

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

LE DÉFENSEUR
DES DROITS



Avis du Défenseur des droits n° 12-04

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 13 décembre 2012,

par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

Le Défenseur des droits a émis l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Inscrite dans la Constitution, l'institution du Défenseur des droits est chargée par la loi organique de quatre missions :

- les relations entre les citoyens et les services publics,
- la déontologie de la sécurité,
- la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité,
- et la défense de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant.

Deux de ces missions sont pleinement concernées par le projet de loi que vous examinez : d'une part la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité, d'autre part la défense de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant.

C'est donc dans le champ de ces deux domaines de compétence que je vais vous présenter les réflexions de notre institution. Ces réflexions procèdent, conformément à la loi organique du 19 mars 2011, de la consultation pour « *une question nouvelle* » des membres du collège chargé de la lutte contre les discriminations, ainsi que du collège chargé de la défense et de la promotion des droits de l'enfant. Soit 14 personnalités qualifiées que j'ai entendues avec mes adjointes, de même que différentes institutions ou associations concernées par ce projet.

Je vous présenterai notre analyse :

- dans un premier temps, sous l'angle de la lutte contre les discriminations ;
- dans un second temps, sous l'angle de la défense et de la promotion des droits de l'enfant.

L'institution du Défenseur des droits, à l'instar de la Halde précédemment, a constaté à travers les réclamations reçues que l'impossibilité pour les couples de même sexe d'accéder au mariage était génératrice d'inégalités.

Pour autant, les plus hautes juridictions – Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Cour européenne des droits de l'homme – n'ont pas jugé que cette impossibilité constituait une discrimination.

La Cour de cassation, en 2007, a jugé dans l'affaire dite du « mariage de Bègles » que « la situation présente ne constituait pas une discrimination », ajoutant que « seule l'adoption d'une loi nouvelle pourrait faire changer l'état du droit en vigueur. »

Le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC a conclu en 2011 que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe n'était pas inconstitutionnelle et que son autorisation éventuelle relevait de la seule appréciation du législateur.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la Convention européenne « ne fait pas l'obligation aux Etats de reconnaître le droit aux personnes homosexuelles de se marier ». La Cour renvoie au législateur national toute décision sur cette question.

C'est également la position de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, entrée en vigueur en 2009 et qui prévoit que « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. » Ce texte renvoie lui aussi la responsabilité au législateur quant à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

Toutefois, si cette interdiction n'a pas été jugée discriminatoire par les hautes juridictions, la Halde puis le Défenseur des droits ont pu constater qu'elle produisait des inégalités que l'on peut qualifier de discriminations indirectes. Les couples de même sexe sont en effet placés dans une situation d'inégalité puisqu'ils n'ont d'autre choix pour organiser une vie commune que le recours au Pacs, dans l'étroite limite des droits ouverts par cette convention.

Parmi ces inégalités dans les droits sociaux et patrimoniaux, j'évoquerai notamment l'impossibilité pour des partenaires unis par un Pacs d'accéder au droit des pensions de réversion. Ce versement est réservé au seul conjoint marié survivant. Cette situation a fait l'objet de nombreuses réclamations auprès de la Halde et du Défenseur des droits qui ont considéré que ce refus de versement constituait une discrimination en raison de l'orientation sexuelle. En vue d'y mettre fin, j'avais proposé, en octobre 2011, une réforme permettant le versement de ces pensions de

réversion. Le gouvernement n'avait pas retenu cette proposition en raison, m'avait-on répondu, de considérations budgétaires. A cet égard, on constate que l'étude d'impact qui accompagne le projet de loi n'a pas examiné cette question budgétaire. Elle indique seulement que l'impact financier de ces mesures doit être évalué.

La deuxième catégorie de réclamations résultant de l'inégalité des situations entre couples mariés et couples de personnes homosexuelles pacsées tenait à la question de la titularité du bail. En effet, en cas de séparation de deux personnes liées par un Pacs, le partenaire non signataire du bail se trouve dans l'obligation de quitter le logement lorsque son partenaire met fin au bail. Il ne dispose d'aucun droit alors qu'il reste solidaire des dépenses relatives à ce logement. La Halde, puis le Défenseur des droits ont souligné le caractère discriminatoire de cette situation sur la base de l'orientation sexuelle et de la situation de famille, et proposé un alignement du droit à la co-titularité du bail entre partenaires du Pacs et époux mariés. Sur ce point, parmi d'autres, le projet met fin à cette situation d'inégalité.

La troisième catégorie de réclamations fréquemment traitées par notre institution concerne l'octroi de congés pour événement familiaux liés à la parentalité. Là encore les différences de traitement entre partenaires liés par un Pacs et personnes mariées constituaient une discrimination sur l'octroi de congés pour la célébration de l'union, réservé aux seuls cas de mariage, l'octroi de congés liés à la parentalité, non accessible au parent social lié par un Pacs au parent biologique de l'enfant. Sur ce point, le gouvernement et le parlement ont procédé à un alignement des droits par un amendement inscrit au projet de loi et de financement de la Sécurité sociale pour 2013. Cet amendement prévoit l'octroi de 11 jours de congés parentaux pour les personnes vivant maritalement avec la mère, indépendamment de leur lien de filiation avec l'enfant.

Sur ces questions, et sur d'autres dont nous sommes fréquemment saisis, le projet met fin à des situations d'inégalités ou de discriminations indirectes en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Cette décision qui appartient pleinement au législateur a déjà été prise par 7 Etats sur les 27 que compte l'Union européenne.

J'en viens maintenant à l'examen du projet à la lumière de la mission de défense et de promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant. C'est une obligation légale qui est précisée dans l'article 4 de la loi organique portant création du défenseur des droits : « *le défenseur des droits est chargé [...] de défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France* ».

En abordant la question sous cet angle, il convient donc de préciser que notre pays se trouve dans ce domaine lié par un engagement international : la Convention internationale des droits de l'enfant. La France l'a signée et ratifiée en 1990. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU a chargé, hier la Défenseure des enfants, aujourd'hui le Défenseur des droits, de « veiller à ce que les conséquences des lois pour les enfants soient soigneusement prises en considération du stade de leur élaboration à celui de leur mise en œuvre ».

L'Intérêt supérieur de l'enfant est une notion juridique introduite par la Convention internationale qui précise : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Ce principe figure explicitement dans la loi organique du 29 mars 2011 consacrée au Défenseur des droits.

Contrairement à la question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, qui relève de la seule responsabilité du gouvernement et du parlement, la question des enfants, de l'adoption et de la filiation, doit s'inscrire dans le cadre des obligations internationales souscrites par la France.

La procédure suivie pour l'élaboration du projet de loi qui vous est soumis présente à cet égard une évidente lacune. En effet, l'étude d'impact qui accompagne le projet ignore totalement la Convention internationale des droits de l'enfant. Pas une page, pas une ligne ne lui est consacrée.

C'est évidemment contraire à la « considération primordiale » que doit constituer l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent, qu'elles soient le fait d'autorités administratives ou d'organes législatifs.

Le 14 novembre dernier, j'ai attiré l'attention de Madame la garde des Sceaux sur ce point en lui recommandant de faire procéder à une étude d'impact complémentaire.

Je tiens à préciser que cette réserve ne suggère en rien une incompatibilité entre le projet de loi et la convention. On peut observer d'ailleurs que les Etats, notamment européens, qui ont ouvert le mariage aux couples de même sexe, sont également

signataires de ladite Convention. La réserve que je formule porte sur la méthode d'élaboration du projet de loi. La Convention exige, dès lors que l'intérêt et les droits de l'enfant sont en cause, que l'on parte de l'analyse de ces droits et de l'appréciation de cet intérêt de façon à retenir les meilleurs choix juridiques possibles.

Or, c'est la démarche inverse qui a été suivie puisque la question des enfants n'est traitée que par voie de conséquence.

L'exposé des motifs le dit clairement : « le présent projet de loi ouvre le droit au mariage de personnes de même sexe et, par voie de conséquence, l'accès à la parenté à ces couples, via le mécanisme de l'adoption. »

Cette démarche fait surgir de nombreuses interrogations et laisse dans l'ombre bien des points qui seront dans l'avenir autant de facteurs d'incertitude.

A l'évidence, il est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de donner à ceux qui sont élevés par un couple de même sexe un cadre familial plus sécurisé juridiquement. Combien sont-ils ? Les chiffres varient de 1 à 10 selon les estimations : 14 à 40.000 enfants indique l'INED, 200 à 300.000 selon les associations de parents homosexuels. Quoi qu'il en soit de nombreux enfants grandissent dans une situation familiale juridiquement précaire. Le fait que le couple qui les élève puisse se marier est évidemment conforme à l'intérêt de ces enfants.

Pour autant, le projet laisse bien des questions dans l'ombre dans le domaine de l'adoption comme dans celui de la filiation.

Sur l'adoption, le Conseil supérieur de l'adoption, dans son avis du 23 octobre dernier, « 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, dans le cas d'adoption. »

En effet les textes en vigueur indiquent qu'« 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.»

Le Conseil général doit donc procéder à des investigations comportant notamment une évaluation sociale et psychologique. Le parcours de l'adoption est souvent vécu par les adoptants comme un parcours du combattant, long et intrusif, au nom justement de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Or, qu'il s'agisse des services de l'aide sociale à l'enfance en charge de la délivrance des agréments à l'adoption ou qu'il s'agisse du juge chargé, lui, de la consécration juridique de l'adoption, sur quelle base devront-ils fonder leur appréciation ?

Peut-on renvoyer cette question aux pratiques très diverses et parfois contradictoires des Conseils généraux et de leurs Conseils de famille ? Qui exercera l'arbitrage entre intérêt supérieur de l'enfant et lutte contre les discriminations ? C'est la question posée par le Conseil supérieur de l'adoption, dont la présidente, Madame Chapdelaine, est d'ailleurs membre de votre commission.

La réponse ne peut pas être renvoyée à une simple modification des référentiels techniques édictés par voie réglementaire.

Cette question passée sous silence conditionne la mise en œuvre effective d'un droit ouvert par le projet, mais qui pourrait demeurer purement virtuel dans un contexte où le nombre d'enfants adoptables en France et à l'international est de plus en plus restreint.

Concernant la filiation maintenant, la présomption de paternité ne pouvant pas s'appliquer aux couples de même sexe, quelle place faut-il réserver au tiers, c'est-à-dire au parent biologique, qu'il soit connu ou anonyme ?

Qu'est-il prévu en matière d'état civil ? Les actes de naissance et les livrets de famille seront-ils les mêmes pour tous les enfants ou bien feront-ils, selon les cas, l'objet d'aménagements particuliers ?

Dans le cas d'une adoption plénière, le seul acte d'état civil dont disposera l'enfant établira qu'il est juridiquement né de deux personnes de même sexe, quelle sera l'incidence de ces situations à venir pour les enfants qui voudront accéder à leur origine personnelle ?

Quelle sera la situation juridique des enfants conçus et éventuellement nés à l'étranger par PMA ou GPA, c'est-à-dire dans des conditions que n'autorise pas à ce jour la loi de notre pays ? Ce n'est pas une question théorique. Il s'agit de situations réelles auxquelles la justice et notre institution se voient confrontées et qui vont probablement se multiplier.

En effet, l'ouverture du mariage et du droit à l'adoption pour les couples de même sexe va se heurter à la rareté des enfants adoptables. Cette situation incitera ces couples à avoir recours à des méthodes de procréation interdites en France mais accessibles à l'étranger, notamment dans des pays voisins. Voire à recourir aux dispositions de la loi sur l'accouchement sous X autorisé en France et qui peut donner lieu à une gestation pour autrui qui ne dirait pas son nom.

Quels seront les droits de ces enfants nés dans ces conditions ? Comment seront effectuées les transcriptions d'état civil ? Comment seront traitées les déclarations de naissance par les officiers d'état civil ?

Pour les mariages entre personnes dont l'une ou bien les deux sont de nationalité étrangère, ressortissant d'un pays qui interdit le mariage, voire qui criminalise les

relations entre personnes de même sexe, que se passera-t-il pour les enfants au regard de ces pays dont les parents ont la nationalité ?

Dans beaucoup de domaines les questionnements se multiplient.

Comment se fait-il qu'un texte d'une telle ambition et d'une telle portée juridique laisse autant de questions en suspens ? La raison, me semble-t-il, tient à la méthode d'élaboration du projet.

Le gouvernement aurait pu – aurait dû, suis-je tenté de dire – soumettre à votre délibération et à vos suffrages une loi plus approfondie et par conséquent plus précise. En prenant la peine de rédiger chacun des articles de chaque code concerné, de façon à régler clairement chacune des situations multiples dans lesquelles ces enfants vont se retrouver.

Cette option pouvait s'inscrire pleinement dans ce qu'affirmait en janvier 2011 le Conseil Constitutionnel « *la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille* ».

On aurait pu procéder à ce travail de construction de droits nouveaux pour les couples de même sexe désireux de se marier et d'élever des enfants en introduisant des dispositions législatives nouvelles et appropriées à ces situations et à l'intérêt de ces enfants. On aurait ainsi apporté des réponses claires aux interrogations des familles homoparentales qui vont pouvoir accéder au mariage, à l'adoption et à la filiation.

Certes, les enfants élevés par un couple homosexuel vont trouver un cadre juridique préférable à la situation actuelle mais très incertain au regard des attentes de leurs parents qui appellent plus de clarté.

On aurait aussi évité que l'accès à des droits nouveaux pour les couples homosexuels et leurs enfants se traduise par une modification générale du droit de toutes les familles et de tous les enfants, ouvrant là aussi des incertitudes nouvelles. Plus d'une centaine d'articles de 12 codes différents sont modifiés pour introduire le mot « parent » en lieu et place de « père » et « mère ». Or ce n'est pas un simple changement sémantique. Il en résultera des incertitudes juridiques, notamment dans le domaine successoral et dans celui de l'obligation alimentaire.

Bien que les situations conjugales et parentales de tous les époux, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent, ne soient pas en tous points identiques, le projet s'efforce de les confondre en les traitants dans les mêmes articles et dans les mêmes termes.

De cette confusion résultent de nombreuses incertitudes juridiques préjudiciables aux enfants. A tous les enfants.

Pour conclure, j'exprime le souhait que vous réussissiez, grâce au travail législatif que votre commission va engager, à dissiper ces incertitudes afin que la future loi apporte toute la clarté nécessaire, dans l'intérêt des familles et principalement des enfants.