

## Etat civil

# L'impact administratif du « mariage pour tous »

Outre l'adaptation nécessaire des actes d'état civil, la loi du 17 mai 2013 fait peser des obligations sur le maire dans le cadre de sa mission d'officier d'état civil. En matière d'adoption, les conseils généraux devront suivre la procédure d'agrément habituelle.

### LES AUTEURES



**MY-KIM YANG-PAYA,**  
avocate associée



**CÉLINE MARCOVICI,**  
avocate à la cour  
SCP Seban et associés

**A** l'instar des huit autres pays européens (1) qui ont reconnu le mariage homosexuel, la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe a été promulguée le 18 mai 2013. Ainsi, le principe général d'égal traitement des époux ou des parents de même sexe, par rapport à ceux de sexe différent, a été consacré en tête du Code civil qui aura vocation à régir toute la législation, à l'exclusion des dispositions relatives à la filiation biologique. A la différence du pacte civil de solidarité (PACS), le mariage civil apportera aux couples de personnes de même sexe de nouveaux droits. Ils seront désormais héritiers l'un de l'autre. Chaque époux pourra utiliser le nom de son conjoint ou les deux noms accolés. Enfin, les époux pourront effectuer la démarche de l'adoption et assumer ensemble l'autorité parentale. Il ne s'agit pas de réformer l'institution du mariage, mais d'étendre l'application des dispositions aux couples homosexuels. Outre l'égalité voulue par ce texte, et décriée par certains, il n'en demeure pas moins que cette loi a un impact direct sur les collectivités territoriales. Les maires et les conseils généraux seront les premiers acteurs, quelle que soit leur opinion sur le texte.

### 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 naissance 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. En tout état de cause, 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.

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. De même le décret d'application du 24 mai 2013 a substitué 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. Il a noté qu'en cas d'adoption plénière l'adopté portera le nom choisi d'un commun accord par ses parents et, en cas de désaccord, l'un d'eux devra le faire connaître à l'officier d'état civil par écrit au plus tard le jour de la déclaration. Dans cette hypothèse le 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.

Aucune précision n'est donnée quant à l'ordre dans lequel devra figurer le nom des époux alors que précédemment il était d'usage que celui de l'épouse précède celui de l'époux. Il faudra donc qu'ils décident eux-mêmes et en cas de désaccord rien n'a été prévu sauf à ce qu'entre-temps interviennent des circulaires à ce sujet.

### Les obligations du maire

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 (CGCT, art. L.2122-27 à L.2122-34). Les officiers d'état civil agissent sous l'autorité du procureur de la République et sont personnellement responsables des actes d'état civil, même en cas de délégation. Ils ne peuvent se soustraire, ni à la tenue des registres, ni à la délivrance des actes qui leur sont demandés par les usagers que ceux-ci résident ou non dans la commune (C. civ., art. 34 à 101). 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. Selon la loi nouvelle, le maire devra également délivrer un livret de famille

aux couples mariés de même sexe. D'autre part, il résulte des dispositions précitées qu'il incombe au maire d'organiser le service public de la manière la plus appropriée en tenant compte des évolutions législatives. En cas de fautes ou de négligences commises dans l'exercice des fonctions d'officier d'état civil, la responsabilité de l'Etat ou de la commune est également engagée sauf en cas de faute personnelle détachable du service.

### Les conséquences du refus du maire

Dans le cas où un maire, officier d'état civil, venait à refuser de célébrer un mariage d'un couple de personnes de même sexe, 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. Il se heurterait en outre à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Si une telle situation devait se produire, le couple concerné pourrait saisir le préfet de son département, qui demanderait alors au maire de procéder à l'union, au nom de la loi. En effet, un maire ne peut refuser de célébrer un mariage que si les conditions prévues par la loi ne sont pas remplies (C. civ. art. 144 et s.). Plus particulièrement, 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 et ce, conformément à l'article 175-2 du Code civil. Ainsi, le maire saisit le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer une absence de consentement libre des époux. Depuis l'entrée en vigueur de la loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels, les nouvelles conditions requises pour contracter mariage ne comprennent plus la différence de sexe édictée à l'article 144 du Code civil. La loi adoptée prévoit un article 143 du Code civil ainsi rédigé : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Ainsi, les autres conditions requises seront conservées telle que la majorité, l'existence d'un consentement libre et éclairé ainsi que toutes celles prévues expressément par le chapitre I du Code civil intitulé : « Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ».

#### ● Mise en cause de la responsabilité pénale du maire

En cas de refus manifeste du maire de procéder à l'union civile d'un couple homosexuel, celui-ci pourra être poursuivi pour discrimination sur le fondement de l'article 432-7, 1<sup>o</sup> du Code pénal qui dispose que « La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1<sup>o</sup> A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ».

A cet égard, rappelons l'arrêt rendu le 1<sup>er</sup> septembre 2011 par la cour d'appel de Papeete (2) confirmant la condam-

nation d'un maire des chefs de prise de mesures destinées à faire échec à la loi par personne dépositaire de l'autorité publique et de discrimination aggravée, pour avoir refusé de célébrer le mariage d'un couple au motif que l'épouse serait transsexuelle. En l'espèce, le jour de la célébration du mariage, le maire refusait d'y procéder en se prévalant de ses convictions religieuses et de la circonstance que l'état civil « initial » de la mariée faisait état de son genre masculin. Au terme de cet arrêt, la cour d'appel a affirmé que « le maire ne peut refuser, sous peine d'arbitraire, d'accomplir un acte de son ministère que pour des motifs légaux » de sorte qu'il « ne peut refuser de célébrer le mariage que si les futurs conjoints ne remplissent pas les conditions légales ». Ainsi, le maire ne peut échapper à cette responsabilité pénale en se « parant des avis des autorités religieuses qui, pour être respectables qu'ils soient, sont étrangers à l'application du droit positif, qui fixe les règles sociales applicables à l'ensemble de la nation ». A l'égard du couple candidat au mariage, le maire ne doit prendre en considération ni leur orientation sexuelle ni leur sexe d'origine.

#### ● Sanctions disciplinaires encourues

L'obligation essentielle pesant sur l'exécutif communal est de procéder au mariage. 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. A titre d'exemple, le maire de Bègles avait 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 de 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 par le tribunal administratif de Bordeaux (3) 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 ».

Par ailleurs, aucune clause de conscience n'a été prévue par la loi du 23 avril 2013 pour les maires. Lors des débats à l'Assemblée nationale précédant l'adoption du texte en première lecture, plusieurs séries d'amendements, tous relatifs à l'instauration de « la clause de conscience » pour les maires opposés à la célébration d'un mariage de personnes de même sexe, ainsi qu'à la possibilité subséquente pour un officier d'état civil de refuser de célébrer sur ce fondement un tel mariage (4), ont été rejetés alors même que François Hollande avait déclaré, le 20 novembre 2012, lors du Congrès des maires, que ces derniers « auront, si la loi est votée, à la faire appliquer ». Mais, avait-il ajouté, « la loi s'applique pour tous dans le respect de la liberté de conscience », en précisant que « les possibilités de délégations existent et peuvent être élargies » (5). Ainsi, le maire ne pourra invoquer une quelconque clause de conscience pour refuser de procéder à la célébration d'un mariage homosexuel. Il n'en de- (•••)

### RÉFÉRENCES

- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO du 18 mai 2013.
- 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.
- Arrêté du 24 mai 2013 fixant le modèle de livret de famille, JO du 29 mai 2013.
- Code civil (C. civ.), 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.

### DÉCISION

Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, (loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe), JO du 18 mai 2013.

meure pas moins qu'il pourra, sur le fondement de l'article L.2122-18 du CGCT, 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.

### Le rôle des conseils généraux dans la procédure d'adoption

La législation du mariage entre personnes de même sexe va s'accompagner de la reconnaissance de leur droit à l'adoption où le conseil général joue un rôle prépondérant. Le mariage leur permettra, en effet, soit d'adopter l'enfant du conjoint, soit de former une demande d'adoption.

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».

D'autre part, 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. Comme c'est déjà le cas pour les demandes formulées par les personnes célibataires homosexuelles, les conseils généraux

### À NOTER

**Aucune clause de conscience n'a été prévue par la loi du 23 avril 2013 pour les maires.**

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 (6). Le président du conseil général doit motiver sa décision de refus par une analyse in concreto des conditions d'accueil de l'enfant (7). 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.

D'autre part, lors de la saisine du Conseil constitutionnel intervenue le 23 avril 2013 (8) pour contrôler la conformité de ce texte, les opposants ont fait valoir que les nouvelles règles de l'adoption simple violeraient plusieurs principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, à sa-

voir, le droit au respect de la vie privée et familiale, l'obligation pour le législateur d'assurer à l'individu les conditions nécessaires à son développement ainsi que le principe de la dignité de la personne et le principe de l'égalité.

Quant à la question de l'adoption plénière, les requérants allèguent qu'elle entraînera la rupture de tout lien juridique avec les parents biologiques et aboutira ainsi à établir un nouvel acte de naissance en supprimant l'ancien. Ils ajoutent que les enfants de couples homosexuels disposeront donc d'un état civil les faisant apparaître comme «né de» deux personnes de même sexe (9). Selon les sénateurs et les députés de l'opposition, cette situation pourrait apparaître contraire au droit de la filiation dans la mesure où «la loi interdit ainsi d'établir une double filiation paternelle ou maternelle qui ferait obstruction à l'autre branche». D'ailleurs, l'article 310 du Code civil disposant que «Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux» n'a pas été modifié par la loi non encore promulguée. Les mots «père et mère» sont encore inscrits dans cet article alors même que le chapitre IV dudit texte prévoit des dispositions de coordination destinées à remplacer notamment les termes «père et mère» par «parents».

La loi du 18 mai 2013 reste à ce jour incomplète, tous les codes et lois non codifiées comportant encore les termes de «père et mère» ne sont pas retouchés. Mais en validant le 17 mai 2013 la loi qui étend aux couples du même sexe le mariage et, par voie de conséquence, l'adoption, le Conseil constitutionnel rappelle notamment qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation, et qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé: seul prime l'intérêt de l'enfant.

(1) Dont six de l'Union européenne.

(2) CA Papeete 1<sup>er</sup> sept. 2011, n°292-133.

(3) TA Bordeaux 9 juill. 2004, n°042303, N. Mamère c/ Min. Int, sécurité intérieure et libertés locales.

(4) Cette clause de conscience avait fait l'objet d'un amendement CL 135 écarté en commission des lois de l'Assemblée le 16 janvier 2013.

(5) «La Semaine juridique administrations et collectivités territoriales», n°47, 26 novembre 2012, act. 819.

(6) CEDH 22 janv. 2008, EB. c/ France.

(7) CE 9 déc. 1994, req n°153390.

(8) Cons. const., 23 avr. 2013, saisine n°2013-669 DC.

(9) Cette mention a déjà fait jurisprudence (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, pourvoi n°11-30261).

### À RETENIR

➤ **Refus.** Le maire ne peut refuser, sous peine de poursuites pénales ou de sanctions disciplinaires, de célébrer le mariage d'un couple de même sexe, puisque le Code civil dispose désormais que «le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe».