

N° 6172A

PROJET DE LOI portant

- a) réforme du Titre II.- du Livre I^{er} du Code civil "Des actes de l'état civil" et modifiant les articles 34, 47, 57, 63, 70, 71, 73, 75, 76, 79, 79-1 et 95;
- b) réforme du Titre V.- du Livre I^{er} du Code civil "Du mariage", rétablissant l'article 143, modifiant les articles 144, 145, 147, 148, 161 à 164, 165 à 171, 173 à 175, 176, 177, 179, 180 à 192, 194 à 199, 201, 202, 203 à 206, 212 à 224, 226, 227, introduisant les articles 146-1, 146-2, 175-1, 175-2 nouveaux et abrogeant les articles 149 à 154, 158 à 160bis, 178, le Chapitre VIII et l'article 228;
- c) modification des articles 295, 351, 379, 380, 383, 390, 412, 496 alinéa 1^{er}, 509-1, alinéa 2, 730, 737, 791, 847 à 849, 852 alinéa 3, 980, alinéa 2, 1405, 1409 et 1676, alinéa 2 et abrogation des articles 296, 297 et 1595 du Code civil;
- d) modification de l'article 66 du Code de commerce;
- e) modification des articles 265 alinéa 1^{er}, 278 et 521 du Nouveau Code de procédure civile;
- f) introduction d'un Titre VI.bis nouveau dans la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile;
- g) introduction d'un Chapitre VII.-I nouveau au Titre VII du Livre I^{er} du Code pénal;
- h) abrogation de la loi du 23 avril 1827 concernant la dispense des prohibitions du mariage prévues par les articles 162 à 164 du Code civil; et
- i) abrogation de la loi du 19 décembre 1972 portant introduction d'un examen médical avant mariage

Résumé

I. Remarques préliminaires

La décision de la Commission juridique de scinder le projet de loi n°6172 en deux est entérinée en date du 16 mai 2012. Dans le cadre des amendements adoptés le même jour, la commission propose de n'aborder que le seul volet relatif à la réforme du mariage dans le cadre d'un projet de loi n°6172A. Cette réforme du mariage ne doit toutefois pas se limiter à ouvrir le mariage aux couples de même sexe, mais vise une réforme globale du Titre V. du Livre 1^{er} du Code civil, intitulé «Du mariage» en intégrant les dispositions modificatives et abrogatoires contenues dans les projets de loi n°5908 et n°5914. Y figurent également les modifications proposées sous l'article I^{er}, point 1) du projet de loi n°6039. Il est par ailleurs retenu de continuer l'examen du volet se rapportant à la réforme de l'adoption dans un projet de loi n°6172B. La commission juridique propose cependant d'inclure les modifications d'ordre terminologique nécessaires en vue de la réforme de la filiation à réaliser dans le cadre du projet de loi n°6172B.

Dans ce même contexte, il est retenu de regrouper les projets de loi n°5908¹, n°5914² et n°6172A dans un même projet de loi, y compris les modifications ponctuelles proposées

¹ A travers le dépôt dudit projet, le gouvernement souhaitait activement lutter contre les mariages dits «simulés» qui d'après l'exposé des motifs constitueraient un phénomène régulier. (Projet de loi n°5908, exposé des motifs, p.6)

dans le cadre d'une relecture proposée du Titre II «*Des actes de l'état civil*» du Livre 1^{er} du Code Civil. C'est dans cet ordre d'idées que certaines modifications incluses dans le projet de loi n°6039³ sont intégrées dans le projet de loi n°6172A.

A la suite du premier avis du Conseil d'Etat, la commission juridique réitère sa volonté d'instruire les deux projets de loi n°6172A et n°6172B séparément. Elle regrette que l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi n°6172B ne soit pas encore disponible et indique vouloir tenir compte de l'approche fondamentale adoptée par le gouvernement en ce qui concerne l'exclusion de l'adoption plénière dans le chef des conjoints de même sexe, ce à quoi s'est opposé le Conseil d'Etat.

II. Les principales réformes contenues dans le projet de loi n°6172A

1. De l'ouverture du mariage aux couples de même sexe

1.1. La première étape de reconnaissance et de protection des communautés de vie entre couples de même sexe

Le Luxembourg a en 2004 décidé d'accorder aux personnes vivant ensemble sans être mariées le droit d'officialiser leur communauté de vie à travers l'introduction en droit luxembourgeois du partenariat. Il suivait pour ainsi dire un mouvement de reconnaissance et de protection des communautés de vie qui s'observait dans d'autres pays de l'Union européenne. Selon certains, l'«*introduction des nouveaux statuts a été une première occasion pour étudier la place faite à l'homosexualité en Europe occidentale.*»⁴

Le Luxembourg n'était à ce moment ni précurseur, ni retardataire en la matière.⁵

Or, la consécration du partenariat en droit luxembourgeois a amené le tribunal administratif dans un jugement du 3 octobre 2005 d'arriver à la conclusion suivante en matière de droit de séjour du conjoint, de nationalité malgache, d'un ressortissant belge, établi au Luxembourg:

«Dans la mesure où le Grand-Duché de Luxembourg a, par la loi précitée du 9 juillet 2004, décidé de reconnaître et de protéger juridiquement les communautés de vie de personnes autres que le mariage en permettant à des couples de sexe différent ou de même sexe de faire une déclaration de partenariat, il ne saurait refuser le séjour au conjoint d'un ressortissant belge, établi au Luxembourg et ayant des attaches personnelles, professionnelles et sociales étroites au pays pour y séjourner et travailler depuis une dizaine d'années, fussent-ils de même sexe, sous peine de se contredire soi-même et de porter atteinte de façon disproportionnée et injustifiée au droit du demandeur au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'article 8 [de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales].»^{6,7}

² Ce projet vise à tenir compte de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, approuvée par une loi du 15 décembre 1988, et ceci notamment dans le domaine du mariage.

³ Ce texte en projet propose entre autres des adaptations à l'état civil, y compris aux mentions à inscrire sur l'acte de mariage.

⁴ Maks Banens, « Mariage et partenariat de même sexe en Europe – Vingt ans d'expérience », in Politiques sociales et familiales, Comparaisons internationales, n°99, mars 2010, p. 73

⁵ Selon Maks Banens, le Luxembourg faisait alors partie de la deuxième vague.

⁶ TA, 3 octobre 2005, N° 19509 du rôle

⁷ Reflets – Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire, N°1/2006, p. 23 : les auteurs de cette publication qualifient le jugement d'expéditif et le rapprochent d'une décision du *Verwaltungsgericht* du 9 septembre 2004 qui aboutit au résultat opposé.

Dans son jugement, le tribunal administratif n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Il n'appartient en effet pas au juge d'interpeller le législateur sur des points de politique juridique.

Le tribunal administratif ne fait rien d'autre que pointer du doigt des évolutions qui se font à l'étranger et auxquelles le Luxembourg ne saurait se soustraire, d'autant plus qu'un premier pas dans cette direction a été franchi.

1.2. Les récentes évolutions dans les autres pays de l'Union européenne

Il est intéressant de noter d'emblée que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose dans son article 9 :

«Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.»

A la différence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui réserve le droit de se marier et de fonder une famille à l'homme et la femme à partir de l'âge nubile, la Charte ne pose pas de telles conditions de sexe. Ce faisant, elle rend compte d'une réalité déjà consacrée dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne, d'autres étant en train de se diriger dans une direction similaire.

L'analyse de la cartographie des pays d'Europe occidentale ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe nous permet de dresser le tableau⁸ suivant:

- 10 pays européens reconnaissent le mariage homosexuel. Il s'agit des Pays-Bas (2001), de la Belgique (2003), de l'Espagne (2005), de la Suède (2009), de la Norvège (2009), du Portugal (2010), de l'Islande (2010), du Danemark (2012), de la France et de la Grande Bretagne (2013).
- 9 pays européens reconnaissent une forme d'union civile aux couples de même sexe : l'Allemagne (2001), la Finlande (2002), le Luxembourg (2004), la Slovénie (2006), la République tchèque (2006), la Hongrie (2009), l'Irlande (2010), l'Autriche (2010) et la Croatie (2010).

En d'autres termes, non seulement les pays scandinaves, à l'exception de la Finlande, mais de plus en plus de pays limitrophes du Grand-Duché permettent aux couples de personnes de même sexe de contracter mariage.

1.3. L'introduction du mariage homosexuel en droit luxembourgeois

1.3.1. L'initiative gouvernementale

A l'occasion de la déclaration de M. Jean-Claude Juncker, Premier Ministre, Ministre d'Etat, concernant le programme gouvernemental⁹ du 29 juillet 2009, ce dernier se prononce comme suit au sujet du mariage homosexuel:

«[D]Politik huet och d'Flicht, sech iwwert dat Wirtschaftlecht, Finanziellt a Soziaalt eraus mat deene Liewensfroen ze beschäftegen, déi d'Leit am Land ëmdreiwen. Si muss vun Zäit zu

⁸ <http://www.touteleurope.eu/actualite/le-mariage-homosexuel-en-europe.html>

⁹ Programme gouvernemental 2009, p. 108: Le Gouvernement entend ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Le Code civil disposera que «deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage».

Zäit der Gesellschaft d'Temperatur huelen. Si muss spieren, wéini ronderëm bestëmmte gesellschaftspolitesch Froe genuch Konsenselementer erugeräift sinn, déi hir et erlaben, fir kënne behäert ze légiféieren. Wa se e Konsens feststellt, deen um Wuessen ass, ouni schonn integral ze sinn, muss se kënnen den integrale Konsens, deen et jo eigentlech ni wäert ginn, antizipéieren. Och wann net jiddwereen oder nach net jiddweree sech deem Quasikonsens kann uschléissen. Mä d'Politik muss mat der Gesellschaft harmonéieren. Si dierf hir net ëmmer nëmmen nolafen.

Dofir féiere mer d'Bestietnis fir Homosexueller an. Gläichgeschlechtlech Partner solle sech kënne bestueden. Gléck léisst sech net exklusiv iwwer classesch Strukturen an Ariichtungen definéieren. Et bestëmmt sech aus sech selwer eraus. Och dowéinst solle mer de gläichgeschlechtliche Partner e Recht ginn, d'Kanner vun hirem Partner ze adoptéieren. Et gëtt kee Recht op d'Kand. Et gëtt wuel awer Rechter vum Kand. Déi Léisung, déi mer virschloen, respektéiert genau dës Rechter.»

Ces considérations ont d'ailleurs motivé les auteurs du projet de loi initial d'indiquer que:

«Cette institution [i.e. le mariage] évolue dans la même mesure que notre société évolue. Cette évolution s'observe surtout dans les pays occidentaux comme la conséquence d'une volonté de garantir une cohabitation démocratique conforme à un ordre économique, juridique et social juste et d'établir une société avancée, ouverte à l'égalité de traitement et de chances des individus et des groupes.»¹⁰

Et plus loin:

«La vie de famille présente aujourd'hui d'autres facettes qu'il y a trente ans et les réformes entamées en sont une démonstration continue. [...] Le partenariat enregistré a constitué une première étape dans la reconnaissance des couples de même sexe en leur permettant d'officialiser leur union, leur engagement l'un envers l'autre et d'obtenir de ce fait l'accès à certains régimes légaux.»¹¹

Ou encore:

«L'ouverture du mariage aux couples de même sexe répond à une demande sociale qui fait partie d'un mouvement de renforcement du principe d'égalité, dont la mise en œuvre passe à la fois par la lutte contre les discriminations, le renforcement des droits existants et la création de nouveaux droits.»¹²

1.3.2. Consensus au sein de la Commission juridique

Dans le cadre de l'instruction du projet de loi n°6172 dans sa version initiale, il appert qu'il existe un consensus au sein des groupes et sensibilités politiques représentés au sein de la commission juridique quant à l'accès des unions de même sexe au mariage.¹³

1.3.3. Points de vue partagés du Conseil d'Etat

Avis du Conseil d'Etat

¹⁰ Projet de loi n°6172, exposé des motifs, p. 15

¹¹ Idem, p. 16

¹² Idem, p. 16

¹³ A noter que le représentant de la sensibilité politique ADR déclare donner son accord personnel à ce sujet. (cf. Procès-verbal de la réunion de la commission juridique du 11 janvier 2012, p. 6)

Il ressort de l'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 2012 qu'il est conscient de la tâche qui lui incombe face à ce projet de loi. Ainsi, il rappelle qu'«*il est du devoir du Conseil d'Etat d'analyser chaque projet de loi soumis à son avis avec toute la rigueur juridique et l'acuité intellectuelle requises, en faisant abstraction de considérations politiciennes ou trop contingentes. Cela est encore plus vrai pour des projets de loi ayant un impact haut en conséquences sur la vie quotidienne d'un nombre potentiellement considérable de citoyens, voire sur les orientations sociologiques de notre collectivité. Dans cette tâche exigeante, le Conseil d'Etat se doit de respecter la neutralité, l'objectivité, les intérêts justifiés de toutes les parties en cause, tout en établissant un équilibre entre le rôle régulateur que joue le droit dans une société, et sa fonction de donner à chaque individu une sphère de protection favorisant son épanouissement personnel, voire son bonheur. Un projet du genre de celui sous avis pose des défis particulièrement élevés sous cet angle de vue, alors qu'il s'agit de trouver un juste équilibre entre les intérêts légitimes de la société en tant que telle, et de personnes adultes de même sexe souhaitant se marier.*»¹⁴

La Haute Corporation estime que «*le volet du texte sous avis ayant trait au mariage homosexuel apporte sans doute la réforme la plus fondamentale au mariage depuis son instauration en 1804 en tant qu'institution de droit civil.*»¹⁵

Après avoir dressé l'historique du mariage, le Conseil d'Etat constate que «*dans la conception du mariage la plus universellement reconnue à l'heure actuelle, [...] l'altérité des sexes n'est pas une condition nécessaire au mariage, que le mariage non religieux est une invention très récente, et que les raisons pour se marier valablement reconnues, tant en religion qu'au civil, sont si multiples et variées que la conclusion de la diversité de sexe entre partenaires n'est pas un élément nécessaire et péremptoire pour une union juridique labellisée « mariage ».*»¹⁶

Elle relève ensuite que «*si le droit civil a sans doute un rôle stabilisateur et modérateur dans les sociétés, et se caractérise par conséquent nécessairement par certains traits conservateurs plutôt qu'avant-gardistes ou précurseurs, il faut cependant veiller à ce qu'il ne s'installe pas un déphasage entre la réalité sociologique, sociale et humaine d'une société et les normes civiles appelées à les régir.*»¹⁷

Tout en rappelant les principes devant guider le législateur, le Conseil d'Etat ne se prononce pas *expressis verbis* en faveur de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Dans son commentaire de l'article ménageant cette ouverture, il se limite à indiquer que «*ces modifications n'appellent pas d'observation du Conseil d'Etat.*»¹⁸

Avis séparé du Conseil d'Etat¹⁹

Dans un avis séparé, il est relevé que «*le principe de précaution, si haut en cours en d'autres domaines, exige qu'au préalable de toute initiative du législateur, une mûre réflexion*

¹⁴ Projet de loi n°6172A², Avis du Conseil d'Etat, p. 6

¹⁵ Idem, p. 3

¹⁶ Idem, p. 5

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Projet de loi n°6172A², Avis du Conseil d'Etat, p. 8

¹⁹ La pratique de l'avis séparé du Conseil d'Etat est consacrée à l'article 28 alinéa 2 du règlement d'ordre intérieur du Conseil d'Etat qui dispose que « Chaque membre [du Conseil d'Etat] a encore le droit de proposer un avis séparé qui peut être appuyé par un ou plusieurs autres membres du Conseil d'Etat. Cet avis est communiqué à tous les membres ou distribué au plus tard avant la discussion en séance plénière. »

et un large débat de société soient menés sur toutes les conséquences²⁰ pouvant résulter du changement projeté des paradigmes du mariage.»²¹

L'approche de la Commission juridique qui consiste à scinder le projet de loi n°6172 en deux, pour évacuer d'abord celui relatif au mariage, pour ensuite débattre de ses conséquences, n'est pas approuvé dans cet avis séparé. Les questions relatives à l'adoption devraient, selon la teneur de l'avis séparé, être traitées en premier lieu, et ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant, *«pour lequel la lisibilité de sa filiation et l'inscription dans une histoire et une lignée sont essentielles pour la construction de son identité.»²²*

Pour ces raisons, et celles plus amplement développées dans ses considérations générales, l'avis séparé énonce son opposition à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

1.4. Questions de droit international privé

Le droit au mariage pour un couple de même sexe soulève quelques questions de droit international privé. En effet, comme le notent les auteurs du projet de loi n°6172, *«[d]ans une Europe où la libre circulation des personnes avec une divergence de législation fondamentale entre Etats concernant le mariage entre deux personnes de même sexe, il faudra néanmoins se préoccuper des conditions de fond qu'un couple de même sexe, dont l'un aurait la nationalité luxembourgeoise et l'autre une nationalité étrangère, doit remplir afin de pouvoir se marier.»²³*

Ainsi, selon les auteurs du projet de loi, la rédaction du Code civil²⁴ s'oppose à ce qu'un ressortissant d'un Etat qui interdit le mariage homosexuel puisse se marier avec une personne de même sexe. Les auteurs du projet de loi considèrent que les conditions inscrites à l'article 171 du Code civil étaient cumulatives²⁵.

Rosa Lëtzebuerg ne partage pas ce point de vue. L'association rappelle que l'article 171 du Code civil a été introduit en droit luxembourgeois dans le sillage de la ratification de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages²⁶. L'article 3 de cette convention se lisant comme suit:

«Le mariage doit être célébré :

²⁰ Ils citent les questions ayant trait à l'aide médicale à la procréation, à la gestation pour autrui, aux dons anonymes de gamètes, aux manipulations génétiques, à l'adoption d'enfants.

²¹ Projet de loi n°6172A², Avis séparé du Conseil d'Etat, p. 18

²² Idem, p. 19

²³ Projet de loi n°6172, exposé des motifs, p. 16

²⁴ Et plus particulièrement l'article 171 du Code civil qui dispose que « Le mariage doit être célébré:

1° dans le cas où un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, lorsque les deux futurs époux satisfont aux conditions de fond de la loi luxembourgeoise;

2° lorsque chacun des futurs époux remplit les conditions de fond exigées par la loi applicable à son statut personnel.

²⁵ Selon les auteurs du projet de loi initial, la position luxembourgeoise différera sur ce point de celle des Pays-Bas, de la Belgique ou de l'Espagne.

²⁶ Notons finalement que même si la Convention de la Haye susmentionnée fut signée par 6 pays (en plus des trois pays mentionnés ci-après, l'Egypte, la Finlande et le Portugal), seuls trois Etats contractants l'ont ratifiée à ce jour: le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Australie.

1. lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'Etat de la célébration, et que l'un d'eux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement ; **ou**²⁷

2. lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'Etat de la célébration.»

Les autorités luxembourgeoises ne sauront refuser le mariage aux couples homosexuels sur la seule base que la loi nationale d'un des deux futurs époux interdirait un tel mariage. Y voir des conditions cumulatives, quod non, conduirait à établir une nouvelle discrimination fondée sur la nationalité.

La commission juridique a dans le cadre de l'instruction du présent projet de loi tenu compte de cette observation en faisant clairement ressortir le caractère alternatif des deux règles de droit international privé inscrit à l'article 171 du Code civil, ce qui trouve d'ailleurs l'accord du Conseil d'Etat²⁸.

2. De l'adoption

2.1. Le projet initial

Les auteurs du projet de loi initial ont opté pour l'ouverture de l'adoption simple aux couples mariés de même sexe²⁹. Cette approche est privilégiée alors que, d'une part, l'adoption simple laisse subsister les liens avec les parents biologiques et, d'autre part, l'enfant ainsi adopté garde une personne de référence de chaque sexe, c'est-à-dire son parent biologique ou ses parents biologiques et a le bénéfice d'un couple «supplémentaire» de parents, ses parents adoptifs.

Dans son avis du 15 octobre 2010, l'ORK indique que «*l'évolution rapide des mœurs dans la société luxembourgeoise permettra d'exclure un jour, toute stigmatisation préjudiciable d'un enfant du seul fait d'avoir été adopté ou de séjourner auprès de deux parents de même sexe.*»³⁰

Pourtant, il semble partagé sur le point de savoir s'il faut à ce stade ouvrir l'adoption plénière aux couples de même sexe. D'une part, l'ORK estime que, d'un point de vue légal, l'exclusion systématique des couples homosexuels du régime d'adoption plénière n'est plus justifiée. L'aptitude pour un couple homosexuel, comme pour tout autre couple, d'accueillir un enfant devrait en effet être appréciée dans le cadre de l'enquête sociale à laquelle il sera procédé avant toute adoption plénière. D'autre part, «*l'ORK rappelle qu'à ses yeux, l'adoption simple doit néanmoins en toutes circonstances être privilégiée par rapport à l'adoption plénière alors qu'elle permet le maintien des relations avec la famille d'origine (comprenant un père et une mère).*»

L'ORK continue en évoquant l'importance des enquêtes sociales et qui permettraient «*de scruter la situation sociale et les motivations des futurs parents adoptants*». Les rapports établis par la suite devraient de l'avis de l'ORK se concentrer sur la capacité et la responsabilité des personnes à devenir parent et non pas sur leur destin ou choix de vie.

²⁷ La conjonction "ou" a été omise au moment de la rédaction de l'article 171 du Code civil. Elle doit pourtant être sous-entendue.

²⁸ Projet de loi n°6172A², Avis du Conseil d'Etat, p. 11

²⁹ Il est en même temps envisagé d'autoriser l'adoption simple par les partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 (peu importe leur orientation sexuelle)

³⁰ Projet de loi n°6172³, Avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand, p. 4

Les enquêtes sociales sont par ailleurs jugées déterminantes par le Guide de Bonne Pratique pour l'application de la Convention de la Haye pour une meilleure réalisation/exécution des adoptions internationales. L'autorité centrale du pays d'origine devra, en effet, déterminer, si le placement envisagé est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La décision de placement implique d'identifier, parmi les parents jugés qualifiés et aptes à adopter, ceux qui pourraient le mieux répondre aux besoins de l'enfant.

Le CET adopte une position moins nuancée face au choix des auteurs du projet de loi de n'ouvrir que l'adoption simple aux couples de même sexe. *«Par la différence maintenue entre adoption simple et adoption plénière, cette égalité de traitement et de chances n'est pas donnée.»*³¹

Le CET va même plus loin en récusant à l'adoption plénière toute raison d'être, alors qu'elle enlève à l'enfant adopté tout droit de connaître ses parents biologiques, droit expressément consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant de l'ONU du 20 novembre 1989 et auquel adhère le gouvernement dans l'exposé des motifs au projet de loi initial. Si, pour quelque raison, le gouvernement souhaiterait maintenir les deux types d'adoption, le CET estime que la seule ouverture de l'adoption simple aux couples mariés de même sexe, tandis que les couples mariés hétérosexuels pourront toujours procéder à une adoption plénière crée une nouvelle discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

En résumé, le CET se félicite de la réforme du mariage. Pour ce qui est de la réforme de l'adoption, le CET considère que *«du moment que l'intérêt supérieur de l'enfant est garanti et ceci au moyen d'une enquête sociale digne de ce nom, l'orientation sexuelle ou l'état civil d'une personne ne devraient plus être décisifs.»*³²

2.2. La position gouvernementale suivie par la Commission juridique

Dans le contexte de la scission du projet de loi n°6172, la Commission juridique n'a pas examiné dans ses amendements du 16 mai 2012 la partie du projet se rapportant à l'adoption. Dans son avis du 27 novembre 2012, le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs des amendements parlementaires sur le fait qu'à ce stade le projet de loi a pour effet d'étendre aux époux homosexuels tous les droits que le Code civil reconnaît aux époux hétérosexuels, donc également ceux en matière d'adoption.

En réponse à cette observation du Conseil d'Etat, la Commission juridique, en tenant compte de la position gouvernementale en la matière, propose d'insérer dans le projet de loi un article 367-4 nouveau:

«L'adoption plénière prévue aux articles 367 et 367-1 ne peut pas être demandée par des conjoints de même sexe.»

2.3. L'opposition du Conseil d'Etat

Dans son avis complémentaire du 4 juin 2013, le Conseil d'Etat déclare être dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel en ce qui concerne la disposition visant à interdire l'adoption plénière aux conjoints de même sexe à défaut pour les auteurs de fournir un autre argument susceptible de justifier la disparité envisagée au

³¹ Projet de loi n°6172⁵, Avis du Centre pour l'égalité de traitement, p. 1

³² Idem, p. 3

regard de l'article 10bis de la Constitution et de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Pour étayer sa position, le Conseil d'Etat renvoie à un arrêt du 19 février 2013 de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (X et autres c. Autriche, requête n°19010/07) qui observe que *«les différences [de traitement] fondées sur l'orientation sexuelle doivent, tout comme les différences fondées sur le sexe, être fondées sur des raisons particulièrement solides et convaincantes et que «le principe de proportionnalité exige dès lors non seulement que la mesure soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige également qu'il est nécessaire pour atteindre ce but (en l'espèce la protection de l'enfant) d'exclure certaines personnes (en l'espèce les personnes vivant dans une relation homosexuelle) du champ d'application de la mesure dont il s'agit»*. La Cour a ainsi précisément reproché au gouvernement autrichien de ne pas avoir établi l'affirmation que seules les familles composées de parents de sexes opposés soient capables d'élever convenablement un enfant.³³

Cela ne signifierait pas pour autant que le droit de l'adoption évolue dans le sens d'accorder aux conjoints, indépendamment de leur orientation sexuelle, un droit à l'enfant.

Le Conseil d'Etat soulève enfin un sujet discuté en France, dans le contexte de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe et des possibilités d'adoption, et ayant trait au droit des adoptés de connaître leurs origines biologiques. Le Conseil propose ainsi de mettre en place un dispositif permettant à l'adopté de lever le secret sur ses origines, quel que soit le type d'adoption. Ici encore la Cour européenne des droits de l'homme aurait jugé que la loi doit donner à l'enfant adopté la possibilité de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret sur l'identité des parents biologiques.^{34,35}

2.4. La solution retenue

Suite à l'avis complémentaire du Conseil d'Etat, la commission a longuement débattu de la démarche à suivre. Il est finalement retenu de procéder à une étude de droit comparé des régimes en vigueur dans nos pays voisins dont on peut retenir ce qui suit:

- En France, la loi, entrée en vigueur le 18 mai 2013, autorise tout à la fois le mariage entre couples homosexuels et toute forme d'adoption par ces couples, alors qu'en France il existe la différenciation entre adoption plénière et simple.
- En Belgique, le mariage entre couples homosexuels a été introduit en 2003, mais l'adoption leur a seulement été ouverte en 2006.
- Aux Pays-Bas, dès 2001, les couples homosexuels ont obtenu le droit de se marier et d'adopter sur le plan national et international. Or, face aux refus de certains pays d'autoriser que des enfants y ressortissants puissent ainsi être adoptés, l'adoption a dû être réformée. Désormais l'adoption internationale est fermée aux couples homosexuels alors qu'ils continuent de pouvoir accéder à l'adoption nationale.

Face au constat que la réforme amorcée en France était trop récente pour en tirer des conclusions et que le régime néerlandais de 2001 a dû faire l'objet d'ajustements, il est finalement décidé de se concentrer sur l'exemple belge.

³³ Projet de loi n°6172A⁵, Avis complémentaire du Conseil d'Etat, p. 3

³⁴ Pour plus de détails, il est renvoyé au document parlementaire n°6172A⁵

³⁵ Notons que le droit de l'enfant de connaître ses origines biologiques sera traité dans le projet de loi n°6568 portant réforme du droit de la filiation.

Le modèle belge connaît, comme le Luxembourg, les deux régimes d'adoption. Et lors de l'introduction du mariage homosexuel en 2003, le législateur belge a ouvert l'adoption (simple et plénière), nationale et internationale, aux couples homosexuels, qu'ils soient mariés ou non.

Malgré cette ouverture formelle, on constate qu'en pratique les adoptions par des couples homosexuels ne sont presque exclusivement que des adoptions nationales. Or, de telles adoptions sont très rares.

Pour ce qui est des adoptions internationales, il convient de rappeler que le pays d'origine de l'enfant adopté doit accepter ce type d'adoption, alors que l'adoption doit être prononcée dans le pays de l'adopté qui applique sa propre loi. Beaucoup de pays originaires d'enfants adoptés sont toutefois de plus en plus réticents d'accorder des adoptions en faveur d'adoptants de pays tiers. Une baisse est en effet constatée depuis plusieurs années. Celle-ci concerne tous les pays du monde et ce pour plusieurs raisons. La principale en est que de plus en plus de pays d'origine ont ratifié la Convention de La Haye, qui dispose notamment que les enfants doivent être en priorité élevés dans leur famille ou adoptés dans leur propre pays. D'autre part, *«le développement socio-économique des Etats d'origine des enfants a pour conséquence une diminution du nombre d'enfants abandonnés et une augmentation des adoptions nationales. La politique de certains gouvernements des Etats d'origine favorise les adoptions nationales et exprime un besoin en adoption internationale concernant de plus en plus des enfants dits à besoins spécifiques, c'est-à-dire des enfants plus âgés, des enfants en fratrie ou encore des enfants porteurs de maladies ou de handicaps.»*³⁶

3. Autres changements concernant le mariage et l'état civil

3.1. Lutte contre les mariages simulés

Reprenant en partie le texte du projet de loi n°5908, la Commission juridique souscrit aux objectifs de lutte contre les mariages simulés, i.e. de protéger les victimes contre des manœuvres frauduleuses et de rendre à l'institution du mariage sa valeur et sa crédibilité qui se trouvent altérées par les détournements que constituent les mariages simulés.³⁷

Les auteurs dudit projet de loi n°5908 expliquent que la notion de mariages simulés vise deux phénomènes, qui peuvent des fois se recouper:

- 1) le mariage de complaisance, encore appelé mariage blanc ou fictif, qui a été exclusivement contracté soit à des fins migratoires, soit pour obtenir un avantage professionnel, social, fiscal ou successoral;
- 2) le mariage forcé dans lequel le conjoint se trouve privé soit de la liberté de se marier ou de rester célibataire, soit de choisir son conjoint.³⁸

Plusieurs moyens sont envisagés pour endiguer le développement de ces deux phénomènes.

D'un point de vue préventif, les auteurs du projet de loi n°5908 envisagent tout d'abord la possibilité pour les officiers de l'état civil de procéder à des auditions des futurs conjoints. En plus, le procureur d'Etat pourra prononcer le sursis à la célébration du mariage, voire former

³⁶ Rapport d'activité 2013, Ministère de la Famille, p. 108

³⁷ Projet de loi n°5908, exposé des motifs, p. 6

³⁸ Ibidem

opposition contre le mariage, ces décisions pouvant cependant faire l'objet d'une procédure de mainlevée judiciaire qui sera mise en place par le présent projet de loi.

Sur le plan «répressif», le procureur d'Etat aura premièrement la possibilité de demander l'annulation du mariage. Il est également proposé de créer de nouvelles infractions pénales.

Dans le cadre de l'examen des propositions gouvernementales en la matière, la Commission juridique a décidé de ne pas consacrer la faculté d'une audition préalable des futurs conjoints par l'officier de l'état civil.

En effet, outre des interrogations comme celle relative à la qualification professionnelle de l'officier de l'état civil quant à la tenue d'une audition des futurs conjoints, les membres de la Commission juridique ne sont pas convaincus d'une application cohérente et uniforme par les services de l'état civil des actuelles 106 communes luxembourgeoises. Partant, et à défaut d'avoir l'assurance d'une application strictement uniforme parmi lesdits services de l'état civil, il existe le risque de provoquer une sorte de «*forum shopping*» concernant le lieu de célébration du mariage.

De plus, des interrogations subsistent sur la valeur juridique et le caractère contraignant de l'entretien préalable des futurs conjoints effectué par l'officier de l'état civil.

Selon les membres de la Commission juridique, le pouvoir décisionnel dont sera investi le Ministère public permettra une application cohérente et uniforme des dispositions afférentes, et ce dans un souci de sécurité juridique. Par contre, l'officier de l'état civil aura en tout cas la faculté de saisir le procureur d'Etat en fonction du caractère certain et pertinent des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé constitue un mariage susceptible d'être vicié.

Dans son avis du 27 novembre 2012, le Conseil d'Etat se demande si les arguments avancés par la Commission juridique et ayant trait à la compétence des officiers de l'état civil de procéder à l'audition et à l'efficacité de cette procédure, ne pourraient pas être transposées aux moyens d'actions mis à disposition des officiers de l'état civil suivant les amendements parlementaires. En effet, la commission parlementaire supprime l'audition préalable des futurs époux au motif qu'elle a des interrogations quant à la qualification professionnelle de l'officier de l'état civil et quant à l'application uniforme et cohérente du dispositif prévoyant l'audition par les services de l'état civil des différentes communes.

La commission parlementaire décide de passer outre l'observation du Conseil d'Etat et maintient la notion d'«*indices sérieux*» sur lesquels l'officier de l'état civil peut se baser pour surseoir à célébrer le mariage.

Toujours dans le cadre de lutte *ex ante* contre les mariages simulés, la Commission juridique propose de requérir à titre de condition de fond la présence physique des deux personnes qui veulent contracter mariage devant l'officier de l'état civil. Cette condition régira toutes les situations de mariage susceptibles de tomber sous le champ d'application de la loi luxembourgeoise et ce indifféremment de la condition de nationalité du ou des deux futurs époux. La possibilité de pouvoir obtenir au préalable une dérogation à cette condition de présence n'a finalement pas été retenue, alors que le Conseil d'Etat a demandé la suppression de celle-ci.

Sur le plan répressif, la Commission juridique va au-delà des propositions gouvernementales en introduisant de nouvelles causes de nullité. Ainsi, il est décidé de suivre le législateur belge qui, en plus de l'absence de consentement, a consacré un article spécifique au mariage de complaisance. Il s'ensuit qu'«*il n'y aura [dès l'entrée en vigueur de ce projet de loi] pas de mariage, lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de*

celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des conjoints n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut de conjoint. » Il sera dès lors possible d'obtenir l'annulation du mariage sans devoir faire le détour de la théorie du défaut de consentement.

La nullité du mariage pourra également résulter de ce que l'un des conjoints se trouve sous l'empire d'une violence ou d'une menace, voire d'une contrainte, y compris la crainte révériencielle envers un ascendant. Il s'agit en l'espèce de deux fondements spécifiques pour les demandes d'annulation de mariages forcés.

Il échet de noter que les prérogatives du ministère public sont par ailleurs étendues alors qu'il pourra désormais former opposition pour les cas où il pourra légalement demander la nullité du mariage. Ce faisant, un parallélisme est établi entre les procédures d'opposition et d'annulation, d'autant plus que le rôle du procureur d'Etat est bel et bien d'assurer l'ordre public.

Le procureur d'Etat a à l'avenir la possibilité de demander la nullité du mariage, dans le cas où le consentement d'un conjoint a été vicié, compétence dont il ne dispose pas actuellement. D'un point de vue procédural, l'opposition du procureur d'Etat reste valable aussi longtemps qu'une mainlevée judiciaire n'aura été prononcée, à la différence des oppositions formées par un membre de la famille des futurs conjoints qui deviennent, sauf renouvellement, caduques après l'écoulement d'un délai de six mois.

3.2. Age légal du mariage

Le Code Napoléon avait fixé à l'époque l'âge légal du mariage pour la femme à 15 ans et pour l'homme à 18 ans.

Ce n'est qu'en 1992 que cet âge légal du mariage a fait l'objet d'adaptations. Aux termes d'amendements gouvernementaux au projet de loi n°2557 relatif à la protection de la jeunesse, l'âge de nubilité pour la femme a été relevé à 16 ans.

Nous nous trouvons aujourd'hui en face d'une nouvelle approche. En effet, selon les auteurs du projet de loi n°5914, *«l'âge légal du mariage pour les femmes fixé à 16 ans ne répond plus aux exigences et à la réalité d'une société moderne, ni au statut que les femmes ont acquis aujourd'hui. [...] A l'âge de 16 ans, la personne est considérée comme étant un enfant au regard de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Fixer l'âge légal du mariage pour les jeunes femmes à 16 ans revient à permettre le mariage d'enfants, ce qui contrevient également aux lois portant sur les enfants en ce qui concerne leur protection contre les discriminations, ainsi que la protection et le développement de leur intérêt supérieur et de leur bien-être.»*³⁹

L'alignement de l'âge légal du mariage des femmes sur celui des hommes⁴⁰ permettrait ainsi de rétablir l'égalité des sexes et de lutter contre les mariages d'enfants, surtout dans les cas où ceux-ci sont arrangés ou forcés.

Quoiqu'il en soit, les auteurs du projet de loi restent attachés au régime dérogatoire inscrit dans le Code civil. Il est ainsi prévu de permettre, à titre exceptionnel, dans des circonstances graves et justifiées, le mariage de personnes âgées de moins de 18 ans.

³⁹ Projet de loi n°5914, exposé des motifs, p. 5

⁴⁰ Cette décision trouve également l'accord de la Chambre des Salariés. (cf. Projet de loi n°6172⁴, Avis de la Chambre des Salariés, p. 2)

A la différence de la position gouvernementale, la Commission juridique estime, en suivant en cela l'avis du Conseil d'Etat⁴¹, qu'il serait opportun d'accorder compétence au juge des tutelles pour lever la prohibition ayant trait à l'âge des futurs conjoints, et ce pour des motifs graves. Par rapport à la situation actuelle, le juge des tutelles sera ainsi amené à statuer dans une seule et même procédure judiciaire sur le volet relatif (i) à la dispense d'âge et celui relatif (ii) au consentement des parents. De même, l'articulation du texte proposé permet au juge saisi, dans son appréciation du dossier, de tenir compte de l'intérêt de l'enfant.

Le juge des tutelles pourra également être saisi dans les cas d'un refus des parents à consentir au mariage de leur enfant mineur.

Notons enfin qu'il appartient désormais à une autorité judiciaire, i.e. le procureur d'Etat territorialement compétent de lever les prohibitions du mariage entre l'oncle et la nièce ou le neveu, la tante et le neveu ou la nièce. La loi du 23 avril 1827 pourra de ce fait être abrogée.

3.3. Examen prénuptial

Dans leur réunion du 7 mars 2012, les membres de la Commission juridique sont informés, par l'intermédiaire de Monsieur le Ministre de la Justice, de la demande de Monsieur le Ministre de la Santé de supprimer l'exigence d'un certificat médical comme condition préalable à la célébration du mariage.

A cet égard, il est relevé qu'en France l'examen médical prénuptial a été abrogé avec effet au 1^{er} janvier 2008 par la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification de droit, article 8-I.

Un avis daté au 2 juin 2010 du Conseil supérieur de l'hygiène transmis au Ministre de la Santé a conclu que *«l'examen prénuptial, dans sa forme actuelle, peut être aboli sans risque sanitaire pour la population résidante»*.

Ledit Conseil supérieur de l'hygiène constate que:

«– L'objectif de cet examen était à l'origine de détecter les affections susceptibles de constituer un risque pour la descendance du jeune couple. Cependant, depuis 1972, la proportion d'enfants nés hors mariage a considérablement augmenté, l'examen prénuptial ne permet donc plus de couvrir adéquatement les jeunes adultes avant leur accession au statut de parent.

– D'après les données de la Direction de la Santé, 2 cas de tuberculose maladie ont été détectés à la suite de 10.784 examens prénuptiaux durant la période 2007-2009. Pour les autres maladies faisant l'objet d'un dépistage (rubéole, syphilis, toxoplasmose), la proportion de dépistages ayant abouti à une action (vaccination, traitement ou recommandations préventives) n'est pas connue (durant la période 2007-2009), mais la fréquence des femmes en âge de procréer qui sont séronégatives pour la rubéole est infime.»

Le Ministre de la Santé conclut que *«L'instauration du médecin référent dont les missions sont définies à l'article 19bis du Code des assurances sociales permettra également de mieux cibler les efforts de prévention et de promotion de la santé.»*

⁴¹ Projet de loi n°5914⁶, Avis du Conseil d'Etat, p. 3

Sans attendre le dépôt d'un projet de loi du Ministre de la Santé, les membres de la Commission juridique proposent de supprimer l'exigence du certificat médical tel qu'actuellement prévu.

Ainsi, la loi du 19 décembre 1972 portant introduction d'un examen médical avant mariage et modification des articles 63, 75 et 169 du Code civil, inspirée de l'ordonnance n° 45-2720 du 2 novembre 1945 sur la protection maternelle et infantile (qui rendait obligatoire le certificat d'examen médical avant mariage), sera abrogée.

Nonobstant ce qui précède, il est toujours loisible aux futurs conjoints de procéder, de leur propre volonté, aux examens médicaux qu'ils estiment utiles. Cependant, l'officier de l'état civil ne pourra en tout cas plus subordonner la célébration du mariage à la production d'un certificat médical.

3.4. Délai de viduité

Dans le cadre du projet de loi n°5155 portant réforme du divorce, le gouvernement avait déclaré vouloir supprimer le délai de viduité en cas de divorce:

«Chacun des époux divorcés pourra se remarier dès que la décision de divorce aura force de chose jugée. La présomption de paternité du précédent mari de la mère n'est plus applicable dans le cas de remariage de la femme après divorce. Le délai de viduité [au contraire] est maintenu en cas de décès du mari, afin de protéger les droits des enfants à naître et surtout leurs droits successoraux.»⁴²

Par la suite, et alors que l'instruction dudit projet de loi se trouvait dans une impasse, le gouvernement déposait le projet de loi n°5914, qui par souci de cohérence juridique reprenait les modifications envisagées dans le cadre du projet de loi n°5155, tout en les complétant à travers la suppression du délai de viduité imposé dans le chef de la femme veuve dont le mariage est dissout suite au décès du conjoint.

Ces changements ont, sur proposition de la commission juridique, trouvé leur entrée dans le projet de loi n°6172A.

3.5. Réforme de l'état civil

A côté de quelques modifications terminologiques, telles que le remplacement de la notion d'époux par celle de conjoint, le projet de loi prévoit quelques changements des actes de l'état civil dont notamment:

- a) Dans le cadre du projet de loi n°6039, les auteurs du projet de loi proposent de supprimer parmi les mentions à figurer sur les actes de l'état civil des indications sur les professions des personnes concernées.

«En effet, la mention de la profession au niveau des actes de l'état civil ne présente plus de valeur ajoutée. Originellement, la profession servait à faire la distinction entre les habitants d'un village qui portaient les mêmes noms. Aujourd'hui, il y a d'autres procédés pour faire cette distinction. Par ailleurs, la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique pour les salariés du secteur privé a mis fin à la distinction entre ouvriers et employés. Enfin, la profession, qui peut changer d'un jour à l'autre, donne souvent lieu à des contestations de la part de déclarants qui se voient refuser par l'officier de l'état civil une désignation

⁴² Projet de loi n°5155, commentaire des articles, p. 23

particulière, comme par exemple l'indication d'un grade académique ou toute autre indication portant sur une position hiérarchique.»⁴³

La Commission juridique décide d'intégrer ces modifications, qui ont par ailleurs trouvé l'accord du Conseil d'Etat, dans le projet de loi n°6172A.

b) Un autre changement déjà amorcé dans le cadre du projet de loi n°5908 concerne la force probante des actes de l'état civil étranger.

Les auteurs dudit projet de loi écrivaient que cette modification viserait à offrir la possibilité à tout destinataire d'un acte de l'état civil étranger d'en décider le rejet pour irrégularité, falsification ou mensonge, après avoir, le cas échéant, procédé à toutes les vérifications utiles. Autrement dit, la valeur probante de ces actes étrangers ne sera plus absolue dans la mesure où il sera désormais possible d'opposer des doutes au sujet de l'authenticité ou la véracité de ces actes.⁴⁴

Alors que cette modification avait déjà reçu l'aval du Conseil d'Etat⁴⁵, lequel soulignait par ailleurs que «*cette modification devra permettre à lutter contre la fraude en matière d'actes de l'état civil étrangers*»⁴⁶, la Commission juridique décide de l'intégrer dans le projet de loi n°6172A. Elle juge toutefois utile d'apporter certaines précisions quant à la procédure de vérification des actes de l'état civil étranger en s'inspirant du libellé de l'article 22-1 de la loi française n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations telle que modifiée. Ainsi, il incomberait à l'officier de l'état civil d'informer, en cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude de l'état civil étranger, le procureur d'Etat qui pour sa part procédera ou fera procéder aux vérifications utiles.

Dans son avis du 27 novembre 2012, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la proposition parlementaire en ce qu'il ne résulterait pas clairement de celle-ci qui prend la décision de surseoir à la transcription d'un acte civil étranger, le procureur d'Etat ou l'officier de l'état civil. Il recommande aux membres de la commission juridique de s'inspirer plutôt de la nouvelle procédure de lutte contre les mariages simulés (nouvel article 175-2 du Code civil), ce à quoi fait droit la commission juridique.

⁴³ Projet de loi n°6039, exposé des motifs, p. 3

⁴⁴ Projet de loi n°5908, commentaire des articles, p. 8

⁴⁵ Projet de loi n°5908³, Avis du Conseil d'Etat, p. 5

⁴⁶ Ibidem