12-14 rue Charles Fourier
75 013 PARIS
Tel 01 48 05 47 88
Fax 01 47 00 16 05
Mail : contact@syndicat-magistrature.org
Site : www.syndicat-magistrature.org

Paris, le 25 janvier 2013

OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LOI OUVRANT LE MARIAGE AUX COUPLES DE PERSONNES DU MEME SEXE

Le projet de loi dit “mariage pour tous” propose d’ouvrir le mariage civil aux personnes de même sexe et de rendre possible l’adoption pour ces couples mariés, qu’il s’agisse de l’adoption de l’enfant du conjoint ou d’une adoption classique faite par le couple.
La question de l’accès à la procréation médicalement assistée (PMA), qui divisait la majorité parlementaire, a été renvoyée à une réforme ultérieure du droit de la famille et de la législation en matière de bioéthique.

Une volonté politique forte sera nécessaire pour mener à bien une réforme d’ampleur du droit de la famille, mais le mariage pour tous ne peut de toute évidence être envisagé sans une vision précise de ce qu’il implique pour l’ensemble du droit de la famille, en particulier pour le droit de la filiation et celui de l’autorité parentale. Faute de cette approche globale, cette réforme ne pourrait que conduire à des incohérences mais aussi à de nouvelles formes d’insécurité juridique pour bon nombre de familles alors même que l’un des objectifs principaux du “mariage pour tous” est précisément d’apporter la protection du droit à ceux qui en étaient exclus jusque-là.

Les enjeux de la réforme

Assurer l’égalité de tous face au mariage, institution laïcisée depuis 1792 et porteuse de droits et d’obligations. Le Doyen Carbonnier affirmait que “ Le coeur du mariage, ce n’est pas le couple, c’est

la présomption de paternité", autrement dit la famille. Or, comme le souligne Irène Théry, le mariage a profondément changé de finalité au cours des dernières décennies. Aujourd'hui, le coeur du mariage, c'est bien le couple. L'une des deux grandes révolutions de la famille, avec l'explosion des divorces, est l'augmentation exponentielle des naissances hors mariage qui atteignent à présent plus de la moitié de l'ensemble des naissances. La première motivation des couples qui souhaitent se marier n'est plus le désir de fonder une famille mais celui de donner de la force à leur union en acceptant de s'engager à respecter des droits et obligations spécifiques. Cet engagement sera source de protection, tout particulièrement en cas de séparation du couple ou à la mort d'un des deux membres de celui-ci, ce que ni le concubinage ni même le PACS ne permettent.
A l'inverse, depuis que le législateur a posé le principe de l'égalité des filiations, le mariage n'a plus d'incidence pour les enfants et, somme toute, pour la famille. Après avoir connu une chute vertigineuse entre 1972 et 1996, le nombre de mariages célébrés chaque année est resté stable (280 000 en 2010). L'institution mariage conserve ainsi une certaine force attractive et l'on ne voit pas pourquoi des couples du même sexe se verraient dénier le droit d'être également sensibles aux attraits de cette institution. Le PACS a largement contribué à renforcer chez les couples homosexuels ce désir d'institutionnalisation et de protection par l'accès au mariage. Cela n'interdit nullement, bien au contraire, de faire évoluer les cadres juridiques des différentes formes d'union dans un souci de prendre en compte la diversité des attentes et des situations. Il s'agit en fin de compte avec la réforme du mariage pour tous d'assurer l'égalité de choix entre les différentes formes d'union possibles, mariage, PACS et union libre.

Apporter une réponse en droit à une réalité sociale, celle des enfants qui vivent dans des familles homoparentales.
L'homoparentalité recouvre de multiples situations. Certaines d'entre elles correspondent à des unions hétérosexuelles et résultent de recompositions familiales. D'autres sont issues du projet parental d'un couple du même sexe ou d'une seule personne homosexuelle qui partage sa vie avec une personne du même sexe. Les chiffres varient sensiblement en ce qui concerne le nombre d'enfants vivant dans des familles homoparentales. L'APGL a évoqué le chiffre de 250 000 enfants mais une étude de l'INED de 2005, ne comptabilisant que les enfants mineurs élevés dans un seul foyer avec deux concubins de même sexe, retient une fourchette de 20 000 à 40 000 enfants. Quoi qu'il en soit, cette réalité est loin d'être négligeable statistiquement, d'autant que les associations LGBT indiquent que la proportion de lesbiennes qui recourent à la PMA avec tiers au regard de celles

qui ont des enfants issus d'une relation hétérosexuelle semble avoir sensiblement augmenté au cours des dix dernières années. Il convient également de relever qu'aucune étude sérieuse n'est venue établir que le fait d'élever un enfant dans le cadre d'un foyer homoparental comporterait des risques particuliers au regard de l'évolution psychique ou sociale de l'enfant. Bien au contraire l'une des rares enquêtes menée par la plus importante association de pédiatres et pédo-psychiatres aux Etats-Unis a conclu au caractère neutre de l'orientation sexuelle du couple parental dans le développement et l'épanouissement de l'enfant.

Prendre en compte l'évolution des représentations et des attentes en matière de parenté et de parentalité. La représentation dominante selon laquelle parenté et procréation étaient intimement liées vacille, ne serait-ce que sous l'influence du développement de la PMA avec tiers. On ne cache plus aux enfants adoptés les conditions de leur arrivée dans le foyer parental et les techniciens de la PMA ont cessé de conseiller aux parents de ne pas révéler à leurs enfants l'origine de leur naissance. La « déhiérarchisation » des sexes est en marche, avec des rythmes différents, dans la plupart des sociétés occidentales. Les rapports de couple ne sont plus des rapports asymétriques, les rôles parentaux sont davantage interchangeables, sinon dans la réalité au moins dans les représentations. Tout cela a fortement contribué à faire que l'idée selon laquelle "un enfant a besoin d'une mère et d'un père" ne soit plus aujourd'hui partagée par tous. Le nombre des familles monoparentales a considérablement augmenté (1,76 million en France). Elles ne sont plus la conséquence du veuvage mais celle des divorces et des séparations. L'urgence n'est plus que chaque enfant vive dans un foyer parental avec un père et une mère mais que les adultes qui exercent une fonction parentale auprès d'un enfant puissent continuer à le faire, dans l'intérêt de l'enfant, au-delà des aléas de la vie du couple. Le désir de parentalité, longtemps refoulé dans les milieux gay, est aujourd'hui clairement assumé par ceux mêmes qui ont longtemps vécu la famille au mieux comme une structure normative au pire comme une source de souffrance. Il ne s'agit pas de la revendication égoïste d'un droit à l'enfant mais d'une volonté légitime d'être dans le monde commun de la transmission.

Prendre en compte la diversité des cadres juridiques au niveau mondial comme au niveau européen tant en ce qui concerne l'homoparentalité que les pratiques de la PMA avec tiers ou de la gestation pour autrui (GPA). Rien qu'au sein de l'Union Européenne, 7 pays (Allemagne, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Espagne, Royaume-Uni et Suède) reconnaissent, sous des formes diverses, dans leur législation l'adoption par des couples du même sexe. L'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas, le Danemark et le Royaume-Uni reconnaissent l'accès des femmes célibataires à la PMA avec tiers. Cette réalité européenne n'est évidemment pas sans conséquence sur le développement en France de nouvelles formes d'homoparentalité que le droit national ne peut ignorer sans maintenir des enfants dans de graves situations d'insécurité juridique.

Les principes directeurs de la réforme

- le principe d'égalité et de non-discrimination au regard de l'orientation sexuelle des personnes concernées,

- le principe d'égalité des enfants au regard de leur filiation et des formes d'union dont ils sont issus,

- le principe de stabilité de la filiation et de sécurité du lien parental,

- le principe de la primauté du lien parental sur ~~la réalité~~ les origines biologiques,

- le principe d'accès de l'enfant à ses origines,

- le principe d'égalité des personnes au regard de l'accès à la PMA,

Les conséquences de l'application de ces principes

Sur le mariage et l'adoption

Le principe d'égalité conduit à l'ouverture du mariage aux couples du même sexe sauf à « recatholiser » le mariage. Cette ouverture emporte comme conséquence minimale la possibilité pour tous les couples mariés de recourir à l'adoption.

Ce même principe conduit également à ouvrir l'adoption à tous les couples, ce qui a le mérite de ne pas maintenir une inégalité entre couples mariés et concubins en contraignant ces derniers à se marier pour pourvoir adopter.

Sur la filiation

La filiation peut être établie de plusieurs manières : par la présomption de paternité dans le cadre du mariage, mais également par la reconnaissance et par la possession d'état constatée dans un acte de notoriété. Comme cela a été relevé précédemment, plus de la moitié des enfants naissent hors mariage et sont donc concernés par la reconnaissance et la possession d'état.

Au-delà de la question de l'adoption, le principe d'égalité entre couples hétérosexuels et couples homosexuels devrait également conduire à permettre à ces deniers d'établir la filiation à l'égard de l'enfant selon les mêmes modalités que les couples hétérosexuels. Une telle disposition permettrait également de sécuriser le lien parental avec le parent social qui, en cas de séparation du couple, ne verrait pas remis en cause son lien parental, avec le risque que le nouveau compagnon ou la nouvelle compagne de son ex-concubin adopte l'enfant.

Cela implique évidemment de ne pas faire reposer la filiation sur la seule réalité biologique et de contrecarrer une évolution jurisprudentielle qui, sous l'influence des progrès en matière d'expertise génétique, a pu renforcer le poids du biologique au détriment du lien parental et fragiliser ainsi la filiation de l'enfant.

Des conflits de filiation pourront évidemment se développer à partir de reconnaissances ou de déclarations d'opportunité. Mais celles-ci existent déjà en ce qui concerne les couples hétérosexuels. Elles existeront également pour les couples homosexuels. A cet égard, l'élargissement des conditions d'accès à la PMA devrait permettre de réduire le recours aux "PMA artisanales", davantage source de conflits de filiation.

En tout état de cause, il appartiendra au juge de trancher ces conflits de filiation comme il le fait déjà pour les couples hétérosexuels. Cela suppose une évolution des dispositions relatives aux procédures de contestation de la filiation pour assurer la stabilité de celle-ci. Il serait ainsi opportun d'encadrer de façon plus stricte que ne le fait la législation actuelle les conditions de contestation de filiation, notamment en réduisant les délais de contestation et le recours à l'expertise biologique.

D'une façon générale, il apparaît important de rappeler que les modes d'établissement de la filiation doivent être fondés prioritairement sur la volonté de créer le lien de filiation (reconnaissance ou simple déclaration) ou la réalité sociale de ce lien (possession d'état), et non pas exclusivement sur les réalités biologiques. Le code civil admet parfois clairement cette nécessité en interdisant par exemple toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation en cas de consentement à la PMA avec tiers sauf à établir que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement a été privé d'effet. Il pourrait être utile de prévoir des critères d'appréciation du

lien de filiation, à l'image de ce que l'article 373-2-11 du code civil prévoit pour les modalités d'exercice de l'autorité parentale.
L'adoption plénière a pour conséquence de faire disparaître toute référence à une précédente filiation et de créer une sorte de fiction de filiation biologique. L'adoption devenant possible pour un couple de personnes du même sexe, cette fiction n'aura plus de raison d'être. La reconnaissance de l'homoparenté conduira de fait à une désexualisation de l'état civil.

Par ailleurs, la question de la filiation et celle des origines biologiques doivent être clairement distinguées afin que le droit de l'enfant à connaître ses origines ne puisse en aucun cas fragiliser sa filiation.
Il convient à cet égard d'affirmer, conformément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et à la convention internationale des droits de l'enfant, le droit de celui-ci à la connaissance de ses origines. La connaissance des origines peut être l'accès à un nom et à une adresse, mais également à des informations sur l'histoire de la conception ou l'état de santé des parents biologiques, à des photographies, des explications relatives au sens de la démarche du don de gamètes ou d'abandon de l'enfant. Entre la possibilité d'une rencontre et le vide total qui ne permet aucune représentation structurante pour l'enfant, il existe de nombreuses possibilités intermédiaires qui doivent être exploitées. Une réforme de la loi du 22 janvier 2002 apparaît nécessaire pour assurer la complète effectivité de ce droit, notamment en matière d'accouchement sous X et de PMA avec donneur.

Sur l'accès à la procréation médicalement assistée

Dès lors que la législation française reconnaît l'homoparenté, ne serait-ce qu'au travers l'ouverture de l'adoption aux couples mariés de personnes du même sexe, il n'y a aucune raison de refuser l'accès à la PMA avec tiers à ce même couple sauf à considérer que la PMA ne pourrait que répondre aux situations d'infertilité pathologique et non à celles qui résultent de la nature même d'un couple de personnes du même sexe dont on reconnaît pourtant qu'il a vocation à constituer un couple parental.

Et de même que l'adoption est possible pour des personnes célibataires, pourquoi la PMA, à l'instar de ce qui existe déjà dans nombre de pays européens, ne pourrait-elle pas être possible pour les femmes célibataires ? A cela s'ajoute des impératifs de sécurité sanitaire et d'égalité des femmes dans l'accès à la PMA, quelle que soit leur situation sociale. Tout doit être fait pour limiter le recours aux « PMA artisanales » ou aux PMA à l'étranger qui, outre le fait qu'elles peuvent générer davantage de conflits de filiation, ne se déroulent pas toujours dans les meilleurs conditions, certains établissements médicaux ayant tendance à développer des pratiques limites pour optimiser les chances de grossesses.

La prise en charge financière de la PMA par les organismes sociaux contribuera à réduire le recours aux « PMA artisanales » ou aux PMA à l'étranger dont les conséquences sanitaires sont de toute façon assumées financièrement par ces mêmes organismes sociaux.
L'accès de la PMA aux femmes célibataires n'ouvrirait pas pour autant la voie à la GPA qui suscite un autre débat d'importance, celui relatif à l'indisponibilité du corps humain.
La situation des enfants vivant en France et conçus par GPA à l'étranger doit toutefois être considérée avec attention, la primauté de leur droit à une filiation stable et sécurisée et au maintien des liens justifiant la transcription du lien de filiation établi à l'étranger.

Sur l'autorité parentale

La diversité des modèles familiaux conduit nécessairement à dissocier la question de la filiation de celle de l'autorité parentale. Le lien de filiation ou parenté suppose une certaine stabilité. La parentalité quant à elle peut être affectée par les aléas de la vie et les choix personnels des co-parents. La co-parentalité n'est plus exclusivement binaire, dans les familles monoparentales comme dans les familles recomposées.

Dans des situations de parents sociaux multiples, un statut particulier en faveur des co-parents (exerçant ou ayant exercé de fait l'autorité parentale à un moment de la vie de l'enfant) à l'égard desquels aucun lien de filiation n'est établi et ne peut être établi, est nécessaire pour permettre, dans l'intérêt de l'enfant, le maintien des liens et la poursuite de l'implication de ce co-parent ou beau-parent, autant que possible, dans les grands choix concernant la vie de l'enfant : droit de visite et d'hébergement spécifique distinct de celui prévu pour les tiers et nouvelles formes de délégation d'autorité parentale.
Cette multiparentalité est susceptible d'engendrer davantage de conflits dans l'exercice de l'autorité parentale mais, outre le fait que l'on ne peut pas concevoir un dispositif de droit uniquement au regard des risques de conflictualité, force est de constater que les enfants d'aujourd'hui souffrent autant, sinon davantage, d'une faiblesse de la co-parentalité après la séparation parentale (un tiers des enfants n'ont plus de lien avec leur père 5 ans après la séparation) que des conflits de parentalité, certes parfois très violents, mais somme toute assez minoritaire au regard de l'ensemble des situations d'enfants de parents séparés.