

Le mariage des couples de personnes de même sexe

Les mairies et les conseils généraux sont les premiers acteurs de l'application de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013, quelle que soit leur opinion sur ce texte.

RÉFÉRENCES

Code civil, art. 34 à 101

Code général des collectivités territoriales (CGCT), art. L.2122-27 à L.2122-34

Code de l'action sociale et des familles (CASF), art. R.225-4

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (JO du 18 mai 2013, p. 8253)

Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 (JO du 18 mai 2013, p. 8281)

Décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 (JO du 28 mai 2013, p. 8733)

Arrêté du 24 mai 2013 modifiant l'arrêté du 29 juillet 2011 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle de livret de famille (JO du 28 mai 2013, p. 8821)

La loi ouvre le mariage et l'adoption aux couples de même sexe (1.). A l'échelle communale, outre l'adaptation nécessaire des actes d'état civil, cette loi met à la charge du maire des obligations dans le cadre de sa mission d'officier d'état civil (2.). Les conseils généraux devront suivre la procédure d'agrément habituelle en matière d'adoption. Ils ne pourront aucunement refuser cet agrément pour des motifs liés à l'orientation sexuelle des demandeurs (3.).

1. Les nouvelles dispositions législatives et réglementaires

Mariage

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvre le mariage aux couples de personnes de même sexe résidant en France. Elle permet la reconnaissance des mariages entre deux personnes de même sexe célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi. Le texte fixe les règles du mariage, en prévoyant notamment que les futurs époux peuvent se marier dans leur commune de résidence ou celle d'un de leurs parents. Lorsqu'un couple homosexuel, dont l'un des membres a la nationalité française, réside dans un pays qui interdit le mariage entre personnes de même sexe, il pourra se marier en France « dans la commune de naissance ou de dernière résidence » de l'un des époux, ou dans celle d'un de leurs parents. A défaut, précise la loi, « le mariage est célébré par l'officier d'état civil de la commune de leur choix » (art. 3).

Adoption

Le législateur ouvre également aux personnes de même sexe mariées la voie de l'adoption, que ce soit l'adoption conjointe d'un enfant par les deux époux ou l'adoption de l'enfant du conjoint.

Nom de famille

La loi et son décret d'application n° 2013-429 du 24 mai 2013 fixent les règles concernant la dévolution du nom de famille. Il est ainsi prévu qu'en cas d'adoption plénière, l'adopté portera le nom choisi d'un commun accord par ses parents. En cas de désaccord, l'un d'eux devra le faire connaître à l'offi-

cier d'état civil par écrit au plus tard le jour de la déclaration. Dans cette hypothèse, les noms (premier nom) de chacun des parents seront accolés selon l'ordre alphabétique.

S'il agit après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'officier devra saisir le procureur de la République afin qu'il ordonne la rectification du nom, et le document contenant le désaccord sera annexé à l'acte de naissance de l'enfant.

À NOTER

Chacun des époux peut désormais porter le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit, ce qui signifie que les hommes peuvent désormais porter le nom de leur femme – ce qui permet de régler le problème du nom de famille pour les couples de même sexe.

2. L'impact de la loi pour les communes

La rédaction des actes d'état civil

Seul l'article 34 a) du Code civil a été modifié : les termes « père et mère » sont remplacés par le terme « parents ».

La loi ne modifie pas l'écriture des actes de naissances dans la mesure où l'article 57 du Code civil relatif à la détermination du contenu de l'acte de naissance et à la mention de l'identité des père et mère, reste inchangé. Cependant, une modification de cet article s'impose dans la mesure où les termes « père et mère » sont encore usités.

S'agissant des actes de naissance des enfants adoptés en la forme plénière, l'article 354 du Code civil n'a pas été modifié. Dans sa décision n° 2013-669 du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel a considéré qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé, ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique. Il conviendra néanmoins d'apporter des précisions quant à la rédaction des actes de naissance des enfants adoptés en la forme plénière.

Un décret et un arrêté

En ce qui concerne l'écriture du livret de famille, un arrêté du 24 mai 2013 du garde des Sceaux, destiné

aux mairies, imprimeurs et éditeurs de logiciels, en a modifié le modèle pour l'adapter à la situation des couples constitués des personnes du même sexe. Le décret n°2013-429 du 24 mai 2013 a remplacé les mots « père et mère » par celui de parent(s) ou époux dans le Code de procédure civile ainsi que dans les décrets traitant des actes d'état civil, du livret de famille et du droit successoral.

Les obligations du maire en tant qu'officier d'état civil

Sous l'autorité du procureur de la République, le maire devra notamment procéder à la célébration des mariages entre personnes de même sexe et leur délivrer les actes d'état civil et livrets de famille. Dans le cas où un maire viendrait à refuser de célébrer le mariage d'un couple homosexuel, il y aurait alors rupture du principe de continuité du service public, principe à valeur constitutionnelle. Un tel refus viendrait bafouer le caractère républicain du mariage, le principe de laïcité, d'égalité de tous devant la loi, du droit au mariage émanant du droit à mener une vie privée normale, et se heurterait à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Dans une telle hypothèse, un maire pourrait être poursuivi pour discrimination sur le fondement de l'article 432-7, 1° du Code pénal prévoyant une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Outre une sanction pénale, un maire pourrait encourir une sanction disciplinaire et ce, conformément à l'article L.2122-16 du Code général des collectivités territoriales. Le maire ne pourra pas non plus invoquer une quelconque clause de conscience pour refuser de procéder à la célébration d'un mariage homosexuel.

Une circulaire doit être adressée dans les prochains jours par la garde des Sceaux aux parquets, pour qu'ils puissent exercer leur contrôle sur les maires et officiers d'état civil.

À NOTER

Le maire pourra cependant, sur le fondement de l'article L.2122-18 du Code général des collectivités territoriales, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions d'officier d'état civil à des adjoints ou à des membres du conseil municipal sans avoir à motiver cette délégation.

3. L'impact de la loi pour les conseils généraux dans la procédure d'adoption

La possibilité pour les couples homosexuels de se marier leur permettra soit d'adopter l'enfant du conjoint, soit de former une demande d'adoption conjointe d'un enfant. L'article 7 de la loi prévoit notamment d'insérer à l'article 345-1 du Code civil,

un 1°bis ainsi rédigé: « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise: (...) 1° Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ». L'article 8 dudit texte ajoute également un alinéa à l'article 360 du même code, rédigé de la manière suivante: « L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple ».

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. Conformément à l'article R.225-4 du Code de l'action sociale et des familles, les conseils généraux devront donc instruire les demandes d'agrément en s'assurant 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.

À NOTER

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 (1). Le président du conseil général doit motiver sa décision de refus par une analyse in concreto des conditions d'accueil de l'enfant (2).

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.

My-Kim Yang-Paya, avocate associée et Celine Marcovici, avocate à la cour, SCP Seban & Associés

(1) CEDH, 22 janvier 2008, EB. c/ France

(2) CE, 9 décembre 1994, req. n° 153390

À SAVOIR

Décret n°2013-429 du 24 mai 2013. Il tire les conséquences de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 qui rend nécessaire l'adaptation de certaines dispositions du Code de procédure civile et de plusieurs décrets (n°62-921, n°74-449, n°2002-1556 et n°2004-1159), afin de prendre en compte l'existence de couples et de parents de même sexe. Le décret prend également en compte les modifications apportées à l'article 311-21 du Code civil, en cas de désaccord entre les parents sur le choix du nom de leur enfant. Il crée la déclaration conjointe de choix de nom souscrite dans le cadre de la procédure d'adoption. Enfin, il procède à la mise à jour de diverses dispositions relatives au droit des personnes et de la famille.