée en 2006, 4,0% des femmes et 4,1% des hommes ont déjà eu des pratiques sexuelles avec une personne du même sexe. Un sondage de l'institut IFOP pour le magazine Têtu fait quant à lui état de 6,5% de personnes se qualifiant de « bisexuel(le) » ou « homosexuel(le) » en 2011, parmi lesquelles on compte 67% d'hommes. On peut estimer à l'aune de ces données et compte tenu de la population totale que le nombre d'homosexuels ou bisexuels âgés de 20 à 59 ans en France est compris entre 2 et 3,5 millions en 2012, dont 1 400 000 à 2 300 000 hommes et 680 000 à 750 000 femmes.

55% des bisexuels et 46% des homosexuels déclarent vivre en couple. L'enquête ne précise pas si cette proportion est différente pour les hommes et les femmes, ce qui empêche d'estimer l'importance relative des couples d'hommes et des couples de femmes. A titre de comparaison, la proportion de personnes déclarant vivre en couple est de 70% dans la population des personnes hétérosexuelles.

La Belgique a ouvert en 2003 le mariage aux personnes de même sexe, et c'est également le cas de l'Espagne en 2005. Les données statistiques collectées par ces pays peuvent permettre d'éclairer l'évolution des effectifs concernés par ces dispositions législatives. La comparaison avec la France doit toutefois être faite avec précaution en raison des différences importantes séparant les pays, notamment en termes de taille et de tradition historique.

On observe qu'en Belgique, le nombre de mariages entre hommes est très proche du nombre de mariage entre femmes. En 2010, on compte 1062 mariages entre hommes et 1102 mariages entre femmes. En Espagne, bien que la différence ait été très importante dans les premières années qui ont suivi l'application de la loi, 3190 mariages entre hommes pour seulement 1384 mariages entre femmes, elle s'est fortement réduite. En 2011, on comptait 2293 mariages entre hommes pour 1587 mariages entre femmes.

Belgique
11 millions d'habitants

	Mariages entre hommes	Mariages entre femmes	Total des mariages	% des mariages entre femmes au sein des mariages entre personnes du même sexe
2004	1 244	894	43 296	42 %
2005	1 160	894	43 141	44 %
2006	1 191	1 057	44 813	47 %
2007	1 189	1 111	45 561	48 %
2008	1 148	1 035	45 613	47 %
2009	1 133	999	43 303	47 %
2010	1 062	1 102	42 159	51 %

Source : Direction générale Statistique et Information économique - Direction thématique Société.

Espagne
47 millions d'habitants

	Mariages entre hommes	Mariages entre femmes	Total des mariages	% des mariages entre femmes au sein des mariages entre personnes du même sexe
2006	3 190	1 384	211 818	30 %
2007	2 180	1 070	203 697	33 %
2008	2 299	1 250	196 613	35 %
2009	2 212	1 200	175 952	35 %
2010	2 216	1 367	170 815	38 %
2011	2 293	1 587	163 085	41 %

Source : Movimiento Natural de la Población, Instituto Nacional de Estadística.

Par ailleurs, les dispositions qui permettent l'adoption d'un enfant par le conjoint de son unique parent consolideront en premier lieu les familles des enfants élevés par deux femmes, car les enfants élevés par deux hommes n'ont qu'exceptionnellement un unique parent.

V- Les consultations

Outre les saisines obligatoires, les ministres de la justice et de la famille ont mené tout au long du mois de septembre 2012 de très vastes consultations, tant auprès du secteur associatif que des autorités religieuses.

Ont ainsi été entendus :

- les associations suivantes : l'Union nationale des associations familiales (UNAF), Familles rurales, Familles de France, le Conseil national des associations familiales laïques (CNAFAL), l'Union des Familles Laïques (UFAL), la Confédération nationale des familles catholiques, l'association des départements de France, la Confédération syndicale des familles, SOS homophobie, l'association David et Jonathan, Beit Haverim, l'association Contact, l'association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL), Homosexualité et socialisme, Gaylib, l'association Arc-en-ciel, l'association Parents d'élèves de l'enseignement libre (APEL), la Fédération des conseils de parents d'élèves (FCPE), l'Interassociative lesbienne, gaie, bi et trans (inter- LGBT) , l'association des Familles homoparentales (ADFH), La voix des adoptés, Racines Coréennes, le Mouvement pour l'Adoption sans frontières, Enfance et familles d'adoption,

- les personnes qualifiées suivantes : Mme Irène Théry, directrice d'Etude EHESS, M. Bernard Golse, pédopsychiatre, M. Odon Vallet, Mme Dominique Versini ;

- les représentants des autorités religieuses des cultes catholique, protestant, juif et musulman.

Concernant le droit du travail, les dispositions de coordination ne modifiant pas les règles générales portant sur les relations entre l'employeur et ses salariés, aucune consultation n'est nécessaire.

5-1 Conseil supérieur de l'adoption

En vertu de l'article L. 148-1 du code de l'action sociale et des familles, la saisine du Conseil supérieur de l'adoption est obligatoire s'agissant des mesures législatives et réglementaires prises en matière d'adoption, y compris d'adoption internationale. Il émet des avis et formule toutes propositions utiles en ce domaine.

S'agissant du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil supérieur de l'adoption a fait état de son inquiétude devant la difficulté de concilier un objectif d'égalité des droits au bénéfice des personnes de même sexe et le caractère prioritaire de l'intérêt de l'enfant. Il a insisté sur la nécessité de transparence et de vérité envers l'enfant et, en cas d'adoption à l'international, envers les pays d'origine. Il s'est interrogé sur l'opportunité de la disposition subsidiaire prévoyant l'attribution des noms des parents adoptifs par ordre alphabétique en cas de désaccord entre eux.

5.2. Conseil commun de la fonction publique

Les dispositions du 2° de l'article 2 du décret n° 2012-148 du 30 janvier 2012 relatif au Conseil commun de la fonction publique prévoient que cette instance supérieure de dialogue social doit être saisie pour avis des projets de loi ayant un objet commun aux trois fonctions publiques et ayant une incidence statutaire sur la situation statutaire des agents titulaires. Tel est le cas des modifications apportées par le projet de loi aux titres II, III et IV du statut général de la fonction publique.

Lors de sa séance d'assemblée plénière du 25 octobre 2012, le Conseil commun de la fonction publique a rendu un avis favorable aux dispositions statutaires qui lui étaient soumises.

5.3 – Les organismes de sécurité sociale

Les modifications introduites sur les dispositions du code de la sécurité sociale concernées entrent dans le champ des textes devant être soumis pour avis aux caisses nationales de sécurité sociales en application de l'article L.200-3 du code de la sécurité sociale. Devraient donc être saisies la CNAVTS, la CNAMTS, la CAT-MP, la CNAF et la MSA (en vertu de l'article L. 723-12 du code rural et de la pêche maritime) ainsi que l'UNCAM (en vertu de l'article L. 182-2 du code de la sécurité sociale).

La CNAVTS et la CNAF ont rendu un avis majoritairement défavorable et l'UNCAM un avis majoritairement favorable. Au conseil central de la MSA et à la commission de la réglementation de la CNAMTS, la majorité des voix exprimées ont pris acte du projet. La commission des accidents du travail et des maladies professionnelles ne s'est pas prononcée dans le délai réglementaire.

VI- Mise en œuvre de la réforme

6-1 Textes d'application

6-1.1 Décrets et arrêtés

6-1.1.1 Ministère de la justice

Le décret du 26 octobre 1939 modifié par un décret du 15 décembre 1958 fixe la liste des pays dans lesquels les consuls de France peuvent célébrer le mariage entre un(e) Français(e) et une étrangère, dans des pays où les formes locales conviennent mal aux européens. Ce sont actuellement l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, le Cambodge, la Chine, l'Egypte, l'Irak, le Japon, le Laos, le Liban, le Maroc, Oman, la Syrie, la Thaïlande et le Yémen. Cette liste est limitative. Il conviendra, en matière de mariage entre personnes de même sexe, de modifier ce décret en prévoyant que ce type d'union ne sera pas possible en la forme diplomatique ou consulaire, dans les Etats ne reconnaissant pas le mariage entre personnes de même sexe.

Le décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifié modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, le décret n° 74-449 du 15 mai 1974 modifié relatif au livret de famille et à l'information des futurs époux sur le droit de la famille ainsi que le décret n° 2004-1159 du 29

octobre 2004 portant application de la loi n°2002-304 du 4 mars 2002 modifiée relative au nom de famille et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil devront être complétés.

Il sera nécessaire de compléter l'arrêté du 29 juillet 2011 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle de livret de famille.

Enfin, sous réserve de l'approfondissement d'une étude de nécessité et dans la mesure du strict nécessaire, le code de procédure civile pourra faire l'objet d'une adaptation tendant à remplacer, les termes "père" et "mère" par "parents" ou "chacun des parents" ou encore "l'un des parents", dans la partie relative à l'assistance éducative (Livre III, titre 1er, chapitre IX, section II), à la délégation d'autorité parentale (Livre III, titre 1er, chapitre IX, section III) et à la tutelle des mineurs (Livre III, titre 1er, chapitre X, section I, sous-section II).

6-1.1.2 Les autres ministères

Les textes relatifs à l'indemnisation du congé d'adoption de la partie réglementaire du code de la sécurité sociale devront être adaptés conformément aux modifications opérées au niveau législatif pour substituer le terme « adoptant » aux termes « père » et « mère ». L'article R. 173-15-1 de ce code devra également être adapté pour tirer les conséquences des modifications apportées au texte sur la majoration de durée d'assurance en matière de retraite au niveau législatif.

La partie réglementaire du code rural et de la pêche maritime devra également être adaptée s'agissant du congé d'adoption des travailleurs non salariés agricoles.

6-1.2 Circulaires

6-1.2.1 Ministère de la justice

Certaines législations interdisent le mariage entre personnes de même sexe (Burkina-Faso, Congo, ou Israël par exemple). D'autres comme le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Libye et l'Egypte considèrent interdite l'homosexualité, le mariage entre personnes de même sexe étant passible de sanctions pénales. Enfin, la Mauritanie et le Soudan prévoient la peine de mort en cas de rapports sexuels entre personnes de même sexe.

Or l'obligation de publication des bans permettrait aux Etats étrangers de connaître le statut de leurs ressortissants et un voyage temporaire dans leur pays d'origine pourrait engendrer une condamnation pénale pour le mariage contracté en France.

Il sera donc demandé aux officiers d'état civil, par voie de circulaire, d'appeler l'attention des citoyens sur la possible non-reconnaissance de leur union à l'étranger. La circulaire rappellera également, pour les pays dans lesquelles l'homosexualité est expressément prohibée et punie, l'opportunité de recourir aux dispositions de l'article 169 du code civil qui permettent une dérogation à la publication des bans pour des « causes graves » permettant d'éviter la publication des bans dans ces cas très spécifiques.

D'autre part, comme indiqué ci-dessus, l'instruction générale relative à l'état civil fera l'objet d'une refonte afin de contenir les nouvelles formules pour dresser les actes d'état civil adaptés aux situations de couples ou de parents de même sexe.

6-1.2.2 Les autres ministères

Le ministère des affaires étrangères devra mettre à jour son instruction générale relative à l'état civil consulaire.

6-2 Application Outre-mer

Le champ d'application de la loi

Les dispositions du projet de loi relatives au mariage et à l'adoption s'appliqueront à toutes les personnes régies par le code civil dans les collectivités ultramarines que ces dernières relèvent d'un régime d'identité législative ou d'un régime de spécialité législative.

En revanche, les dispositions du projet de loi n'ont pas vocation à s'appliquer aux citoyens relevant du statut personnel dans ces collectivités à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis et Futuna où l'existence d'un statut particulier est reconnue et garantie.

L'article 75 de la Constitution reconnaît en effet à certains citoyens qui n'ont pas le statut civil de droit commun, la possibilité de conserver leur statut personnel. Cet article a pour objet de garantir au profit de certaines populations de la République les règles coutumières en vigueur, en lieu et place de celles élaborées par le législateur dans le champ de l'article 34 de la Constitution, à savoir, en ce qui concerne le périmètre du projet de loi : l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions, le régime des droits civils.

Les mesures d'extension

Dans les collectivités relevant d'un régime de spécialité législative, l'Etat dispose de la compétence normative pour la plupart des matières du droit civil concernées par les dispositions du projet de loi.

Ainsi, à Wallis-et-Futuna, la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer ne donne aucune compétence à la collectivité en ces matières. L'article 3 de la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer prévoit que sont applicables de plein droit dans ces collectivités les dispositions législatives relatives à l'état et la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités faisant partie du statut civil de droit commun mentionné à l'article 75 de la Constitution.

En Polynésie française, l'article 14 (1°) de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française prévoit que l'Etat est compétent en matière de « *Nationalité ; droits civiques ; droit électoral ; droits civils, état et capacité des personnes, notamment actes de l'état civil, absence, mariage, divorce, filiation ; autorité parentale ; régimes matrimoniaux, successions et libéralités* » et son article 7 (4°) que les dispositions relatives à la nationalité, à l'état et la capacité des personnes sont applicables de plein droit dans la collectivité.

En Nouvelle-Calédonie, l'article 21 (III-4°) de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit que l'Etat est compétent en matière de « *Droit civil, règles concernant l'état civil et droit commercial* » et son article 6-2 (4°) que les dispositions

relatives à la nationalité, à l'état et la capacité des personnes sont applicables de plein droit dans la collectivité.

Enfin, les dispositions de l'avant-projet de loi relevant du droit civil s'appliqueront de plein droit dans les Terres australes et antarctiques françaises dans la mesure où le droit civil fait partie des matières énumérées comme tel à l'article 1-1 de la loi n° 55-1052 du 6 août 1955.

En revanche, le champ d'application de la loi excède pour certaines dispositions les compétences régaliennes en matière de droit civil (état et capacité des personnes, mariage...).

Ainsi, en Polynésie française, l'Etat n'est pas compétent, notamment, en droit des contrats et des obligations. De plus, les différents codes modifiés par les articles 5 à 7 du projet de loi (code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, code de l'environnement, code de l'action sociale et des familles) ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna.

Dès lors, l'article [8] a pour objet d'étendre en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna les seules dispositions de droit civil qui ont vocation à s'y appliquer.

Les dispositions de droit commun, ainsi étendues sans adaptation, ne relèvent pas des cas de consultation obligatoire de ces collectivités.

6-3 Application dans le temps

Un certain nombre de Français de même sexe se sont mariés, au cours des années passées, à l'étranger.

Les conditions de validité d'un mariage s'apprécient au regard de la loi personnelle des parties en vigueur au jour de la célébration, sans disposition spécifique, ces personnes devraient divorcer et se remarier si elles souhaitent voir leur lien matrimonial reconnu en France.

De plus, le mariage d'un Français, même à l'étranger, nécessite la publication des bans. Or, ce type de mariage n'étant pas autorisé en France, les officiers d'état civil ont toujours refusé cette publication. Ces mariages ne seront pas considérés comme valables en France.

La question de l'opportunité de l'introduction d'une disposition transitoire permettant la reconnaissance des mariages valablement formés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la présente loi s'est donc posée et il est apparu nécessaire de prévoir une disposition permettant la reconnaissance de ces mariages, ainsi que leur transcription par les officiers de l'état civil consulaire ainsi rédigée :

« Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180, 191 du code civil. Il pourra faire l'objet d'une transcription dans les conditions aux articles 171-5 et 171-7 du code civil. »

Cette disposition permettra de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger, même dans les cas où les bans n'auraient pas été publiés. Bien évidemment, le mariage ne pourra être reconnu que si les conditions de validité impératives, telles le consentement du futur ou sa présence lors de la célébration du mariage sont remplies.