

N° 6172⁸

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

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**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(16.9.2011)

Par sa lettre du 31 juillet 2010, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet loi repris sous rubrique.

*

1. OBSERVATIONS GENERALES

Le projet de loi sous rubrique vise à:

- ouvrir le mariage aux couples de même sexe;
- ouvrir l'adoption simple aux couples de même sexe et aux partenariats légalement enregistrés¹;
- exclure la possibilité aux couples de même sexe d'avoir des „enfants légitimes“ par filiation ou par l'adoption plénière;
- ouvrir l'adoption plénière aux personnes agissant seules²;
- permettre à l'enfant plénièrement adopté de bénéficier, à l'instar de l'enfant légitime, d'une adoption simple pour toute „causes graves“ et „dans son intérêt“ et non exclusivement aux seules hypothèses de la mort de l'un ou des deux adoptants³.

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe – qui correspond à une volonté politique et une évolution sociologique – remet en cause un des fondements actuels de l'institution du mariage, à savoir la finalité de procréation.

1 Le partenariat est organisé par la loi modifiée du 9 juillet 2004.

2 Il s'agit de mettre la loi en conformité avec la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

3 Il s'agit de mettre la loi en conformité avec l'arrêt No 25/05 de la Cour Constitutionnelle.

Une première atteinte entre „mariage“ et „lien de parenté“ a procédé du développement spectaculaire du nombre des enfants nés hors mariage (ou „enfants naturels“) à la fin du XXème siècle⁴.

Les législations vont devoir alors prendre acte de ce bouleversement et proclamer l'égalité des filiations légitimes et naturelles, ce qui ne va pas sans soulever des questions pertinentes en matière d'égalité des droits⁵.

Aujourd'hui l'ouverture du mariage aux couples du même sexe du projet sous rubrique prend en compte une évolution de l'institution du mariage: le mariage comme „reconnaissance sociale“.

Cependant, cette ouverture remet une fois de plus en cause le lien, de plus en plus ténu, entre „parenté“ (ou „vérité biologique“) et „autorité parentale“ (ou „vérité sociologique“).

Ainsi que le notent Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron (droit de la famille, 4ème ed. 2011): „Alors qu'autrefois les lois étaient construites sur le mariage, d'où découlait la filiation, l'autorité parentale et les obligations alimentaires, elles tendent aujourd'hui à distinguer les couples et les enfants (...)“.

La Chambre des Métiers regrette que le projet de réforme sous rubrique n'opère pas ce renversement total de perspective, mais propose de se servir de l'institution de l'adoption comme ligne intermédiaire semblant satisfaire à la fois les couples de même sexe, les enfants et les parents.

Le projet de loi sous rubrique a tenu compte des avis de l'Ombuds-comité fir d'Rechter vum Kand de 2008 et de la Commission Nationale d'Ethique de 2009⁶.

L'Ombuds-comité fir d'Rechter vum Kand s'est prononcé favorablement à la possibilité d'adoption simple par un couple homosexuel dès lors que l'intérêt de l'enfant sera garanti par „l'enquête sociale fouillée par un service agréé, spécialisé et compétent“ qui est nécessaire avant toute adoption.

La Commission Nationale d'Ethique s'est prononcée en faveur de l'adoption simple par un couple de même sexe lorsqu'elle est dans l'intérêt de l'enfant et „dans la mesure où elle sanctionne juridiquement une situation de fait, de liens affectifs et éducatifs existant entre ce partenaire (homosexuel) et l'enfant“.

A défaut de prévoir la possibilité d'adoption simple, la Commission Nationale d'Ethique remarque que „la situation de l'enfant ne trouvera pas de reconnaissance juridique“ et que „ce pragmatisme est encouragé, voire imposé, par la Cour Européenne des droits de l'homme“ suivant laquelle on ne peut pas refuser une adoption simple à une personne seule en raison de son orientation sexuelle et plus particulièrement au motif exprès ou explicite qu'elle cohabite ensemble avec une personne de même sexe (avis No 22, p. 10).

La Chambre des Métiers est cependant d'avis que, plutôt que de se servir de l'adoption comme un moindre mal, cette réforme est l'occasion de prononcer clairement le divorce entre „parenté“ et „autorité parentale“.

Il conviendrait en effet de lier ce projet de loi avec l'actuel projet de loi No 5867 relatif à la responsabilité parentale et, en particulier, en ce qu'il prévoit la possibilité de dévolution de l'autorité parentale à un tiers.

*

4 „Ce qui était un événement contraire aux normes sociales est devenu un événement banal“ relève F. Munoz-Perez et F. Prioux, INED, 1999.

5 Par exemple, les arrêts de la Cour Constitutionnelle du 6 juin 2008 (affaire No 44 du registre) et du 15 mai 2009 (affaire No 50 du registre).

6 Commission Nationale d'Ethique, Avis 22 „La législation relative aux adoptions et à la problématique de l'accouchement anonyme“.

2. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Ad article 1er 1°

Cet article du projet de loi sous rubrique modifie l'article 144 du code civil relatif au mariage afin:

- de permettre aux personnes de même sexe de se marier (alinéa 1er),
- de supprimer les discriminations entre hommes et femmes relativement à l'âge minimum pour contracter mariage (alinéa 3), et
- d'exclure l'application de la présomption de paternité de l'article 312 du code civil pour les mariages de couples de même sexe (alinéa 2).

En ce qui concerne l'exclusion de la présomption de paternité d'un enfant conçu pendant le mariage d'un couple de même sexe, l'exposé des motifs la justifie au motif de ce que la présomption de paternité „repose sur une réalité biologique indéniable“.

Cette affirmation est contestable car la présomption de paternité a été prévue à une époque où la preuve directe de la réalité et de la date de la paternité étaient impossibles.

„Retenant les vraisemblances – la bonne foi se présume, la fidélité aussi – la loi s'en est tenue alors à des probabilités, justifiées par l'intérêt social: l'époux est présumé le père de l'enfant de son épouse“ (droit civil, Alex Weill et François Terré, Dalloz, 5ème ed., p. 495).

Cette exclusion de la présomption de paternité pour certains couples au motif qu'ils ne peuvent pas avoir d'enfants car ils ont le même sexe est-elle justifiée par rapport aux couples qui ne peuvent pas avoir d'enfants pour d'autres raisons?

Cette présomption ne crée-t-elle pas par ailleurs des discriminations en faisant dépendre le statut des enfants de la situation de leurs „parents“ (mariés de sexe différents et les autres).

La Chambre des Métiers considère qu'il y a lieu de supprimer cette présomption, comme un héritage du passé qui n'est plus justifié, et de prévoir, dans la situation d'un enfant né dans le cadre d'un mariage, que le „mari“ – présumé de sexe différent – devra indiquer son nom dans l'acte de naissance afin d'établir la filiation.

Ce système est celui préconisé par les auteurs Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron (droit de la famille, 4ème ed. 2011): „La meilleure façon de faire triompher à la fois l'égalité entre enfants et l'égalité entre père et mère ne serait-elle pas de faire disparaître, tout simplement, la présomption de paternité au profit d'un système dans lequel l'indication du nom du père dans l'acte de naissance suffirait, comme pour la filiation maternelle, à établir la filiation paternelle?“

Ad article 1er 2°

Cette disposition organise un toilettage de l'article 148 du code civil qui prévoit et organise le consentement des deux parents pour qu'un de leur enfant mineur puisse se marier.

Le projet de modification précise que le consentement est demandé aux „pères et mères qui exercent l'autorité parentale“ par opposition aux parents biologiques.

La Chambre des Métiers est d'avis qu'il faut directement faire référence aux titulaires de l'autorité parentale sans faire référence aux parents ou aux „pères et mères“ comme prévu dans le projet de réforme sous analyse, car cette référence pose plus de problèmes qu'elle n'en résout (cf. le présent avis, „observations générales“).

En ce qui concerne l'alinéa 3 de l'article 148 du code civil qui fait référence „au conjoint qui aura obtenu la garde de l'enfant“, la Chambre des Métiers est d'avis que cet alinéa devrait être supprimé comme étant en contrariété avec la suppression de la notion de garde au profit de l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁷.

Ad article 1er 7°

Cette disposition propose de modifier l'article 213 du code civil qui est relatif aux droits et devoirs respectifs des époux en intégrant, à l'alinéa 2 de cet article, la notion de „pères et mères“.

⁷ Cf.: Cour constitutionnelle, 12 décembre 2008 (arrêt No 47 du registre) et le projet de loi No 5867 sur la responsabilité parentale.

Suivant la modification proposée si un des „pères et mères“ décède ou est absent, l'autorité parentale est exercée par „le ou les autres“.

Or, ce texte est critiquable car, non seulement il présuppose un nombre de „pères et mères“ a priori indéterminable, mais surtout il organise une confusion entre la notion de parenté avec la notion d'autorité parentale.

La Chambre des Métiers propose que l'alinéa 2 fasse référence à l'autorité parentale qui est exercée par les conjoints à l'égard de leurs enfants conformément aux articles 375 et suivants du code civil.

Ad article 2

Le projet de loi sous rubrique prévoit de modifier l'article 295 du code civil afin d'exclure la légitimation par mariage pour les mariages entre personnes de même sexe.

La Chambre des Métiers renvoie à ses remarques relativement à la présomption de paternité (ad article 1er 1°) et propose de faire dépendre le statut de l'enfant non pas de la situation des parents, mais d'un acte de volonté expresse.

Ad article 3

Cet article emporte une refonte globale des articles 343 à 366 en matière d'adoption simple, soit le chapitre 1er du titre VIII du code civil.

En ce qui concerne la modification proposée de l'article 344 du code civil:

La Chambre des Métiers soulève la question de l'opportunité d'ouvrir l'adoption aux conjoints de même sexe au regard des conséquences non maîtrisées relativement au nom que pourra/devra porter l'enfant (cf. ci-après, le présent avis en ce qui concerne la modification proposée de l'article 359 du code civil).

Une alternative raisonnable à l'adoption d'un enfant par deux conjoints de même sexe résiderait dans la possibilité d'attribuer au conjoint de même sexe l'exercice de l'autorité parentale⁸.

En ce qui concerne la modification proposée de l'article 359 du code civil:

Le paragraphe (1er) prévoit de réintroduire, comme exception au principe suivant lequel l'adopté porte le nom de l'adoptant, la possibilité pour l'adopté de „conserver son nom d'origine“.

Cette solution est considérée comme plus conforme avec le but de l'adoption simple qui est de pouvoir laisser subsister des liens avec la famille d'origine de l'adopté.

Cependant, la Chambre des Métiers ne comprend pas la nécessité de définir un tel „principe général“ (attribution du nom de l'adoptant) au regard des dispositions des paragraphes (3) et (4) qui posent le principe opposé, et le „principe général“ devenant l'exception (situations dans lesquelles l'adopté garde *en principe* son nom).

Les paragraphes (2), (3) et (4) de l'article 359 du code civil en projet reprennent les situations prévues par le droit positif en les étendant cependant aux partenariats à savoir:

- l'adoption d'un enfant par deux personnes (l'adopté n'ayant aucun lien biologique de parenté avec les adoptants): l'adopté porte le nom de ses „parents adoptifs“ tel qu'organisé par l'art. 57 du code civil „*et ce dans le respect de l'unicité du nom des enfants communs des adoptants*“;
- l'adoption par une personne mariée, ou en partenariat: le tribunal peut décider – à la demande d'une des parties et sous réserve du consentement du conjoint – que l'adopté porte le nom de l'adoptant soit en le substituant soit en l'accolant avec son nom;
- l'adoption de l'enfant du conjoint de l'adoptant ou du partenaire: le tribunal peut sur demande décider que l'adopté porte le nom de l'adoptant tel qu'organisé par l'art. 57 du code civil.

La Chambre des Métiers est d'avis que la solution donnée aux différentes situations envisagées n'est pas sans poser des risques de discrimination.

En effet, la possibilité de l'adopté de conserver son nom d'origine, prévue en cas d'adoption par une personne seule, n'est pas prévue en cas d'une adoption réalisée simultanément par deux personnes.

⁸ Projet de loi relatif à l'autorité parentale, doc. parl. No 5867, articles 379 à 381 du code civil.

Cette différence de traitement ne relève-t-elle pas d'une discrimination?

De plus, le renvoi aux dispositions de l'article 57 du code civil en cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou du partenaire de même sexe n'est plus adapté, cet article faisant référence au nom du „père“ ou de la „mère“.

„(...) l'enfant peut acquérir soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leur deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux.“

Ce renvoi imposerait de modifier l'article 57 du code civil de la manière suivante: *„(...) l'enfant peut acquérir soit le nom de son père **parent 1**, soit le nom de sa mère **son parent 2**, soit leur deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux“.*

Enfin, et de manière plus générale, la Chambre des Métiers n'adhère pas à cette fiction juridique qui légitime une „usurpation“; ceci ne pouvant pas aller dans l'intérêt de l'enfant.

En effet, ainsi que relève et critique le Professeur de droit Jean-Louis Renchon⁹, l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe permet de *„nommer, pour l'enfant, la compagne de sa mère comme étant elle-même une mère venant se substituer à un père inexistant“* et il y a un risque évident de créer une *„généalogie faussée“*.

Les autres modifications n'emportent pas de commentaires mis à part les remarques générales ci-énoncées.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre des Métiers ne peut accepter le projet de loi sous avis que sous réserve de la prise en considération des observations formulées.

Luxembourg, le 16 septembre 2011

Pour la Chambre des Métiers,

Le Directeur,
Paul ENSCH

Le Président,
Roland KUHN

⁹ *„Du nom de l'enfant lors de son adoption au sein d'un couple de même sexe ou d'une manière supplémentaire de gommer la différence des sexes dans l'identité d'un enfant“* Revue trimestrielle de droit familial, Larcier 1/2011.

