

N° 6172A²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2012-2013

PROJET DE LOI

portant

- a) réforme du Titre II.– du Livre Ier du Code civil „Des actes de l'état civil“ et modifiant les articles 34, 47, 57, 63, 70, 71, 73, 75, 76, 79 et 95;
- b) réforme du Titre V.– du Livre Ier du Code civil „Du mariage“ et rétablissant l'article 143 et modifiant les articles 144, 145, 147 à 154, 158 à 160, 160bis à 171, 173 à 175, 176 à 192, 194 à 199, 201 à 205, 212, 213, 223, 227, 228, 295 et introduisant les articles 146-1, 146-2, 175-1, 175-2 nouveaux;
- c) modification des articles 108, 169, 295, 313, 315 et abrogation des articles 296 et 297 du Code civil;
- d) introduction d'un Titre VI.bis nouveau dans la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile;
- e) introduction d'un Chapitre VII.bis nouveau au Titre VII du Livre Ier du Code pénal;
- f) 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
- g) abrogation de la loi du 19 décembre 1972 portant introduction d'un examen médical avant mariage

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis du Conseil d'Etat (27.11.2012)	2
2) Avis séparé du Conseil d'Etat (27.11.2012).....	14

*

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(27.11.2012)

– Par dépêche du 11 août 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat un projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, intitulé: „Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant: a) le Code civil b) le Nouveau Code de procédure civile c) le Code d'instruction criminelle d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise“ (doc. parl. n° 6172; réf. CE n° 48.972). Au texte du projet ont été joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Par la suite, le Conseil d'Etat a eu communication des prises de position suivantes:

- * l'avis de la Commission nationale pour la protection des données, par dépêche du 12 octobre 2010;
- * l'avis de la Chambre de commerce, par dépêche du 13 octobre 2010;
- * l'avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand, par dépêche du 27 octobre 2010;
- * l'avis du Centre pour l'égalité de traitement, par dépêche du 22 novembre 2010;
- * l'avis de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, par dépêche du 3 février 2011;
- * l'avis de la Chambre des métiers, par dépêche du 23 septembre 2011;
- * les avis de Rosa Lëtzebuerg asbl et de Transgender Luxembourg, par dépêche du 3 novembre 2011.

A noter que le Gouvernement paraît avoir omis de transmettre au Conseil d'Etat l'avis de la Chambre des salariés, cependant reproduit dans le document parlementaire n° 6172⁴.

– Par dépêche du 15 juillet 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, lui avait soumis le projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:

- du Code civil;
- du Nouveau Code de procédure civile;
- du Code pénal (doc. parl. n° 5908; réf. CE n° 48.099),

sur lequel le Conseil d'Etat a rendu son avis, le 15 février 2011 (cf. doc. parl. n° 5908³).

– Par dépêche du 24 septembre 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, avait soumis à son avis le projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil (doc. parl. n° 5914; réf. CE n° 48.151), sur lequel le Conseil d'Etat a rendu son avis également le 15 février 2011 (cf. doc. parl. n° 5914⁶).

– Par une dépêche du 16 mai 2012 transmissive d'amendements parlementaires, le Président de la Chambre des députés a informé le Conseil d'Etat que la Commission juridique propose

- * de scinder le projet de loi susmentionné en premier lieu en deux projets de loi distincts, à savoir un projet de loi n° 6172A portant réforme du mariage et un projet de loi n° 6172B portant réforme de l'adoption;
- * de regrouper les trois projets sus-évoqués dans ledit projet de loi n° 6172A qui fait l'objet du présent avis.

Au texte desdits amendements parlementaires ont été joints des observations préliminaires, un commentaire, un texte coordonné ainsi qu'un tableau synoptique reprenant les dispositions actuelles du Code civil, les modifications du projet de loi refondu résultant des amendements parlementaires et des propositions du Conseil d'Etat émises dans ses avis précités du 15 février 2011.

CONSIDERATIONS GENERALES

Dans ses observations préliminaires, la commission parlementaire souligne qu'elle propose la scission du projet de loi n° 6172 en deux projets distincts et que dans le cadre des amendements soumis au Conseil d'Etat, le seul volet de la réforme du mariage, à savoir le projet de loi n° 6172A, est abordé. Le volet relatif à la réforme de l'adoption, à savoir le projet de loi n° 6172B serait entamé dans un deuxième temps. Toutefois, la commission parlementaire propose d'inclure d'ores et déjà 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 le souci d'assurer la cohérence des modifications législatives proposées et d'éviter tout risque de contradiction, la commission parlementaire propose de regrouper dans un seul texte les projets de loi n°s 5908, 5914 et 6172A. Le Conseil d'Etat note que l'article 1er, point 1, tirets 1 et 2 du projet de loi n° 6039 portant modification de certaines dispositions du Code civil, est intégré au présent projet de loi amendé et que la modification proposée à l'endroit de l'article 108 du Code civil par le projet de loi n° 5867 sur la responsabilité parentale est reprise dans le texte sous avis avec néanmoins un autre libellé. Comme les amendements touchent donc également les projets de loi n°s 6039 et 5867 précités, il aurait été utile d'en faire état dans l'entête des amendements sous avis.

*

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 par le Code civil. La nature profonde de cette réforme mérite au-delà de toutes considérations politiques, sociales et sociologiques qui en constituent la cause immédiate, que l'on s'interroge sur la nature du mariage en tant que tel et sur son évolution historique.

Il n'y a pas de définition du mariage dans le Code civil. Lorsqu'on se reporte aux travaux préparatoires du Code civil (Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Rapport fait à la Convention nationale par Cambacérès, au nom du Comité de Législation, 9 août 1793), on peut lire: „La législation doit donc régler les dispositions et les formes des naissances, des mariages, des divorces et des décès. L'homme naît et meurt à la patrie; la société doit le suivre dans les principales époques de sa vie ... La volonté des contractants est la règle la plus absolue; elle ne connaît d'autres bornes que celles qui sont placées par l'intérêt général ... La loi fixera des règles simples dérivant de la nature même du mariage; elle consacra la communauté des biens comme le mode le plus conforme à cette union intime, à cette unité d'intérêts, fondement inaltérable du bonheur des familles“.

On peut déduire de ces réflexions des pères compilateurs du Code civil que c'est une union destinée à stabiliser et pérenniser la société, où l'intérêt patrimonial figure en rang plutôt primordial. Nulle part il n'est dit que cette union lie nécessairement deux personnes de sexe différent. Pourtant, dans une optique de pérennisation de l'Etat et du corps social, cela devait paraître évident aux penseurs et auteurs de l'époque.

Le terme „mariage“ recouvre en effet deux réalités distinctes. Il désigne, d'une part, l'engagement initial des époux et l'acte fondateur du lien, entouré d'une certaine solennité. Il désigne, d'autre part, l'état qui résulte de cet engagement fondateur, c'est-à-dire pendant le mariage. La loi s'intéresse aux deux aspects. Elle fixe des règles minutieuses à l'acte créateur du lien; elle fixe également le statut des personnes mariées, c'est-à-dire l'état matrimonial.

Déjà dans les sociétés antiques, le mariage était une institution sociale servant de cadre à l'accueil des enfants et, donc, à la pérennisation de la société. Il s'extériorisait dans certaines sociétés par un acte sacré et rituel, voire religieux. Ainsi, dans l'Egypte ancienne, le mariage reflétait la volonté des époux de former un couple à l'image des divinités égyptiennes. Le judaïsme mettait clairement en évidence la valeur de la procréation. Dans l'Antiquité gréco-romaine, le mariage était une institution sociale conçue pour veiller à la survie de la société, qui légitimait le statut des enfants qui en naissaient, assurait la transmission du patrimoine familial et assurait le statut social de la famille. Il faut toutefois noter que dans la Rome antique le mariage connaissait des formes multiples qui ont évolué au cours de l'histoire.

Dans toutes les sociétés, le mariage impliquait toujours un homme et une femme. Certaines cultures et religions reconnaissaient et reconnaissent la polygamie, parfois dans le chef de la femme (polyan-

drie), plus souvent dans le chef de l'homme (polygynie). Dans les sociétés occidentales, le mariage monogame est devenu le principe.

Le mariage, tel que nous le connaissons aujourd'hui, est issu du droit romain et du droit canonique. Les juristes romains définissaient le mariage comme suit: „Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, c'est une société qui doit durer toute la vie (*consortium omnis vitae*), une mise en commun du droit divin et du droit civil.“ Formulée au IIIe siècle par Modestin, la définition est reprise dans les compilations de Justinien. De là, elle fait son entrée dans le droit canonique et est ensuite largement diffusée par lui.

Dans le contexte de la désagrégation progressive de l'Empire romain, c'est l'Eglise qui, depuis le Bas-Empire, assume la tutelle sociale de l'institution mariage en lui imposant ses principes, dont les plus importants étaient la liberté nécessaire des époux et l'indissolubilité de l'union. Pour l'Eglise, le mariage est à la fois, et de manière indissociable, contrat et sacrement. Cette position est définitivement fixée par le concile de Trente. Dès le XVIIe siècle, le pouvoir royal français affirme sa préférence, en ce qui concerne le mariage, de substituer, au moins partiellement, sa propre tutelle à celle de l'Eglise. A cet effet, il opère, à l'intérieur de l'institution mariage, la distinction entre le contrat et le sacrement, pour se réserver la connaissance exclusive de tout ce qui touche au contrat. Pareille évolution existe aussi dans certaines principautés allemandes du Saint-Empire. La Révolution française, en instituant le mariage civil par la loi du 20 septembre 1792, sécularise le mariage et refuse définitivement toute idée de sacrement.

En tant qu'institution, le mariage civil, introduit par la loi précitée de 1792, est entré dans le Code civil de 1804.

En l'absence d'une définition spécifique du mariage, le Code civil règle les conditions de fond et de forme pour contracter mariage, les conditions de fond et de forme de la dissolution du mariage, ainsi que le statut des époux.

Le professeur Guy Raymond propose du mariage la définition suivante: „C'est l'union librement et solennellement consentie d'un homme et d'une femme qui acceptent d'exercer les droits et de respecter les obligations que la loi attache à la qualité d'époux“¹ „Le mariage est une union de droit, ce qui le différencie du concubinage qui est ... une union de fait. C'est une union qui s'inscrit dans la durée alors que le concubinage est essentiellement une union précaire et que le pacte civil de solidarité n'a que la durée d'un contrat qui peut être rompu par volonté unilatérale“².

Dans l'esprit du Code civil, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, sur base d'un fondement anthropologique; la différence de sexe résulte de l'article 75 du Code civil. Le mariage n'est donc ni concubinage ni partenariat reconnu par la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats qui, tous les deux, incluent l'association de personnes de même sexe. D'autres différences entre ces deux formes de vie commune et le mariage apparaissent encore au niveau de la reconnaissance sociale, de l'organisation juridique, de la pérennité du lien matrimonial et de l'impact sur l'état civil.

Dans la mesure où la volonté réciproque des époux est nécessaire à la formation du lien matrimonial, on peut soutenir qu'il s'agit d'un contrat, mais d'un type très particulier: en ce qui concerne notamment la formation, la résiliation ou l'objet, ce contrat ne répond pas aux exigences de la théorie générale des contrats et obligations. Le mariage n'est toutefois pas uniquement contrat. „Le mariage est aussi statut juridique fixant les conditions d'adhésion à cet état, ainsi que les droits et devoirs qui en découlent. Ce statut fournit le cadre institutionnel de l'union. Il doit favoriser l'épanouissement du couple, tout en sauvegardant les exigences de l'ordre social“. Dans cette appréciation, le professeur Jean Gaudemet est rejoint par le professeur Guy Raymond, pour lequel „le mariage est essentiellement une institution

1 Guy Raymond. JCP, Fascicule unique: Mariage.– Les conditions à réunir dans la personne des époux.

2 *Ibid.*

car consentir au mariage, c'est entrer dans le moule tout préparé par la loi³. Cette vue du mariage n'est pas propre aux juristes; elle est partagée par des anthropologues, dont Claude Lévi-Strauss³.

En ouvrant le mariage aux couples formés de personnes de même sexe, on abandonne le fondement anthropologique multiséculaire sur lequel repose le lien matrimonial. Jusqu'ici, le mariage se fonde en effet exclusivement sur l'identité sexuelle des époux qui, elle, résulte de leur différence sexuelle. Le mariage des personnes de même sexe, par contre, ne se baserait plus sur leur identité sexuelle (élément objectif), mais sur leur tendance sexuelle (élément subjectif).

Lorsque l'on approfondit les recherches en se reportant à d'autres sources, on constate une nette évolution du mariage. Dans la conception du mariage la plus universellement reconnue à l'heure actuelle, on trouve en effet des informations intéressantes permettant de conclure que l'altérité des sexes n'est pas une condition nécessaire au mariage⁴, 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 que la diversité de sexe entre partenaires n'est pas un élément nécessaire et péremptoire pour une union juridique labellisée „mariage“.

En effet, 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 la régir. Ce sont là des considérations d'ordre philosophique qui plaident également en faveur de quelques modifications fondamentales surtout du droit des personnes.

Comment est donc perçu le mariage au Luxembourg à l'époque actuelle? Le CEPS-Instead a sorti (Cahier n° 2011-03) une étude très intéressante à ce sujet (Maria Valentova, Perception of marriage in Luxembourg, avec de nombreuses références bibliographiques). Après des réflexions sur les facteurs multiples qui ont conduit à un changement dramatique de la perception de la famille et du mariage et à l'apparition de formes très diversifiées d'unions et de cohabitation entre personnes, ces unions se caractérisant plus par leur évolutivité que par leur durabilité, l'auteur relève certains éléments factuels indéniables: entre 1999 et 2008, le taux de mariage (nombre de mariages par 1.000 personnes) est tombé de 4,9 à 3,9, plaçant le Luxembourg au dernier rang d'un échantillon de 15 pays de l'Union européenne. Un facteur déterminant dans ce déclin est l'introduction du partenariat par la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. On constate aussi que mariage et procréation sont de plus en plus perçus comme non nécessairement liés. 38% des personnes interrogées dans le cadre de l'étude du CEPS ont considéré en 2008 que le mariage était pour des résidents luxembourgeois une forme surannée et dépassée d'union, contre 32% en 1999. Pour les personnes qui décident de se marier (et cela vaut sans doute aussi pour les autres types d'union), les facteurs déterminants ne sont plus des motivations d'ordre économique ou de statut, mais l'affection personnelle, la solidarité émotionnelle, la confiance mutuelle, l'échange avec l'autre et la compréhension réciproque, en bref des facteurs du type désignés en sociologie comme „interactions abstraites“.

Il devient donc de plus en plus évident que ce type de support et d'ouverture à l'autre, et la volonté d'en consacrer la reconnaissance aux yeux de la société par un rite, n'est plus l'apanage exclusif de deux personnes de sexe différent. Si, en nombre absolu, le taux de mariage diminue, il reste néanmoins une forme largement répandue d'union, et même si les motivations abstraites et personnelles priment,

3 „Le mariage est essentiellement une institution car consentir au mariage c'est entrer dans le moule tout préparé par la loi; Charron (De la Sagesse, L. I, chap. XLII, 1782) écrivait au XVIIe siècle „Le mariage n'a que l'entrée libre“. Mais les époux n'entrent pas dans ce moule sans qu'il y ait accord de volontés, c'est pourquoi le mariage participe aussi du contrat. C'est l'opinion des anthropologues (en particulier Cl. Lévi-Strauss in Les structures élémentaires de la parenté ou Le regard éloigné: éd. Plon) selon lesquels le mariage présente les caractéristiques d'une institution sociale obéissant à des règles bien définies quant aux conditions que doivent remplir les futurs époux pour pouvoir se marier. Il n'est pas abusif de dire, compte tenu des conditions imposées par la loi pour entrer en mariage, de la nécessité du rite civil, des relations entre époux déterminés par la loi pendant l'union matrimoniale, des conditions imposées pour le divorce, des conséquences du décès, que le mariage est une institution. Et ceci ne conduit pas à négliger la dimension personnelle du mariage qui confère à la volonté de chacun des époux une importance accrue que consacrent les articles 146 et 180 du Code civil. Il n'est pas possible, juridiquement parlant, d'imposer à deux personnes de vivre dans cette institution soit parce qu'elles seraient contraintes de se marier, soit parce qu'elles seraient dans l'impossibilité de se séparer autrement que par un acte pénalement répréhensible“. Guy Raymond, *op. cit.*

4 Le mariage homosexuel est à l'heure actuelle autorisé aux Pays-Bas, en Belgique, en Espagne, en Suède, au Portugal, au Danemark, en Norvège, en Islande, au Canada, en Afrique du Sud et en Argentine. Si les Etats-Unis n'autorisent pas le mariage homosexuel au niveau national, plusieurs Etats fédérés le reconnaissent toutefois; il en est de même pour le Mexique, où le mariage entre personnes de même sexe est autorisé uniquement dans la ville de Mexico.

les conséquences successorales, fiscales, et autres effets collatéraux matériels y liés, gardent un attrait. Il est vrai que le partenariat permet largement d'arriver aux mêmes résultats, et depuis son inscription à l'état civil, même la différence „de nature“ entre le partenariat et le mariage civil s'atténue, le contrat se rapprochant de l'institution, et l'institution se contractualisant. Alors, et en fin de compte, pourquoi refuser aux personnes de même sexe l'accès à cette institution de moins en moins spécifique par rapport aux autres types d'unions consacrées par une reconnaissance civile?

Le Conseil d'Etat exprime cependant sa conviction que le mariage continue de rester une des formes les plus importantes, car reconnues comme telles et pratiquées, de *nuclei* structurants de notre société, de même que cette cellule „informante“, qui est, tout comme le partenariat, une union de deux personnes, et ne saurait s'appliquer à un groupe plus élargi.

Il est vrai que l'argument de l'adoption respectivement de la paternité a longuement été invoqué comme cause justificative de l'exclusion. Evidemment, il s'agit toujours et d'abord dans ce cas de veiller au bien des enfants qui doit primer les désirs des adultes. Or, prendre cela comme justificatif pour refuser le mariage civil aux personnes homosexuelles est un faux problème.

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.

Quels que soient les arguments pour ou contre le mariage homosexuel qu'on puisse avancer, et tout en sachant qu'un consensus total est impossible à établir sur une telle question, le Conseil d'Etat constate néanmoins qu'il s'agirait ou s'agira là d'un changement fondamental des bases anthropologiques du mariage confrontant notre société à un changement radical de paradigme qui doit nous interpeller et qui aurait mérité de faire l'objet d'un débat de société large et approfondi. Le Conseil d'Etat déplore que cela n'ait pas été le cas et doit dès lors soulever du moins dans son avis une série d'interrogations fondamentales:

A supposer que le droit civil souhaite consacrer une reconnaissance juridique de l'union homosexuelle en plus de celle que permet déjà le partenariat, est-ce que l'institution ou le contrat labellisé „mariage“ est le cadre approprié pour ce faire? Ou bien faut-il trouver pour ce cas de figure une „troisième voie“ distincte tant du partenariat que du mariage civil? Est-ce que le partenariat devient dès lors superflu? Ou bien est-ce plutôt le mariage civil qui a vécu en tant que cadre spécifique et clairement défini quant aux droits et devoirs qui en découlent?

Quelles seront, à la longue, les conséquences du changement de paradigme sur le lien social? Le principe de précaution, si haut en cours en d'autres domaines, n'exige-t-il pas au préalable une mûre réflexion et un large débat de société sur toutes les conséquences pouvant résulter du changement projeté des paradigmes du mariage?

Le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs sur le fait que l'adoption à ce stade du projet de loi amendé [(projet de loi n° 6172A)], aura pour effet d'étendre aux époux homosexuels les droits que le Code civil reconnaît aux époux hétérosexuels.

La question concernant l'ouverture du droit à l'adoption pour les couples homosexuels aurait par conséquent avantage à être tranchée avant le vote de la loi en projet.

Pour le surplus le Conseil d'Etat renvoie aux développements juridiques qu'il a faits dans le cadre de son avis du 13 janvier 2004 concernant le projet de loi relative aux effets légaux de certains partenariats (doc. parl. n° 4946³).

EXAMEN DU TEXTE COORDONNE

Observation liminaire

Le Conseil d'Etat, constatant que les auteurs emploient tantôt les termes „contracter mariage“ et tantôt ceux de „célébrer mariage“, recommande à cet égard aux auteurs de recourir à une terminologie uniforme.

Amendements sous II

Article 1er. – Modifications du Code civil

Article 1er

Cet article regroupe les modifications apportées au Livre Ier, titre II, intitulé „Des actes de l'état civil“.

Ad 1) article 34

Pour ce qui est des personnes liées par le mariage, le Conseil d'Etat note que les dispositions modifiées du Code civil auront recours à la notion de „conjoints“, alors que les dispositions laissées en l'état continueront la plupart du temps de parler d'„époux“, du moins dans les dispositions du Code civil relatives au mariage. Etymologiquement, le mot „époux“ vient du verbe latin „spondere“, promettre solennellement, alors que „conjoint“ remonte à „cum“ et „jungere“, joindre, associer. Si les deux notions permettent indistinctement de se référer à deux personnes de même sexe ou de sexe différent, le choix n'est pas pour autant innocent, alors que l'accent est mis sur un aspect différent en fonction du mot. Dans une approche contemporaine et réaliste, le Conseil d'Etat a une préférence pour un recours uniforme à la notion de „conjoint“ à travers toutes les dispositions afférentes du droit civil, et il se rallie dès lors à l'option retenue par les auteurs du projet de procéder à cette harmonisation.

Ad 2) article 47

En ce qui concerne l'alinéa 1er, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous le point 1 de son avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n° 5908.

Le nouvel alinéa 2 introduit par amendement parlementaire concerne les vérifications qui pourraient s'imposer à l'officier de l'état civil en cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude d'un acte d'un état civil étranger. Selon les auteurs, cet alinéa serait inspiré 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 par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006. Le dispositif français vise les décisions de refus prises par une autorité administrative et susceptibles d'un recours devant les juridictions administratives. Le silence de l'autorité administrative pendant un délai qui est porté de deux à huit mois en cas de consultation d'une autorité étrangère vaut décision de rejet. La commission parlementaire propose de transposer cette approche, qui relève de la procédure non contentieuse administrative, en droit civil. En effet, le refus de l'officier de l'état civil d'inscrire ou de transcrire un acte de l'état civil étranger sur les registres de l'état civil ne relève pas de la compétence des juridictions administratives, mais la voie de recours contre un tel refus est la voie judiciaire. La commission parlementaire propose d'ailleurs une procédure analogue à l'endroit de l'article 175-2 en prévoyant un sursis à la célébration du mariage en cas d'indices sérieux constatés par l'officier de l'état civil. Si la commission parlementaire juge indispensable de prévoir également en matière de transcription ou d'inscription d'un acte de l'état civil étranger sur les registres de l'état civil, le Conseil d'Etat estime qu'il vaudrait mieux aligner la procédure à celle prévue à l'article 175-2. En effet, le libellé proposé à l'alinéa 2 de l'article 47 est plutôt obscur. Il n'en résulte pas clairement qui prend la décision de surseoir à l'inscription ou la transcription. Contrairement à la procédure prévue à l'article 175-2, aucune voie de recours n'est prévue. En ce qui concerne le silence de huit mois visé par les auteurs, il ne résulte pas clairement du texte s'il s'agit du silence des autorités étrangères ou de celui du procureur d'Etat. Cependant, pour que le silence soit considéré comme décision de rejet de la demande, il doit pouvoir être imputé à une autorité nationale. Même si le procureur d'Etat doit informer l'intéressé de l'engagement de ces vérifications, il n'est cependant pas prévu qu'il prenne une décision formelle de refus. On peut donc supposer qu'à la fin du délai prévu, l'officier de l'état civil prend la décision de rejet de la demande. Les imprécisions et l'incohérence du texte proposé violent le principe de la sécurité juridique de sorte que le Conseil d'Etat s'oppose formellement au libellé du nouvel alinéa 2 de l'article 47 amendé.

Alinéas 3 et 4. Sans observation.

Ad 3)

Concernant le concept de „pères et mères“, le Conseil d’Etat rappelle sa préférence pour l’emploi du terme „parents“ qu’il avait émise dans son avis du 17 mai 2011 sur le projet de loi relatif à la responsabilité parentale (doc. parl. n° 5867⁴). Par ailleurs, il constate que le projet de loi visant à ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe en France, adopté en Conseil des ministres le 7 novembre 2012, prévoit également le mot „parents“ pour remplacer les termes „père et mère“.

Ad 4)

La modification du paragraphe 1er de l’article 63 ne donne pas lieu à observation.

L’audition préalable des futurs époux par l’officier de l’état civil avait été une des modifications essentielles proposées par le Gouvernement dans la lutte contre les mariages forcés ou de complaisance. Le dispositif y relatif avait pour objectif de détecter en amont des mariages simulés. La commission parlementaire propose de supprimer le point 2 du paragraphe 2 du projet de loi n° 5908 prévoyant l’audition des futurs époux alors qu’elle a des doutes sur la „compétence des officiers de l’état civil“ et l’efficacité de la procédure proposée. Cependant, par la modification proposée à l’endroit de l’article 146-1 amendé, une cause spécifique de nullité du mariage est prévue pour sanctionner les mariages de complaisance. De ce fait, les autorités de l’état civil obtiennent un moyen d’action non plus *ex ante* mais *ex post* contre les mariages simulés. Par ailleurs, aux termes du nouvel article 175-2, l’officier de l’état civil peut en cas d’indices sérieux saisir le procureur d’Etat et surseoir à la célébration du mariage. Le Conseil d’Etat se demande si les mêmes arguments que ceux produits en faveur de l’abandon de l’audition préalable ne pourraient pas être avancés dans l’hypothèse des articles 146-1 ou 175-2.

Le libellé du paragraphe 2 amendé, et notamment la suppression de l’exigence du certificat médical, ne donnent pas lieu à observation.

Ad 5), 6), 7), 9) et 10)

Les modifications proposées aux articles 70, 71, 73, 75, 79, 79-1 et 95 ne donnent pas lieu à observation.

Ad 8)

Le Conseil d’Etat n’a pas d’observation, mise à part celle déjà émise à l’endroit de l’article 1er, point 3) concernant l’emploi du concept de „pères et mères“. Il réitère sa préférence pour l’emploi du terme „parents“.

Article 2.– Le Livre Ier, Titre V, intitulé „Du mariage“

L’article 2 a pour objectif d’apporter au Livre Ier, Titre V du Code civil, relatif au mariage, les modifications nécessaires afin de permettre le mariage civil entre deux personnes de même sexe.

Ad 1)

La commission parlementaire reprend à l’endroit de l’article 143 la modification initialement envisagée à l’article 144 du Code civil (projet de loi initial n° 6172). La modification tend à introduire le mariage entre personnes de même sexe dans le Code civil. Il ainsi est prévu que „deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage“. Il est par ailleurs proposé d’exclure l’application de l’article 312 du Code civil, relatif à la présomption de paternité du mari, pour les mariages homosexuels.

Ces modifications n’appellent pas d’observation de la part du Conseil d’Etat.

Ad 2)

Concernant l’alignement de l’âge minimal des femmes pour contracter mariage à celui des hommes, la commission parlementaire reprend à l’article 144, alinéa 1er, sous réserve de supprimer le terme „révolus“, l’alinéa 3 de l’article 144 du Code civil proposé par le projet de loi n° 6172 initial.

Le Conseil d’Etat renvoie aux observations dans son avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n° 5914 ayant pour objet de modifier l’âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que

d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil. En effet, le Conseil d'Etat y avait invité les auteurs des différents projets actuellement sur le métier et modifiant en partie les mêmes dispositions du Code, à harmoniser lesdites dispositions, le cas échéant, en fonction de l'ordre chronologique du vote et de l'entrée en vigueur des différentes lois en cause.

Quant au deuxième alinéa de l'article 144, le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur du libellé de l'article 146-1 prévu par le projet de loi n° 5908 afin d'empêcher les mariages par procuration. L'alinéa 2 de l'article 144 proposé par la commission parlementaire interdit le mariage par procuration, sauf dispense préalable à accorder par le procureur d'Etat. Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu de la nécessité d'une telle dérogation pour les ressortissants luxembourgeois, même s'ils contractent mariage à l'étranger. Il propose la suppression de la deuxième partie de l'alinéa 2 en ce qui concerne la dispense et ceci à plus forte raison que le nouveau libellé de l'article 165 exige la présence des futurs conjoints devant l'officier de l'état civil.

Ad 3)

Le libellé du nouvel article 145 amendé s'inspire de l'article 145 du Code civil belge. La commission parlementaire suit ainsi le Conseil d'Etat dans ses observations formulées dans l'avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n° 5914.

Ad 4)

Le libellé du nouvel article 146-1 amendé reprend littéralement le texte de l'article 146*bis* du Code civil belge et ne donne pas lieu à d'autres observations que celles figurant à l'avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n° 5914.

Ad 5)

Le nouvel article 146-2 reproduit le libellé de l'article 146*ter* du Code civil belge, sauf à prévoir deux hypothèses alternatives pour l'annulation du mariage et non pas deux conditions cumulatives. Les auteurs se réfèrent aux travaux parlementaires belges selon lesquels „il s'agit de conférer au ministère public le droit de réclamer la nullité d'un mariage forcé devant les tribunaux civils“. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à l'introduction de cette nouvelle disposition.

Ad 6)

La modification prévue à l'article 147 ne donne pas lieu à observation.

Ad 7)

La commission parlementaire s'inspire de l'article 148 du Code civil belge pour la rédaction du nouveau libellé de l'article 148. Le Conseil d'Etat approuve cette démarche qu'il avait d'ailleurs recommandée dans son avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n° 5914. Dans le commentaire de l'article, les auteurs soulignent que le terme „parents“ est remplacé par ceux de „pères et mères“. Cependant, le Conseil d'Etat constate qu'à la première phrase les termes „père et mère“ qui figurent dans le texte actuel sont remplacés par le terme „parents“, tandis que le terme „parents“ est abandonné par la suite et remplacé par „pères et mères“. Le commentaire ne donne pas d'explication à cette terminologie divergente que le Conseil d'Etat recommande d'éviter. Par ailleurs, le Conseil d'Etat renvoie à l'observation faite à l'endroit de l'article 1er, point 3), et rappelle sa préférence pour le terme „parents“.

Ad 8), 9), 10), 11) et 12)

L'abrogation des articles 149, 150 à 154 et 158 à 160 de même que de l'article 160*bis* est une suite logique des modifications opérées aux articles 145 et 148. Par ailleurs, la suppression de la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels trouve l'accord du Conseil d'Etat.

Ad 13)

La commission parlementaire reprend le libellé de l'article 162 proposé dans le cadre du projet de loi n° 6172, sauf à supprimer le bout de phrase „légitimes ou naturels, les alliés au second degré“.

S'il est donc proposé d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, les auteurs du projet estiment cependant indiqué d'en exclure les frères et sœurs. Le Conseil d'Etat partage cette option, inspirée d'un

souci de clarté dans les relations familiales. Il relève encore que la généralité du libellé de l'article 162, à savoir „frères“ et „sœurs“ sans qualificatif, amène à conclure que sont concernés tous types de relations, à savoir légitimes, naturelles et adoptives. Il marque en conséquence son accord avec la suppression proposée par la commission parlementaire.

Ad 14)

La commission parlementaire reprend le libellé de l'article 163 du Code civil proposé par l'article 1er, point n° 4, du projet de loi n° 6172 qui énonce *mutatis mutandis* la prohibition du mariage entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et la nièce ou le neveu. Le Conseil d'Etat approuve cette modification.

Ad 15)

Sans observation.

Ad 16)

Le libellé proposé à l'article 165 impose la présence des futurs conjoints devant l'officier de l'état civil. Il est donc en ligne avec l'alinéa 2 de l'article 144 qui interdit le mariage par procuration. A noter qu'il ne reprend pas la possibilité de dispense prévue à cet article.

Ad 17) et 18)

Les modifications de terminologie prévues aux articles 166, 167 et 168 ne donnent pas lieu à observation.

Ad 19)

Sans observation.

Ad 20), 21) et 22)

Le Conseil d'Etat approuve en premier lieu l'emploi du terme „conjoints“ à l'article 171; il renvoie à cet égard à l'observation qu'il a faite à l'endroit de l'article 1er, point 1).

Il constate par ailleurs que ni le Gouvernement ni la commission parlementaire n'entendent changer l'article 171 qui a été introduit au Code civil dans sa version actuelle par la loi du 20 décembre 1990 portant approbation de la Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, signée à La Haye, le 14 mars 1978.

La Convention comporte, en ce qui concerne les conditions de fond du mariage, un article 3 faisant obligation à chaque Etat contractant de célébrer le mariage si les exigences du lieu de la célébration sont remplies pourvu que l'un des futurs époux ait soit la nationalité de cet Etat, soit sa résidence habituelle sur le territoire de celui-ci, ou encore si les conditions de la loi désignée par sa règle de conflit sont réunies.

Conformément à l'article 3 de la Convention, l'article 171 du Code civil prévoit en premier lieu que l'officier de l'état civil luxembourgeois sera obligé à célébrer un mariage si au moins l'un des futurs époux est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, lorsque les conditions de fond de la loi luxembourgeoise sont respectées. D'après l'exposé des motifs du projet de loi portant approbation de la Convention citée ci-avant (doc. parl. n° 2372), la notion de „résidence habituelle“ ne devrait pas viser un séjour passager, mais une habitation effective laissant présumer une implantation d'une certaine durée dans notre milieu social; une définition de cette notion a été donnée dans le cadre du Conseil de l'Europe (résolution (72)1 du 18 janvier 1971 sur l'unification des concepts juridiques de „domicile“ et de „résidence“), aux termes de laquelle „pour déterminer si une résidence est habituelle, il sera tenu compte de la durée et de la continuité de la résidence ainsi que d'autres faits de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables entre une personne et sa résidence“. Les auteurs du projet de loi conclurent à l'époque qu'„ainsi, lorsqu'un des époux se rattache à notre pays, soit par la nationalité, soit par une habitation continue, la loi luxembourgeoise s'appliquera non seulement aux conditions qu'il doit lui-même remplir pour pouvoir se marier, mais également à celles à remplir par l'autre conjoint sans attaches avec le pays.“ Faute de rattachement à notre pays, le principe d'une application distributive de la loi nationale des futurs époux s'applique. Selon la lecture du Conseil d'Etat, même l'omission du terme „ou“ entre les points 1 et 2 ne rend pas cumulatives les

deux conditions pour la célébration du mariage. Cependant, afin de dissiper tout doute sur l'interprétation, le Conseil d'Etat propose d'insérer le terme „ou“ entre les points 1 et 2, à l'instar de l'article 3 de la Convention. Il faut souligner que le Luxembourg est un des rares Etats au monde où la convention prévoyant ce système est en vigueur. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le maintien de cette disposition qui met tous les couples sur un pied d'égalité concernant les conditions de fond du mariage.

Concernant le recours à la notion de „pères et mères“ à l'article 173, il rappelle sa préférence pour le terme „parents“. Dans l'hypothèse où cette notion serait retenue, il recommande de remplacer à l'endroit de l'alinéa 1er de l'article 173 les termes „ou l'un d'eux“ par ceux de „ou l'un des parents“.

Ad 23)

Suite à l'abrogation de l'article 160, la suppression de la référence à cet article s'impose à l'endroit de l'article 174. L'adaptation rédactionnelle proposée par ailleurs ne donne pas lieu à observation.

Ad 24)

La nouvelle procédure prévue aux articles 145 et 148 nécessite un changement du renvoi prévu à l'article 175.

Ad 25)

L'article 175-1 proposé par la commission parlementaire reprend le libellé du texte proposé dans le projet de loi n° 5908, point 6. Le Conseil d'Etat renvoie aux observations émises dans son avis du 15 février 2011 relatif à ce projet.

Ad 26)

L'article 175-2 nouveau reprend le libellé prévu au point 7 du projet de loi n° 5908, en omettant la référence à l'audition préalable des futurs époux. Le Conseil d'Etat constate que la commission parlementaire supprime l'audition préalable des futurs époux au motif qu'elle a des interrogations et 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. Cependant, elle maintient la notion d'„indices sérieux“ sur lesquels l'officier de l'état civil peut se baser pour surseoir à célébrer le mariage. Le Conseil d'Etat renvoie à ses critiques émises dans son avis du 15 février 2011 sur le projet de loi précité.

Ad 27)

Le libellé de l'article 176 proposé par la commission parlementaire correspond à celui figurant au point 8 du projet de loi n° 5908. Le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 15 février 2011 y relatif.

Ad 28) et 29)

Sans autres observations que celles formulées dans l'avis du 15 février 2011 cité ci-devant.

Ad 30)

Le Conseil d'Etat propose l'omission du terme „néanmoins“. La modification proposée n'appelle pas d'autre observation.

Ad 31)

La commission parlementaire reprend la proposition du Gouvernement de permettre au procureur d'Etat de demander la nullité d'un mariage pour lequel le consentement a été vicié par la violence ou la menace. Le vice de consentement de la contrainte, y compris la crainte révérencielle, tel que figurant au projet de loi n° 5908, est abandonné par l'amendement proposé au motif que le nouveau libellé de l'article 146-2 prévoyant l'absence du libre consentement des deux conjoints ou la violence et la menace comme vices du consentement de l'un deux, inclurait ce vice de consentement spécifique.

Or, la crainte révérencielle peut s'exercer sans violence ou menaces. D'ailleurs, elle n'est pas considérée comme une violence morale si elle n'est pas accompagnée de menaces. Contrairement à la commission parlementaire, le Conseil d'Etat estime que la contrainte, incluant la crainte révérencielle envers les parents, ne sera plus considérée comme vice de consentement si elle n'est pas accompagnée

de violences ou de menaces. Il se prononce donc en faveur du maintien du texte gouvernemental qui constitue un moyen utile pour combattre les mariages forcés.

Ad 32)

Répondant aux critiques du Conseil d'Etat exprimées dans ses avis du 15 février 2011 relatifs aux projets de loi n^{os} 5908 et 5914, la commission parlementaire propose de prévoir un délai d'un an pour la prescription de l'action en nullité du mariage prévue à l'article 181. Le Conseil d'Etat peut y marquer son accord. Il propose de remplacer le mot „continuée“ par „continue“.

Ad 33)

La modification prévue à l'article 182 ne donne pas lieu à observation.

Ad 34)

Le projet de loi n^o 5914 avait prévu de prolonger le délai de recevabilité de l'action en nullité du mariage figurant aux articles 183 et 185 jusqu'à cinq ans. Le projet de loi n^o 6172 revenait à un délai de six mois pour la recevabilité de l'action en nullité du mariage prévu à l'article 185. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord à l'introduction d'un délai uniforme d'un an aux articles 183 et 185.

Ad 35)

La modification des renvois prévus à l'article 184 ne donne pas lieu à observation.

Ad 36)

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous le point 34).

Ad 37)

L'adaptation de l'article 186 ne donne pas lieu à observation.

Ad 38) et 39)

Le Conseil d'Etat renvoie à son observation à l'endroit de l'article 1er, point 1.

Ad 40)

La commission parlementaire propose de changer le libellé de l'article 192 et de l'aligner à l'article 63, paragraphe 3 en ce qui concerne le renvoi à l'article 264 du Code pénal. Le Conseil d'Etat peut se rallier à cette proposition.

Ad 41) à 53)

Le Conseil d'Etat renvoie à son observation à l'endroit de l'article 1er, point 1.

Ad 54)

L'abrogation de l'article 228 ayant figuré dans trois projets de loi différents (n^{os} 5155 amendé, 5914 et 6172) ne donne pas lieu à observation.

Article 3.– Autres dispositions modificatives ou abrogatoires du Code civil

Ad 1)

La modification de l'article 108 figure également dans le projet de loi n^o 5867 sur la responsabilité parentale, cependant avec un libellé différent. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations émises en date du 17 mai 2011 relatif audit projet de loi. Il recommande à la commission parlementaire de procéder à la modification de cet article dans le cadre de l'adoption dudit projet de loi afin d'éviter toute contrariété de texte.

Ad 2)

Sans observation.

Ad 3) et 4)

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations figurant sous les points 10 et 11 de son avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n^o 5914.

Article II

Le Nouveau Code de procédure civile est complété dans la deuxième Partie par un nouveau Titre VI*bis* comportant trois nouveaux articles qui règlent la procédure applicable aux demandes de mainlevée des décisions de sursis à la célébration du mariage et des oppositions au mariage. Ces articles ont figuré initialement dans le projet de loi n° 5908 sous un Titre VII. Le Conseil d'Etat maintient les observations émises au sujet desdits articles dans son avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi précité.

Article III

Sous cet article figurent trois nouveaux articles à insérer au Titre VII du Livre Ier du Code pénal qui est complété par un nouveau Chapitre VII*bis* relatif aux mariages et partenariats forcés ou de complaisance. La commission parlementaire reprend les articles proposés dans le projet de loi n° 5908 et fait siennes les propositions de texte suggérées par le Conseil d'Etat dans son avis afférent du 15 février 2011. Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

Article IV.– Dispositions d'ordre général

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la modification des dispositions réglementaires envisagée à l'alinéa 1er de l'article IV, point 1., alors que la modification de dispositions réglementaires par la voie d'une loi est contraire au principe de la hiérarchie des normes. Il ne saurait, d'autre part, accepter l'emploi des termes „et notamment dans les dispositions suivantes“ en ce qu'ils prêtent à équivoque.

Il propose en conséquence de rédiger cet alinéa comme suit:

„1° Dans les dispositions suivantes, au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi et sous réserve d'autres termes de remplacement prévus par la présente loi, les termes „époux“, „épouse“, „mari“, „femme“, „femme mariée“, „époux ou épouse“, „mari ou femme“ sont remplacés par celui de „conjoint“, les termes „époux et épouse“, „épouse et époux“, „mari et femme“, „femme et mari“ sont remplacés par celui de „conjoints“, le terme „veuve“ ou „veuf“ en tant que nom est remplacé par celui de „conjoint survivant“.“

Article V.– Dispositions abrogatoires

Sans observation.

Article VI.– Dispositions transitoires

Les dispositions transitoires appellent les observations suivantes:

En premier lieu, le Conseil d'Etat approuve le principe d'une application *ex nunc* des nouvelles dispositions. Néanmoins, faute de précisions concernant les instances dont il s'agit, il propose la suppression du paragraphe 1er de l'article VI.

Quant au paragraphe 2, concernant les mariages entre personnes dont l'une a été autorisée à changer le sexe sur les actes de l'état civil, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'aucune disposition du Code civil n'a prévu une cause d'annulation du mariage dans cette hypothèse, de sorte que ces personnes faute d'avoir divorcé restent mariées.

La disposition du paragraphe 2 est donc superfétatoire et à omettre.

Le Conseil d'Etat propose dès lors également la suppression du paragraphe 2.

Article VII.– Intitulé abrégé

La loi en projet ayant une visée uniquement modificative, il ne fait pas de sens de recourir à un intitulé abrégé. Le Conseil d'Etat propose en conséquence la suppression de l'article VII.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 27 novembre 2012.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Victor GILLEN

AVIS SEPARÉ DU CONSEIL D'ÉTAT

(27.11.2012)

– Par dépêche du 11 août 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat un projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, intitulé: „Projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption et modifiant: a) le Code civil b) le Nouveau Code de procédure civile c) le Code d'instruction criminelle d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise“ (doc. parl. n° 6172; réf. CE n° 48.972). Au texte du projet ont été joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Par la suite, le Conseil d'Etat a eu communication des prises de position suivantes:

- * l'avis de la Commission nationale pour la protection des données, par dépêche du 12 octobre 2010;
- * l'avis de la Chambre de commerce, par dépêche du 13 octobre 2010;
- * l'avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand, par dépêche du 27 octobre 2010;
- * l'avis du Centre pour l'égalité de traitement, par dépêche du 22 novembre 2010;
- * l'avis de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, par dépêche du 3 février 2011;
- * l'avis de la Chambre des métiers, par dépêche du 23 septembre 2011;
- * les avis de Rosa Lëtzebuerg asbl et de Transgender Luxembourg, par dépêche du 3 novembre 2011.

A noter que le Gouvernement paraît avoir omis de transmettre au Conseil d'Etat l'avis de la Chambre des salariés, cependant reproduit dans le document parlementaire n° 6172⁴.

– Par dépêche du 15 juillet 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, lui avait soumis le projet de loi ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:

- du Code civil;
- du Nouveau Code de procédure civile;
- du Code pénal (doc. parl. n° 5908; réf. CE n° 48.099),

sur lequel le Conseil d'Etat a rendu son avis, le 15 février 2011 (cf. doc. parl. n° 5908³).

– Par dépêche du 24 septembre 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, avait soumis à son avis le projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil (doc. parl. n° 5914; réf. CE n° 48.151), sur lequel le Conseil d'Etat a rendu son avis également le 15 février 2011 (cf. doc. parl. n° 5914⁶).

– Par une dépêche du 16 mai 2012 transmissive d'amendements parlementaires, le Président de la Chambre des députés a informé le Conseil d'Etat que la Commission juridique propose

- * de scinder le projet de loi susmentionné en premier lieu en deux projets de loi distincts, à savoir un projet de loi n° 6172A portant réforme du mariage et un projet de loi n° 6172B portant réforme de l'adoption;
- * de regrouper les trois projets sus-évoqués dans ledit projet de loi n° 6172A qui fait l'objet du présent avis.

Au texte desdits amendements parlementaires ont été joints des observations préliminaires, un commentaire, un texte coordonné ainsi qu'un tableau synoptique reprenant les dispositions actuelles du Code civil, les modifications du projet de loi refondu résultant des amendements parlementaires et des propositions du Conseil d'Etat émises dans ses avis précités du 15 février 2011.

CONSIDERATIONS GENERALES

Dans ses observations préliminaires, la commission parlementaire souligne qu'elle propose la scission du projet de loi n° 6172 en deux projets distincts et que dans le cadre des amendements soumis au Conseil d'Etat, le seul volet de la réforme du mariage, à savoir le projet de loi n° 6172A, est abordé. Le volet relatif à la réforme de l'adoption, à savoir le projet de loi n° 6172B serait entamé dans un deuxième temps. Toutefois, la commission parlementaire propose d'inclure d'ores et déjà 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 le souci d'assurer la cohérence des modifications législatives proposées et d'éviter tout risque de contradiction, la commission parlementaire propose de regrouper dans un seul texte les projets de loi n°s 5908, 5914 et 6172A. Le Conseil d'Etat note que l'article 1er, point 1, tirets 1 et 2 du projet de loi n° 6039 portant modification de certaines dispositions du Code civil, est intégré au présent projet de loi amendé et que la modification proposée à l'endroit de l'article 108 du Code civil par le projet de loi n° 5867 sur la responsabilité parentale est reprise dans le texte sous avis avec néanmoins un autre libellé. Comme les amendements touchent donc également les projets de loi n°s 6039 et 5867 précités, il aurait été utile d'en faire état dans l'entête des amendements sous avis.

*

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 par le Code civil. Le Conseil d'Etat constate qu'il s'agirait d'un changement fondamental des bases anthropologiques du mariage, confrontant notre société à un changement radical de paradigme qui doit nous interpeller et qui, selon lui, devrait faire d'abord l'objet d'un débat démocratique⁵ de société large et approfondi. Car la nature profonde de cette réforme mérite, au-delà de toutes considérations politiques, sociales et sociologiques qui en constituent la cause immédiate, que l'on s'interroge sur toutes les conséquences qu'implique l'ouverture de la forme du mariage actuelle aux couples de même sexe.

Le Conseil d'Etat demande à ce que, avant tout vote au Parlement, le projet de loi soit soumis à un tel débat. Pour l'alimenter, il présentera ci-dessous quelques éléments de l'histoire du mariage, de sa nature, des différentes options face à l'évolution du mariage.

*

HISTORIQUE

Déjà dans les sociétés antiques, le mariage était une institution sociale servant de cadre à l'accueil des enfants et, donc, à la pérennisation de la société. Il s'extériorisait dans certaines sociétés par un acte sacré et rituel, voire religieux. Ainsi, dans l'Egypte ancienne, le mariage reflétait la volonté des époux de former un couple à l'image des divinités égyptiennes. Le judaïsme mettait clairement en évidence la valeur de la procréation. Dans l'Antiquité gréco-romaine, le mariage était une institution sociale conçue pour veiller à la survie de la société, qui légitimait le statut des enfants qui en naissaient, assurait la transmission du patrimoine familial et assurait le statut social de la famille. Il faut toutefois noter que, dans la Rome antique, le mariage connaissait des formes multiples qui ont évolué au cours de l'histoire. Les juristes romains définissaient le mariage comme suit: „Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, c'est une société qui doit durer toute la vie (consortium omnis vitae), une mise en commun du droit divin et du droit civil.“ Formulée au IIIe siècle par Modestin, la définition est reprise dans les compilations de Justinien. De là, elle fait son entrée dans le droit canonique et est ensuite largement diffusée par lui.

Dans le contexte de la désagrégation progressive de l'Empire romain, c'est l'Eglise qui, depuis le Bas-Empire, assume la tutelle sociale de l'institution mariage en fixant ses principes, dont les plus importants étaient la liberté nécessaire des époux et l'indissolubilité de l'union. Pour l'Eglise, le

⁵ Selon Paul Ricoeur, „est démocratique, une société qui se reconnaît divisée, c'est-à-dire traversée par des contradictions d'intérêt et qui se fixe comme modalité d'associer à parts égales chaque citoyen dans l'expression de ces contradictions et la mise en délibération de ces contradictions, en vue d'arriver à un arbitrage“, *Dictionnaire de la langue française*, „Démocratie“.

mariage est à la fois, et de manière indissociable, contrat et sacrement. Cette position est définitivement fixée par le concile de Trente.

Dès le XVIII^e siècle, le pouvoir royal français affirme sa prétention, en ce qui concerne le mariage, de substituer, au moins partiellement, sa propre tutelle à celle de l'Église. A cet effet, il opère, à l'intérieur de l'institution mariage, la distinction entre le contrat et le sacrement, pour se réserver la connaissance exclusive de tout ce qui touche au contrat. Pareille évolution existe aussi dans certaines principautés allemandes du Saint-Empire. La Révolution française, en instituant le mariage civil par la loi du 20 septembre 1792, sécularise le mariage connu sous les termes de mariage civil; l'idée de sacrement n'y trouve plus sa place.

En tant qu'institution, le mariage civil introduit par la loi précitée de 1792 est entré dans le Code civil de 1804. C'est le Code civil de 1804 qui contenait, dans son article 213, une disposition qui avait la vie longue, à savoir: „le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari“. Il fallait bien le consentement des deux époux pour contracter le mariage, expression d'une liberté partagée, mais il a fallu attendre la loi du 12 décembre 1972 relative aux droits et devoirs des époux pour que le mariage soit enfin fondé sur le principe d'égalité.

Traditionnellement, seul le mariage avait pour effet de rendre légitime la filiation et de conférer aux enfants les droits qui en découlent, la consécration du principe d'égalité comme fondement du mariage s'étant également traduite, par la suite, par la reconnaissance de droits familiaux en dehors de l'institution maritale⁶. Le mariage n'est donc plus aujourd'hui l'unique porte d'entrée juridique dans la vie de famille.

*

DEFINITION

Le Code civil règle les conditions de fond et de forme pour contracter mariage, les conditions de fond et de forme de la dissolution du mariage, ainsi que le statut des époux, mais ne donne pas lui-même de définition, celle-ci étant trop évidente pour nécessiter une explication. Ainsi, dans l'esprit du Code civil, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, sur base d'un fondement anthropologique; cette différence de sexe résulte de l'article 75 du Code civil.

Dans les ouvrages juridiques ou encyclopédies, les définitions du mariage sont nombreuses et concordantes; en voici quelques-unes.

Le lexique des termes juridiques Dalloz définit le mariage comme étant une „union légitime de l'homme et de la femme résultant d'une déclaration reçue en forme solennelle par l'officier d'état civil qui a reçu auparavant les consentements des futurs époux, en vue de la création d'une famille et d'une aide mutuelle dans la traversée de l'existence“⁷.

Le dictionnaire juridique électronique le définit à son tour et écrit qu'„au plan du droit civil, le mariage est l'institution par laquelle un homme et une femme s'unissent pour vivre en commun et fonder une famille“⁸.

Un autre écrit encore que „le mariage est l'institution par laquelle un homme et une femme s'unissent pour vivre en commun et fonder une famille. Concernant l'âge du mariage, la loi dispose que l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. Le mariage civil (mariage à la mairie) est un contrat. C'est le concept juridique du mariage en tant qu'institution gouvernementale“⁹.

Pour le juriste Daniel Sterckz¹⁰, le mariage est un contrat-statut, car les effets du contrat, bien que contracté librement, échappent à la libre volonté des cocontractants. Le caractère d'ordre public est souligné par le rôle de l'officier de l'état civil et par la solennité de la célébration. Ce contrat-statut établit une communauté de vie caractérisée par la cohabitation, la fidélité et l'appui mutuel.

6 Cf. „La famille, le mariage et l'union maritale », introduction par Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat de France au colloque du comité de coopération judiciaire France/Irlande/Royaume-Uni en mai 2011.

7 Lexique des termes juridiques, édition Dalloz, 2003.

8 <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/mariage.php>

9 <http://dictionnaire-juridique.jurimodel.com/mariage.html>

10 Daniel Sterckz, Le mariage en droit civil, De Boeck&Larcier, 2004.

Quant aux finalités du mariage, les tenants du mariage-institution font valoir qu'elles sont objectives et dépassent les volontés individuelles, tandis que, pour d'autres, les fins du mariage sont abandonnées à la volonté de chaque couple.

*

DIFFERENTES POSITIONS

1. Supprimer le mariage, forme surannée

Le CEPS-Instead a publié une étude¹¹ de Maria Valentova, intitulée „Perception of marriage in Luxembourg“. Après des réflexions sur les facteurs multiples ayant conduit à l'apparition de formes diversifiées d'unions et de cohabitation entre personnes, ces unions se caractérisant plus par leur évolutivité que par leur durabilité, l'auteur relève certains éléments factuels: entre 1999 et 2008, le taux de mariage est tombé de 4,9 à 3,9 pour mille habitants et par an, plaçant le Luxembourg au dernier rang d'un échantillon de 15 pays de l'Union européenne. Un facteur déterminant dans cette baisse est l'introduction du partenariat par la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. On constate que mariage et procréation sont de plus en plus perçus comme non nécessairement liés. Une minorité des personnes interrogées dans le cadre de l'étude du CEPS, 32% en 1999 et 38% en 2008, a considéré que le mariage était une forme surannée et dépassée d'union. Pour les personnes qui décident de se marier, les facteurs déterminants ne semblent plus être des motivations d'ordre économique ou de statut, mais de l'ordre des seuls sentiments.

Le mariage civil, en tant que cadre spécifique et clairement défini quant aux droits et devoirs des époux qui en découlent, appartient-il désormais au passé?

Certains adhérents de cette position sont d'avis que ceux et celles qui désirent toujours célébrer un mariage solennel avec tous les éléments et la finalité du mariage entre personnes hétérosexuelles pourront toujours avoir recours à la bénédiction nuptiale dans le respect de leur propre tradition religieuse. Notons d'ailleurs que le Conseil d'Etat avait plaidé, dans son avis sur la réforme de la Constitution (doc. parl. n° 6030), de supprimer l'article 21 imposant actuellement la préséance légale du mariage civil à la bénédiction nuptiale.

2. Ouvrir le mariage aux partenaires de même sexe

Les tenants de cette position soutiennent l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe en vertu du principe de non-discrimination. Le mariage n'est plus perçu comme une institution finalisée et ordonnée à la fondation d'une famille par un homme et une femme, échappant de ce fait, dans l'intérêt général, à la libre disposition des individus, mais comme une institution à la disposition de toute personne souhaitant officialiser un lien affectif, indépendamment de la question de savoir si ce lien, parce que noué avec un partenaire de même sexe, ne peut pas aboutir à la fondation d'une famille au sens naturel du terme.

Des données statistiques qui évaluent le nombre de personnes homosexuelles vivant une relation stable et revendiquant le droit au mariage sont inexistantes au Luxembourg. Certains estiment qu'une faible minorité, 2-3% des homosexuels, serait intéressée à se lier par le mariage, les autres y étant indifférents, ou encore opposés¹².

La loi sur le partenariat visait, notamment, à fournir une réponse à cette demande de reconnaissance. On constate toutefois que bien plus de couples hétérosexuels se lient par cette forme de cohabitation que de couples homosexuels.

Toujours est-il que l'aspiration de certains à vivre une relation stable qui soit reconnue par la société est à prendre au sérieux. La non-reconnaissance officielle de ces liens est actuellement expérimentée par les personnes concernées comme une discrimination. Ceci dans le contexte du passé où, trop longtemps, les personnes homosexuelles furent montrées du doigt. Le Conseil d'Etat s'exprime fermement

¹¹ Cahier n° 2011-03

¹² Philippe Arino, „L'homosexualité en vérité“; Frédéric Aimard Editeur, octobre 2012; Xavier Bongibault, collectif „Plus gay sans mariage“.

contre toute forme d'homophobie et souhaite que le débat démocratique préconisé ne donne pas lieu à des dérives de ce genre.

La question selon le Conseil d'Etat n'est pas de reconnaître officiellement ou pas les liens stables et la solidarité mutuelle entre les partenaires de même sexe, selon lui la question est la forme à y donner. Faut-il une reconnaissance selon un mode égalitariste? L'institution-contrat du mariage est-il le cadre approprié pour ce faire? Ou bien ce cadre peut-il se retrouver dans la loi sur le partenariat à compléter éventuellement? Ou bien faut-il trouver encore, pour ce cas de figure, envisager une „troisième voie“ distincte?

3. Réserver le mariage aux couples hétérosexuels

Pour les personnes se réclamant de cette position, le mariage n'a jamais été un simple contrat; il a toujours eu la fonction sociale d'encadrer la transmission de la vie, en articulant les droits et devoirs des époux entre eux et à l'égard des enfants à venir. Selon ces personnes, c'est la responsabilité familiale qui est à la base de l'importance de l'engagement marital et la raison d'être de son encadrement légal. Or, il faut bien constater que seuls les couples hétérosexuels sont en mesure de procréer naturellement.

Ouvrir le mariage, réservé aujourd'hui entre un homme et une femme, à deux personnes de même sexe, sans modifier¹³ les liens entre conjugalité et création d'une famille, soulève des questions fondamentales.

En effet, les couples homosexuels ne peuvent pas fonder une famille au sens premier et naturel du terme. Ils ont besoin de l'intervention de tiers.

Les tenants du mariage „traditionnel“ réfutent que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe puisse être valablement justifiée par le principe de non-discrimination, sauf à considérer que le mariage n'est plus une institution visant à protéger la famille naturelle, fondement de la société, mais une institution visant à officialiser un sentiment amoureux.

Ils remarquent alors qu'une telle ouverture pourrait logiquement entraîner, par identité de motifs, la revendication à terme des mêmes droits par des personnes engagées dans d'autres liens affectifs, tels que des liens de polygamie par exemple.

Ils font remarquer enfin que la question du mariage homosexuel est en réalité indissociable de celle de l'accès des couples homosexuels à l'adoption et aux techniques de procréation assistée. Ils réfutent qu'il existe un droit des adultes, quels qu'ils soient, à l'enfant, et ils soutiennent, par contre, le droit de tout enfant à naître et grandir dans une famille composée d'un père et d'une mère, droit que les circonstances de la vie peuvent certes frustrer, mais que le législateur ne saurait remettre en cause.

*

CONCLUSIONS

Compte tenu des considérations qui précèdent, le principe de précaution, si haut en cours en d'autres domaines, exige qu'au préalable de toute initiative du législateur, une mûre réflexion et un large débat de société soient menés sur toutes les conséquences pouvant résulter du changement projeté des paradigmes du mariage.

En particulier, si le législateur ouvre la voie du mariage traditionnel aux personnes de même sexe, il devra avoir, en toute honnêteté intellectuelle, d'abord abordé et régler les questions suivantes. Ces couples auront-ils droit à recourir:

- à l'aide médicale à la procréation,
- à la gestation pour autrui,
- aux dons anonymes de gamètes,

¹³ A la fin de la célébration, un livret de famille basé sur la Convention créant un livret de famille international, signée à Paris le 12 septembre 1974 et ratifiée par le Luxembourg, sera remis au couple tant hétéro qu'homosexuel.

Au nouveau texte proposé pour l'article 213 sur les droits et devoirs respectifs des „conjoints“, l'alinéa 1er maintient que les „conjoints“ concourent dans l'intérêt de la famille ..., à élever les enfants et à préparer leur établissement. Et l'alinéa 2 ajoute que „si l'un des „conjoints“ manque gravement à ses devoirs ou met en péril les intérêts de la famille ...“.

- aux manipulations génétiques,
- à l'adoption d'enfants?

Dans ces conditions, et selon l'adage „qui dit A, dira aussi B“, le fait de scinder le projet de loi en deux projets, l'un consacré au mariage homosexuel et l'autre à l'adoption, pour discuter seulement ultérieurement de la seconde de ces questions, ne saurait donner satisfaction au Conseil d'Etat.

Que ces questions soient traitées d'abord 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, est une évidence et une obligation qui découle de la Convention internationale des droits de l'enfant.

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat ne pourra pas approuver les dispositions du projet de loi sous avis qui concernent l'ouverture du mariage aux personnes homosexuelles.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er. – Modifications du Code civil

Article 1er

Cet article regroupe les modifications apportées au Livre Ier, titre II intitulé „Des actes de l'état civil“.

Ad 1) art. 34

Pour ce qui est des personnes liées par le mariage, le Conseil d'Etat note que les dispositions modifiées du Code civil auront recours à la notion de „conjoint“ pour remplacer celle d'„époux“. Etymologiquement, le mot „époux“ vient du verbe latin „spondere“, promettre solennellement, reflet de la définition du mariage comme institution, alors que „conjoint“ remonte à „cum“ et „jungere“, joindre, associer qui privilégie la définition du contrat individuel entre deux personnes.

Le Conseil d'Etat s'exprime contre ce changement de terme, annonçant un changement de paradigme, et ceci avant tout débat démocratique approfondi sur les implications d'une telle modification.

Article 2. – Le Livre Ier, Titre V, intitulé „Du mariage“

L'article 2 a pour objectif d'apporter au Livre Ier, Titre V du Code civil, relatif au mariage, les modifications nécessaires afin de permettre le mariage civil entre deux personnes de même sexe.

Ad 1)

La commission parlementaire reprend à l'endroit de l'article 143 la modification initialement envisagée à l'article 144 du Code civil (projet de loi initial n° 6172). La modification tend à introduire le mariage entre personnes de même sexe dans le Code civil. Il ainsi est prévu que „deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage“. Il est par ailleurs proposé d'exclure l'application de l'article 312 du Code civil, relatif à la présomption de paternité du mari, pour les mariages homosexuels.

Pour les raisons plus amplement développées dans la partie considérations générales, le Conseil d'Etat s'oppose à ces modifications. Pour l'examen des autres articles, il se réfère aux observations de l'avis principal.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 27 novembre 2012.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Victor GILLEN

