

N° 6568²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session extraordinaire 2013-2014

PROJET DE LOI

portant réforme du droit de la filiation, modifiant

- le Code civil,
- le Nouveau Code de procédure civile,
- le Code pénal,
- la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
- et la loi communale du 13 décembre 1988

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
Avis du Parquet Général du Grand-Duché de Luxembourg	
- Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (4.2.2014).....	2
<i>Annexes</i>	
1) Avis de la Cour Supérieure de Justice.....	37
2) Avis du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg sur les dispositions de nature civile du projet de loi.....	38
3) Avis du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg concernant l'incidence au pénal du projet de loi.....	40
4) Avis du Parquet de Diekirch	
- Dépêche du Procureur d'Etat au Procureur Général d'Etat (11.10.2013).....	43
5) Avis du Parquet de Luxembourg (30.12.2013).....	49

*

**AVIS DU PARQUET GENERAL
DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG**

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(4.2.2014)

Monsieur le Ministre de la Justice,

Le Parquet Général ne peut qu'approuver l'initiative du Gouvernement de vouloir réformer le droit de la filiation, qui n'a plus connu de modification substantielle depuis les années 70.

Il est vrai que beaucoup des sujets abordés dans le cadre du présent projet de loi sont très sensibles. Il y en a beaucoup qui sont controversés et loin de faire l'unanimité. La soussignée ne veut bien entendu pas se mêler aux choix politiques à faire. Elle entend toutefois attirer votre attention sur des problèmes apparus à l'étranger concernant des notions et des procédures prévues dans le projet, et aussi citer les jurisprudences, notamment de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui méritent d'être prises en compte dans l'élaboration d'un projet de réforme relatif à la filiation.

La loi du 13 avril 1979 réformant le droit de la filiation, avait déjà fait disparaître certaines discriminations à l'égard des enfants naturels et surtout à l'égard des enfants adultérins. Néanmoins des discriminations flagrantes continuaient à exister.

L'un des objectifs du projet de loi consiste à parfaire l'égalité de tous les enfants. La réalisation de cet objectif aura des répercussions sur les modes d'établissement de la filiation.

Ensuite, il s'agit de relever le défi posé par l'évolution de la médecine en matière de procréation, qui suscite des problèmes d'ordre éthique et juridique.

Finalement le projet prévoit une harmonisation des procédures en matière de changement de nom.

Constat préliminaire concernant les délais pour agir en matière de filiation:

Au fil des dernières années, la jurisprudence luxembourgeoise a fait disparaître certaines discriminations en matière de délais pour agir.

- L'article 340-4 du Code civil:

L'article 340-4 du Code civil actuel dispose que „*L'action [en recherche de paternité d'un enfant naturel] doit, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance de l'enfant.*

Si elle n'a pas été exercée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut l'exercer pendant les deux années qui suivent sa majorité.

Dans les deux cas, le titulaire de l'action peut être relevé de la déchéance encourue lorsqu'il y a eu impossibilité matérielle ou morale d'agir endéans les délais prévus.“ Par contre, l'article 329 du Code civil dispose que „*L'action en réclamation [d'état d'enfant légitime] ne peut être intentée que par l'enfant, par ses père et mère ou par ses héritiers.*

L'enfant peut l'intenter pendant toute sa vie (...)“

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a décidé que cette différence de délais constitue une discrimination, qui ne se justifie pas. Il a dès lors, dans plusieurs décisions, écarté l'article 340-4 du Code civil pour être contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹.

La Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 29 juin 2012², a décidé que l'article 340-4 du Code civil n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution³, étant donné qu'il limite le délai d'introduction de l'enfant, qui entend établir la paternité naturelle à deux ans à partir de sa naissance, sinon deux ans à partir de sa majorité, alors que l'article 329 du Code civil, édicte l'imprescriptibilité de l'action de l'enfant, qui veut faire établir une filiation légitime.

¹ p. ex. TAL civil, 1e ch., 6 décembre 2007, n° 466/2007, n° 99905 du rôle; TAL civil, 1e ch., 20 décembre 2007, n° 481/2007, n° 105348 du rôle

² Arrêt 72/12 du 29 juin 2012, n° 00072 du registre

³ Article 10bis, § 1: „Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi“

- L'article 322-1 du Code civil:

La Cour constitutionnelle fut encore saisie d'une autre question préjudicielle ayant également trait à la différence de régime entre filiation naturelle et filiation légitime. L'article 322-1 du Code civil limite le délai d'introduction de l'action de celui qui prétend être le véritable parent, et qui entend contester la filiation légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par la possession d'état, à la période de la minorité de l'enfant. Or, aux termes de l'article 339, alinéa 3, du Code civil, l'action de celui qui prétend être le véritable parent, et qui entend contester la filiation naturelle, non consolidée par une possession d'état continue et non conforme de plus de dix ans, est imprescriptible. Là encore, la Cour constitutionnelle a décidé, dans un arrêt rendu en date du 25 mars 2011⁴, que cette différence de délais ne se justifie pas, et que l'article 322-1, alinéa 3, du Code civil, n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution.

En pratique, les différentes décisions de justice précitées ont eu pour conséquence que certaines actions en matière de filiation sont actuellement devenues imprescriptibles.

Compte tenu de ces jurisprudences, une harmonisation des différents délais d'action s'impose sûrement. Peut-être faudrait-il même aller plus loin, et désormais prévoir les mêmes actions pour toutes les filiations.

- *Remarque préliminaire concernant la structure du projet de loi*

L'article 312 du projet de loi consacre l'égalité de tous les enfants, à condition que leur filiation soit légalement établie, et le projet se propose d'harmoniser les modes d'établissement de la filiation.

Tout d'abord il est regrettable que les articles ayant trait à l'établissement de la filiation ne soient pas regroupés de manière structurée, mais se trouvent éparpillés dans différentes sections du Code civil.

Ainsi l'article 312 est suivi d'un Chapitre 1er – *Dispositions générales* (concernant l'établissement de la filiation) comportant une Section I – *Des preuves et présomptions*, une Section II – *De l'assistance médicale à la procréation*, et une Section III – *Des règles de dévolution du nom de famille*. Suit un Chapitre II – *De l'établissement de la filiation*⁵, suivi d'un Chapitre III – *Des actions relatives à la filiation* contenant une Section II – *Des actions aux fins d'établissement de la filiation*.

Il serait beaucoup plus judicieux de regrouper dans un même chapitre⁶: tout d'abord, tous les articles relatifs à l'établissement extra-judiciaire de la filiation dans un ordre logique, en commençant par la filiation établie par l'effet de la loi, suivie de la reconnaissance volontaire et de la possession d'état constatée par acte de notoriété, et en terminant par les règles spécifiques en cas d'assistance médicale à la procréation; et ensuite, les actions de justice tendant à l'établissement de la filiation.

En ce qui concerne la Section III – *Des règles de dévolution du nom de famille* (articles 314 à 314-5 du projet), il faudrait intégrer ces règles dans l'article 57 du Code civil relatif à l'acte de naissance, qui contient les règles concernant le choix des prénoms de l'enfant, et qui contient d'ores et déjà des règles relatives à la dévolution du nom. Ainsi les règles en matière de prénoms et de noms seront regroupées.

*

4 Arrêt n° 61/11 du 25 mars 2011, n° 00061 du registre

5 Ce chapitre II ne vise en fait que les modes d'établissement extra-judiciaires de la filiation

6 Ou dans deux chapitres distincts portant des intitulés correspondant au contenu

1) LES MODES D'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION

a) L'établissement de la filiation par l'effet de la loi

– *La filiation maternelle:*

L'article 315 du projet dispose que „*La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.*“ Cet article fusionne les actuels articles 319 (relatif à la filiation légitime) et 443, alinéa 3, (relatif à la filiation naturelle) du Code civil.

– *La filiation paternelle:*

Les articles 316 à 319 du projet concernent la présomption de paternité.⁷ Il s'agit du principe *pater est quem nuptiae demonstrant*.

La présomption de paternité, en tant que mode d'établissement de la filiation, appelle trois observations:

- 1) Ce mode d'établissement de la paternité ne concerne que la filiation d'un enfant dont les parents sont mariés. Il dénote une certaine faveur pour le mariage, ce qui n'est pas contestable en soi, mais cette présomption fait perdurer une différence entre les enfants „nés dans le mariage“ et les enfants „nés hors mariage“ (d'après la terminologie du projet de loi).
- 2) Même s'il est question de l'établissement de la filiation „par l'effet de la loi“, ce mode d'établissement de la paternité n'a rien d'automatique. Ainsi l'article 317 du projet dispose: „*La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père.*“ La mère mariée⁸ peut donc choisir de faire inscrire ou de ne pas faire inscrire le nom de son mari dans l'acte de naissance de son enfant. Par contre, le mari ne peut pas s'opposer à ce que son nom soit inscrit dans l'acte de naissance, mais il ne peut pas non plus exiger qu'il le soit. De ce fait, une inégalité existe entre les deux époux.
- 3) La règle *pater est* était à l'origine une présomption irréfragable de la filiation. Le mari de la mère de l'enfant était considéré comme le père de celui-ci, même quand il ne pouvait manifestement pas en avoir été le géniteur. L'article 316 de la première version du Code Napoléon permettait au mari (et à lui seul) de contester la filiation, et il ne pouvait (en principe) exercer ce droit que dans un délai d'un mois à partir de la naissance de l'enfant. Cette règle perd graduellement du terrain dans la mesure où les systèmes juridiques reconnaissent à un nombre croissant de plaignants le droit de contester la filiation dans des délais de plus en plus longs. Il s'agit aujourd'hui plutôt d'une sorte de présomption simple, qui ne cesse de perdre de son importance face aux techniques médicales modernes.

Au vu de ce triple constat, il faut se demander si la présomption de paternité doit être maintenue telle quelle.

Après la naissance d'un enfant dont les parents sont mariés, c'est normalement le père qui va déclarer la naissance à l'officier de l'état civil. Il pourrait alors faire une reconnaissance volontaire, qui sera inscrite dans l'acte de naissance. La démarche à faire par un père marié à la mère de l'enfant serait alors exactement la même que celle à faire par le père d'un enfant „né hors mariage“.

Cette solution présente l'avantage d'assimiler davantage les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés. S'y ajoute que la reconnaissance constitue non seulement un acte juridique, mais également un acte symbolique très important. Reconnaître un enfant et l'accueillir comme le sien ... Pourquoi en priver les pères mariés?

L'on pourrait faire valoir que la présomption de paternité constitue une sorte de garantie pour la mère mariée. Elle ne doit pas compter sur le bon-vouloir du père de l'enfant, voire même prouver qu'il est le père de son enfant. Il suffit qu'elle invoque la présomption de paternité, et son mari est considéré comme le père de son enfant.

Or, d'un côté, le problème est justement que c'est la mère seule, qui „dispose“ de cette présomption de paternité, et qui peut choisir de l'invoquer ou de ne pas l'invoquer. Les époux se trouvent dans une situation d'inégalité, qui ne se justifie pas.

⁷ Article 316: „*L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari de la mère.*“

⁸ Le cas échéant par l'intermédiaire de la personne mandatée par elle pour déclarer la naissance, p. ex. la sage-femme

D'un autre côté, une telle conception correspond peut-être à une vision trop conflictuelle des choses. La quasi-totalité des naissances d'enfants légitimes sont aujourd'hui déclarées par le père, mari de la mère. Ces pères refuseraient-ils de signer une reconnaissance volontaire, ensemble avec la déclaration de naissance?

Si la présomption de paternité peut garder une raison d'être, c'est bien dans des situations exceptionnelles, dans lesquelles une certaine garantie en faveur de la mère mariée peut se justifier. Ainsi, la présomption doit être maintenue au cas où le mari de la mère est décédé entre la date de la conception et la date de la naissance de l'enfant (voire avant la déclaration de naissance). Aussi serait-il envisageable de prévoir un renversement de la charge de la preuve au cas où la mère intenterait une action en recherche de paternité contre l'homme avec lequel elle fut mariée entre la date de la conception et la date de la naissance de l'enfant, et qui n'a pas reconnu l'enfant.

b) L'établissement de la filiation par la reconnaissance

Actuellement la reconnaissance volontaire constitue un mode d'établissement de la filiation particulier, réservé à la seule filiation naturelle. Une filiation légitime ne peut actuellement pas être établie moyennant une reconnaissance.⁹

Le projet de réforme innove en ce sens qu'il permet au mari de la mère de reconnaître l'enfant né de son épouse. Cette possibilité rend superflue l'action en rétablissement de la présomption de paternité prévue à l'article 337 du projet de loi.

Cette assimilation entre filiation „*hors mariage*“ et filiation „*dans le mariage*“ est à saluer, mais elle devrait être beaucoup plus générale, la reconnaissance devenant le mode d'établissement „normal“ de toutes les filiations.¹⁰

Une remarque s'impose ici également en ce qui concerne la structure du projet de réforme:

- la possibilité pour le mari de reconnaître l'enfant de son épouse, est inscrite à l'article 319, qui fait partie du Paragraphe II intitulé *De la présomption de paternité*, ce qui peut paraître paradoxal;
- le projet de loi prévoit d'insérer au Titre II du Code civil – „*Des actes de l'état civil*“, dans le Chapitre II „*Des actes de naissance*“, une nouvelle section II – *Des actes de reconnaissance*. Là encore, il paraît illogique d'insérer dans un chapitre portant le titre „*Des actes de naissance*“ une section relative aux actes de reconnaissance.

Il serait plus judicieux de regrouper tous les articles relatifs à la reconnaissance dans la Section II (du Chapitre II – *De l'établissement de la filiation*) intitulée *De l'établissement de la filiation par la reconnaissance*.

c) L'établissement de la filiation par la possession d'état

La notion de possession d'état est une particularité du droit français et des systèmes juridiques romains qui s'en inspirent. Elle est inconnue dans les autres systèmes juridiques d'Europe continentale, qui la rejettent en raison de son incertitude.

Dans le Code civil actuel, la possession d'état joue deux rôles différents:

Il s'agit d'un mode d'établissement de la filiation, et il s'agit d'une fin-de-recevoir empêchant certaines actions en justice.

Dans le cadre de la présente section, la soussignée va se limiter à examiner la possession d'état comme mode d'établissement de filiation, en faisant le constat de la situation actuelle, pour la comparer aux modifications proposées. La possession d'état comme fin de non-recevoir sera examinée à part, dans le contexte des actions en contestation de filiation.

La possession d'état comme mode d'établissement de filiation:

⁹ Si le nom du mari de la mère n'est pas inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant, le mari ne peut pas faire de reconnaissance volontaire afin d'être considéré comme le père de cet enfant.

¹⁰ Voir sub 1)a)

Le droit positif actuel:

– En matière de filiation légitime:

L'article 320 dispose qu'„à défaut de titre, la possession d'état d'enfant légitime suffit.“

Aux termes de l'article 321, „La possession d'état d'enfant légitime s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir.

La possession d'état doit être continue.

Les principaux de ces faits sont:

que l'individu a toujours porté le nom de celui dont il est issu;

que le père et la mère l'ont toujours traité comme leur enfant et qu'il les a traités comme ses père et mère;

qu'ils ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien et à son établissement;

qu'il est reconnu pour tel dans la société et par la famille;

que l'autorité publique le considère comme tel.“

L'article 321-1 précise qu'„Il n'y a de possession d'état d'enfant légitime qu'autant qu'elle rattache l'enfant indivisiblement à ses père et mère.“

Le Code civil actuel prévoit que l'application de la présomption de paternité dépend de la possession d'état qu'a l'enfant.

Ainsi l'article 313, alinéa 2, dispose que, lorsque la présomption de paternité ne s'applique pas dans les cas décrits à l'article 313, alinéa 1er,¹¹ „la présomption de paternité retrouve, néanmoins, de plein droit, sa force si l'enfant, à l'égard des deux époux, a la possession d'état d'enfant légitime.“

Par contre, aux termes de l'article 313-1, „La présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession qu'à l'égard de la mère.“

Aux termes de l'article 329 du Code civil, l'action en réclamation d'état peut être exercée par l'enfant, par ses père et mère, ou par ses héritiers.

– En matière de filiation naturelle:

L'article 334, alinéa 4, dispose qu'„à défaut d'acte de naissance énonçant le nom de la mère, ou de reconnaissance faite par la mère, la filiation maternelle de l'enfant naturel se prouve par la possession continue de l'état d'enfant naturel.“¹²

Il n'existe aucune disposition analogue concernant la filiation paternelle.

L'analyse de la jurisprudence en matière de filiation depuis la dernière grande réforme du droit de la filiation en 1979 révèle que:

- les tribunaux luxembourgeois n'ont pas eu à statuer sur une seule demande tendant à l'établissement d'une filiation maternelle sur base d'une possession d'état d'enfant naturel.
- de même, les tribunaux n'ont pas eu à connaître de demande tendant à établir la filiation légitime vis-à-vis des deux parents sur base d'une possession d'état d'enfant légitime.
- les seules affaires, dans lesquelles la possession d'état fut invoquée, concernaient l'établissement de la filiation paternelle à l'égard du mari de la mère, lorsque le mari de la mère n'était pas inscrit dans l'acte de naissance comme père de l'enfant. Les demandeurs étaient alors la mère de l'enfant et son mari, ou le mari de la mère seul.

¹¹ En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de 300 jours après l'assignation en divorce ou la 1ère comparution en cas de divorce par consentement mutuel, et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation.

¹² La définition de la possession d'état d'enfant naturel se trouve inscrite à l'article 334, alinéa 5 et suivants, diffère légèrement de celle de la possession d'état d'enfant légitime.

Le projet de réforme:

Le projet de loi (article 319) prévoit de permettre au mari de la mère de reconnaître l'enfant de son épouse, de sorte que le mari de la mère (ou les deux époux) n'auront plus besoin d'intenter une action en justice afin d'établir la paternité du mari, au cas où celui-ci ne figure pas dans l'acte de naissance comme père de l'enfant. Cette nouvelle possibilité est à saluer.

Néanmoins, le projet de loi maintient la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation et innove en la matière. Non seulement la notion de possession d'état se trouve redéfinie, mais le projet de loi prévoit également une nouvelle procédure par acte notarié en vue d'établir la possession d'état.

Toutefois, le maintien de ce mode d'établissement de la filiation soulève des interrogations. La notion redéfinie et la nouvelle procédure par acte notarié ne sont pas non plus à l'abri de critiques.

– Quant au principe:

La notion de possession d'état correspond à une vérité sociologique, qui est, à la fois, d'ordre psychologique et affectif. Dans la loi du 3 janvier 1972, le législateur français avait essayé de concilier la recherche de la vérité biologique et de la vérité sociologique, à laquelle une très large place avait été réservée. Ainsi cette loi a organisé un mode de preuve simplifié de la possession d'état par le moyen d'un acte de notoriété délivré par le juge des tutelles (art. 311-3, 1er alinéa, devenu l'actuel article 317 du Code civil). Cet acte, dressé sur la déclaration de trois témoins, n'a pas besoin d'être homologué.

Les récentes réformes du droit de la filiation en France (ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, ratifiée par une loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009) n'y ont rien changé. La possession d'état demeure un mode d'établissement de la filiation en mariage et hors mariage. Deux voies sont ouvertes pour établir l'existence de la possession d'état et, partant l'établissement du lien de filiation maternelle ou paternelle, qu'il s'agisse d'un enfant conçu ou né en mariage ou d'un enfant né hors mariage: soit la délivrance d'un acte de notoriété (article 317 du Code civil français), soit un jugement rendu à l'issue d'une action en constatation de la possession d'état (article 330 du Code civil français). Il n'existe pas de hiérarchie entre les deux modes de constatation de la possession d'état, et dans les deux hypothèses, la preuve est libre, s'agissant de démontrer des éléments de fait. La Cour de cassation française a également décidé que „*l'échec d'une action en recherche de paternité n'élève pas de fin de non-recevoir à la demande en constatation de la possession d'état, dans la mesure où il n'y a pas d'identité d'objet ni de cause.*“¹³ Autrement dit: en matière de possession d'état, ce n'est pas la vérité biologique qui est recherchée.

Le projet de réforme reprend quasi textuellement les articles du Code civil français relatifs à la possession d'état, y compris l'article 317¹⁴ relatif à la délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état. Au Luxembourg il serait ainsi créé une nouvelle procédure, qui existe en France depuis 1972 et y a été maintenue depuis.

Or, aujourd'hui le contexte n'est absolument plus le même. Dans les années 1970 existaient des méthodes simples de test de paternité, qui ne permettaient pas de confirmer un lien de parenté, mais qui pouvaient exclure certaines hypothèses, telle que la méthode des groupes sanguins. En outre, les laboratoires ont commencé à utiliser ce qui est connu sous le nom HLA (antigènes d'histocompatibilité humains); une méthode offrant 80% de précision. Une décennie après, dans les années 1980, d'énormes progrès ont été réalisés dans les tests ADN. Sir Alec Jeffreys, biologiste de l'université de Leicester en Angleterre, a découvert les techniques d'empreintes génétiques. Cela a apporté une fiabilité extraordinaire! Hormis le cas de deux jumeaux vrais, la probabilité d'avoir deux empreintes identiques est de l'ordre de 1 sur 10 milliards. Cette méthode permet d'affirmer la paternité (ou la maternité) avec un risque d'erreur infinitésimal, de l'ordre du dix milliardième.

Bien sûr le législateur français de 1972 ne pouvait prévoir les progrès de la biologie, et peut-être que le législateur français de 2009 a bien fait de maintenir des procédures fonctionnant depuis quarante ans. Or, au Luxembourg, la question est tout autre: faut-il introduire aujourd'hui, dans le contexte actuel, une procédure supplémentaire axée sur la possession d'état?

¹³ Cass, 1ère civ. 27 juin 2000, n° 98-23.065: JurisData n° 2000-02794

¹⁴ = article 323 du projet

S'y ajoute que depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de filiation est devenue de plus en plus abondante. Et elle s'est très largement prononcée en faveur du droit de connaître ses origines et de la vérité biologique.¹⁵

– *Quant à la notion de possession d'état:*

Traditionnellement la possession d'état se caractérise par le *nomen*, le *tractatus* et la *fama*.

L'article 312-5 du projet de loi dispose que „*La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux faits sont:*

- 1° *que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents;*
- 2° *que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation;*
- 3° *que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille;*
- 4° *qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique;*
- 5° *qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue.*“

La notion ne change pas beaucoup par rapport à l'actuel article 321 du Code civil, mais l'ordre des différents éléments (*nomen*, *tractatus*, *fama*) est interversé pour devenir *tractatus* (*le traitement*), *fama* (*l'image sociale*), *nomen* (*le nom*). Dans le commentaire des articles, il est exposé que cet ordonnancement correspond mieux aux réalités concrètes d'aujourd'hui et à l'importance de chacun de ces éléments au regard de la valeur probatoire de l'ensemble. A y regarder de près, il est toutefois permis de se demander si un quelconque de ces éléments répond encore aux réalités d'aujourd'hui.

Tout d'abord, c'est sûrement à juste titre que le nom ne figure plus que comme dernier dans cette liste. Suite à l'établissement de la filiation, la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie, pourra conférer son nom à l'enfant. En application de nos règles de dévolution du nom¹⁶, aucun enfant ne porte le nom d'une personne à l'égard de laquelle un lien de filiation n'est pas établi.¹⁷ L'attribution du nom peut être une conséquence du lien de filiation, mais ne saurait constituer une condition de son établissement. La conséquence logique serait de rayer le nom de cette liste d'éléments constitutifs de la possession d'état.

Les points 3° et 4° visent la *fama*, la réputation. L'enfant doit être considéré comme l'enfant d'un tel par la famille, par la société et par l'autorité publique. Dans le commentaire des articles, des exemples sont cités: les voisins, le médecin, la crèche, l'établissement scolaire ... De nos jours, que valent les impressions, les avis de toutes ces personnes, compte tenu du nombre croissant de familles recomposées? Le nouveau partenaire de la mère (ou la nouvelle compagne du père) qui conduit l'enfant à la crèche, qui l'accompagne chez le médecin, qui contrôle ses devoirs scolaires, ... Nombreux sont ceux qui vont penser qu'il s'agit de l'autre parent de l'enfant. Mais est-ce que cela peut avoir la moindre valeur probatoire pour l'établissement de la filiation dans notre société moderne actuelle?

En ce qui concerne l'„*autorité publique*“, la situation est encore beaucoup plus claire: il est exclu que la caisse de maladie, l'administration des contributions directes, la caisse des allocations familiales, le ministère de la justice, le bureau des passeports, ou n'importe quelle autre administration, ne considèrent une personne comme le parent d'un enfant en l'absence de toute preuve à ce sujet. Le point 4°, qui pouvait éventuellement correspondre aux réalités de l'époque napoléonienne, ne correspond très certainement plus aux réalités d'un Etat moderne. Ce point doit être rayé de la liste.

Ce qui reste, c'est finalement le *tractatus* (points 1° et 2°): le fait que cet enfant a été traité par sa mère ou son père (ou les deux) comme étant son (leur) enfant, et inversement; et qu'ils ont pourvu à son éducation, à son entretien et à son installation.

Compte tenu de ce constat, la possession d'état ne devrait véritablement jouer un rôle que dans des circonstances exceptionnelles empêchant une reconnaissance par le parent concerné (p. ex. en cas de décès).

15 P. ex. CEDH: Odièvre c. France, arrêt de la Grande Chambre du 13 février 2003; Godelli c. Italie, arrêt du 25 septembre 2012; Kroon et autres c. Pays-Bas, arrêt du 27 octobre 1994; Keegan c. Irlande, arrêt du 26 mai 1994; Mikulic c. Croatie, arrêt du 7 février 2002; Mizzi c. Malte, arrêt du 12 janvier 2006; Röman c. Finlande, arrêt du 29 janvier 2013

16 Actuel article 57 du Code civil

17 Sous réserve d'un changement de nom par procédure administrative

– *Quant aux procédures basées sur la possession d'état:*

Le projet de loi entend maintenir une action en constatation de la possession d'état, tout en introduisant un nouveau mode de constatation de la possession d'état par acte de notoriété.

- Concernant l'action en constatation de la possession d'état:

En droit civil français, l'action en recherche de paternité et l'action en constatation de la possession d'état sont bien distinctes (*voir supra*).¹⁸

Par contre, l'article 324 du Code civil belge dispose que, dans le cadre d'une action en recherche de paternité, „La possession d'état à l'égard du père prétendu prouve la filiation.“¹⁹

Qu'en est-il dans le projet de loi?

La Section II du projet de loi, intitulée „*Des actions aux fins d'établissement de la filiation*“, prévoit l'action en recherche de maternité (article 333), et l'action en recherche de paternité (hors mariage) (article 335), qui sont réservées à l'enfant (ou son représentant légal).

Ensuite, l'article 337 prévoit l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité (limitée aux seuls enfants nés dans le mariage). Cette action peut être intentée par chacun des deux époux, voire par l'enfant.

Enfin l'article 338 prévoit l'action aux fins de constatation de la possession d'état, qui peut être exercée à la demande de tout intéressé.

Il paraît dès lors clair que le projet de réforme entend conserver la distinction nette existant entre action en recherche (de paternité ou de maternité), et action en constatation de possession d'état.

Les articles proposés dans le cadre de la Section II appellent les commentaires suivants:

Tout d'abord, il est tout à fait justifié d'étendre à toutes les filiations (filiations hors mariage et dans le mariage; filiations paternelles et maternelles) la possibilité de faire constater la possession d'état dans le cadre d'une action en justice. Compte tenu de la finalité de cette action, le maintien de la distinction entre action en recherche (de paternité ou de maternité) et action en constatation de la possession d'état, peut sembler très artificiel. La solution retenue en droit civil belge paraît beaucoup plus cohérente. Ainsi la possession d'état deviendrait un élément de preuve dans le cadre d'une action en recherche (de paternité ou de maternité).

- La constatation de la possession d'état par acte de notoriété

Le projet de réforme entend introduire un nouveau procédé particulier pour établir la filiation: l'acte de notoriété constatant la possession d'état.

Ce procédé est prévu en droit français par la loi du 3 janvier 1972, et une loi du 9 juillet 1982 est venue préciser que la filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement. La doctrine française a, dès le départ, considéré que la possession d'état était source d'incertitudes et encourait des critiques.²⁰

Par contre, en droit civil belge, même si la notion de possession d'état joue un certain rôle en matière de filiation, la procédure d'établissement de la filiation moyennant acte de notoriété, n'est pas prévue.

Le projet de loi entend introduire dans le Code civil un nouvel article 323 libellé comme suit: „*Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 70 à 72, un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve du contraire.*

Quand le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant, l'acte de notoriété peut être délivré en prouvant une réunion suffisante de faits au sens de l'article 312-5.

La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant.

Ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours.“

¹⁸ page 7 de l'avis

¹⁹ L'article 324 fait partie de la section 3 intitulée „*De la recherche de paternité*“ du chapitre 2 du Livre VII.

²⁰ M.-L. Rassat, Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation: RTD civ. 1973, p. 207 s.

Quant à l'établissement de la filiation par acte de notoriété:

L'article 312-5 du projet de loi énumère les différents éléments constitutifs de la possession d'état. Aux termes de l'article 312-6 du projet, „*La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque.*“

La jurisprudence a toujours décidé, en matière de possession d'état, qu'il n'était pas nécessaire que les différents éléments soient tous réunis, dès lors qu'il existe un faisceau d'indices concordants révélant le lien de filiation. En France, la Cour de cassation a confirmé que l'existence de tous les faits visés à l'article 311-1 (du Code civil français) n'est pas nécessaire, mais qu'il faut une pluralité de circonstances concordantes. Constituée d'éléments de fait souverainement appréciés par les juges du fond, la possession d'état n'en est pas moins une notion de droit – c'est aussi une présomption légale – et à ce titre, elle est soumise au contrôle de la Cour de cassation. „*Néanmoins, les décisions du juge du fond échappent à la censure dès lors que dans la motivation, sont relevés plusieurs faits considérés par eux comme suffisamment probants et concordants. Dans cette appréciation souveraine et très subjective, les juges du fond sont plus ou moins laxistes.*“²¹ Certains auteurs de la doctrine française ont même parlé „*d'impressionnisme*“²²

Si l'article 312-6 exige une possession d'état continue, cela semble impliquer une certaine stabilité. La possession d'état doit „*traduire les réalités affectives à travers le temps*“²³, ce qui exclut toute instantanéité. Or, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation de la durée des faits sur lesquels ils se fondent pour retenir la possession d'état.

En droit français, il est admis que les juges peuvent même tenir compte de circonstances anténatales. L'alinéa 2 de l'article 323 du projet vise le cas où le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant. Il est manifeste que, dans un cas pareil, les juges ne peuvent fonder leur décision que sur des faits survenus avant la naissance même de l'enfant, voire concomitants à la naissance de l'enfant.

La notion de possession d'état est donc une notion très riche; elle peut correspondre à des éléments de fait très variables selon les circonstances, de sorte qu'elle peut paraître très floue. En général ces caractéristiques de la possession d'état ne posent pas trop de problèmes dans le cadre d'actions en justice, car toutes les parties à l'instance peuvent prendre position et soumettre des éléments de preuve. L'existence d'une possession d'état est seulement retenue par les juges s'ils estiment que suffisamment d'éléments concordants sont réunis, et que la possession d'état est continue, paisible, publique et non équivoque. Bien souvent une partie prouve ou offre de prouver des faits constitutifs de la possession d'état; et combien de fois l'autre partie arrive à établir que ces faits ne sont pas continus ou sont équivoques. C'est là l'intérêt d'un débat contradictoire.

La procédure prévue à l'article 323 du projet constitue une procédure unilatérale: l'un des parents ou l'enfant peuvent saisir le juge afin de se faire délivrer un acte de notoriété constatant la possession d'état. Il suffit de présenter au juge trois témoins pouvant rapporter des faits tels qu'énumérés à l'article 312-5 du projet. Aucun besoin d'informer le prétendu parent de cette procédure, afin qu'il ne présente ses observations ou qu'il ne fasse entendre d'autres témoins. Cette procédure ne respecte en rien les droits de la défense du prétendu parent.

Et les effets attachés à l'acte de notoriété ne sont pas des moindres: il fait présumer la filiation et renverse la charge de la preuve sur les personnes contestant la possession d'état. Ainsi les juges appelés à délivrer de tels actes devraient faire preuve d'une grande vigilance. Or, en France, la pratique s'est avérée très variable et les refus semblent être demeurés assez rares. Les actes de notoriété furent souvent établis avec beaucoup de laxisme.²⁴ Il n'est dès lors pas étonnant qu'en France, de nombreux abus de cette procédure ont été dénoncés.

En 1972, le législateur français a essayé de faire coexister vérité biologique et vérité affective; et bien souvent les deux correspondent (mais pas toujours). N'oublions pas qu'à l'époque, le progrès de la médecine n'était pas ce qu'il est aujourd'hui.

21 P. Raynaud, L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence? Dalloz 1980, chron. P.1, n° 8

22 C. Colombet, J. Foyer, D. Huet-Weiller et C. Labrusse-Riou, op. cit. n° 51

23 Frédéric Granet-Lambrechts, Jurisclasseur, Code civil, Fasc. Unique: filiation-dispositions générales – preuves et présomptions, n° 36, p. 13

24 F. Dekeuwer-Défossez, Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires: Dalloz 1986, chronique, p. 305, spéc. p. 314s.

Est-ce qu'aujourd'hui, à l'heure des certitudes biologiques, il faut introduire en droit luxembourgeois un nouveau mode d'établissement de la filiation basé exclusivement sur la vérité sociologique? Dans son arrêt n° 61/11²⁵, la Cour Constitutionnelle a considéré „*que l'intérêt du véritable parent et l'intérêt de l'enfant se rejoignent pour voir renverser la filiation apparente et reconnaître la réalité biologique.*“ Ce „considérant“ dénote une très nette préférence pour la vérité biologique.

Le projet de loi tend à généraliser la reconnaissance comme mode d'établissement de la filiation (pour toutes les filiations: naturelle et légitime; maternelle et paternelle). Dès lors, la personne, qui se considère comme le parent d'un enfant, peut reconnaître cet enfant en signant une déclaration devant l'officier de l'état civil. Au cas où c'est la personne concernée elle-même, qui prend l'initiative, il n'y a donc pas de problème.

La situation est toutefois différente lorsque c'est l'enfant ou le parent à l'égard duquel la filiation est déjà établie, qui prend l'initiative. La constatation de la possession d'état par acte de notoriété constitue une procédure gracieuse (non contentieuse) destinée à établir la filiation. Or, si le prétendu parent voulait faire établir la filiation, il pourrait reconnaître l'enfant. S'il était d'accord à voir établir sa filiation, on n'en serait pas là. A priori, la situation peut dès lors paraître plutôt contentieuse, ou, du moins, il n'y a pas de consensus. Une procédure non contentieuse, qui se déroule en l'absence du prétendu parent, et même à son insu, ne se justifie partant pas.

Afin d'établir la filiation, une procédure contentieuse, respectant le principe du contradictoire, s'impose en l'absence de reconnaissance volontaire.

La notion de possession d'état peut également susciter de graves difficultés quand il s'agit de calculer les délais de prescription, étant donné que les délais de prescription sont des délais précis, arithmétiques, tandis que la notion de possession d'état comporte un certain flou et est plus difficile à cerner avec précision.²⁶

Quant à la rédaction de l'article:

L'article 317 du Code civil français donne compétence au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de domicile pour délivrer l'acte de notoriété. Aucune homologation n'est requise.

L'article 323 du projet de loi renvoie aux articles 70 à 72 du Code civil, qui traitent des actes de notoriété destinés à suppléer au défaut d'acte de naissance en vue de la célébration d'un mariage.

L'article 70 donne compétence au juge de paix du lieu de naissance ou du domicile pour dresser un acte de notoriété.

L'article 71 dispose que „*L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par trois témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu, et autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.*“ Il est évident que l'intégralité de cet article n'est pas transposable à l'acte de notoriété constatant la possession d'état, sauf à retenir que l'acte devra être rédigé sur base des déclarations de trois témoins.

Conformément à l'article 72, „*L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur d'Etat, donnera ou refusera son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.*“ Cet article n'est pas non plus transposable à l'acte de notoriété constatant la possession d'état. Si une homologation est requise, il serait logique qu'elle soit de la compétence du tribunal d'arrondissement dont relève le juge de paix, qui a délivré l'acte de notoriété.

D'un point de vue purement rédactionnel, au lieu de renvoyer aux articles 70 à 72, il serait plus judicieux de préciser dans l'article 323 la compétence juridictionnelle et les preuves requises.

²⁵ L'arrêt n° 61/11 du 25 mars 2011 est commenté plus en détail à la page 2 du présent avis

²⁶ Aux termes de l'article 323, alinéa 3 du projet „La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance.“

Quant à la compétence et la procédure:

L'article 323 du projet de réforme confère d'abord compétence au juge de paix pour délivrer un acte de notoriété en matière de filiation, matière dans laquelle il n'a normalement aucune compétence. L'avis de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg critique également qu'il s'agit d'une entorse à la compétence de principe du tribunal d'arrondissement en matière de filiation. Une homologation par le tribunal d'arrondissement est prévue, et c'est en effet cette juridiction qui est normalement compétente pour connaître des affaires de filiation. Non seulement une procédure en deux étapes paraît compliquée, mais la plus-value ne semble pas non plus évidente.

Dans le cadre des articles 70 à 72 du Code civil, un recours est d'ailleurs possible contre la décision du tribunal d'arrondissement qui refuse d'homologuer ou qui homologue l'acte de notoriété. Or, le dernier alinéa de l'article 323 du projet de réforme reprend textuellement le dernier alinéa de l'article 317 du Code civil français: „Ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours.“ En droit français, cela exclut tous les recours, mais en droit luxembourgeois, puisqu'une homologation est prévue, il n'en est pas de même.

Il paraît plus efficace d'attribuer compétence au tribunal d'arrondissement, juridiction compétente en matière de filiation²⁷, et de supprimer l'exigence de l'homologation.

Dans son alinéa 4, l'article 323 du Code civil prévoit que „la filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.“ Cette mesure de publicité peut paraître suffire à l'intérêt de l'enfant, qui disposera ainsi d'une preuve de sa filiation.

En ce qui concerne toutefois le parent à l'égard de qui la filiation a été établie, il y a lieu de remarquer que ce parent n'est pas nécessairement celui qui a demandé la délivrance de l'acte de notoriété, et qu'il ne doit même pas avoir été informé de cette procédure. Et la délivrance de l'acte de notoriété peut être demandée endéans un délai de 5 ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée, et même endéans un délai de 5 ans à compter du décès du prétendu parent! Cette personne (ou ses héritiers), qui sera désormais considérée comme le parent de l'enfant, n'aura pas connaissance des mentions portées sur l'acte de naissance de l'enfant.²⁸

En matière de reconnaissance, l'article 57-1 du projet de loi prévoit que „lorsque l'officier de l'état civil du lieu de naissance d'un enfant porte mention de la reconnaissance de l'enfant en marge de l'acte de naissance de celui-ci, il en avise l'autre parent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.“ En cas d'établissement de la filiation par acte de notoriété constatant la possession d'état, il faudrait également prévoir la notification au parent concerné²⁹ par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Les choses se compliquent toutefois au cas où le prétendu parent est déjà décédé et que c'est l'autre parent qui demande au juge de délivrer un acte de notoriété. L'établissement de la filiation devrait être notifié aux héritiers du prétendu parent, d'autant plus que ceux-ci ne disposent que d'un délai de 10 ans à partir de l'établissement de l'acte pour intenter une action en contestation de la filiation établie par la possession d'état.

d) Les actions aux fins d'établissement de la filiation

Les articles 333 à 339-1 du projet de loi prévoient l'action en recherche de maternité, l'action en recherche de paternité, l'action en rétablissement de la présomption de paternité, et l'action en constatation de la possession d'état.

- Etant donné que l'action en rétablissement de la présomption de paternité, prévue à l'article 337 du projet de loi, est réservée aux seuls enfants nés dans le mariage, cette action est contraire au principe de l'égalité entre enfants nés hors mariage et enfants nés dans le mariage. Comme il a été exposé ci-dessus³⁰, cette action devrait être supprimée, et la présomption de paternité ne devrait pouvoir

²⁷ Cf. article 325 du projet de réforme: „Le tribunal d'arrondissement, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation.“

²⁸ Remarque: L'alinéa 4 de l'article 323 parle d'une mention „en marge“ de l'acte de naissance, alors que, depuis le 1er janvier 2005, les mentions sur les actes de l'état civil ne sont plus apposées „en marge“.

²⁹ Celui dont la filiation vient d'être établie

³⁰ page 5 de l'avis

être invoquée que dans certains cas particuliers (p. ex. décès du prétendu parent avant la déclaration de naissance) dans le cadre d'une action en recherche de paternité.

- L'article 335 du projet de loi concernant l'action en recherche de paternité, dispose que „*La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée.*“ Ici la même remarque s'impose: il n'y a absolument pas de raison de limiter cette possibilité à la paternité hors mariage. La possibilité de faire établir judiciairement la paternité, doit exister pour tous les enfants, qu'ils soient nés hors mariage ou dans le mariage.
- En ce qui concerne l'action en constatation de la possession d'état, prévue à l'article 338 du projet de loi, il faut, tout d'abord, décider s'il y a lieu de permettre l'établissement de la filiation sur base des éléments énumérés à l'article 312-5 du projet. Ensuite, il faut apprécier l'opportunité d'ouvrir cette action „à toute personne qui y a un intérêt“, alors que les actions en recherche sont réservées exclusivement à l'enfant. Finalement, l'établissement de la filiation par la preuve de la possession d'état, pourrait se faire dans le cadre d'une action en recherche, dans le délai prévu à l'article 329.

e) Les compétences du tribunal statuant sur une action aux fins d'établissement d'une filiation

L'article 339 du projet de loi donne compétence au tribunal pour statuer également, le cas échéant, sur l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom. Cette compétence „élargie“ est à saluer, étant donné qu'elle évite aux parties de devoir saisir différentes juridictions pour toiser ces questions liées à l'établissement de la filiation. Comme Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg le souligne dans son avis, l'article 4-1° du Nouveau code de procédure civile devra néanmoins être modifié en conséquence.

*

2) LES ACTIONS EN CONTESTATION DE LA FILIATION

a) La fin de non-recevoir prévue à l'article 342 *in fine*

L'article 342, alinéa 2, du projet de loi dispose: „*Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement.*“ Donc ni l'enfant, ni le père ou la mère, ni celui qui se prétend le parent véritable, ne pourront contester la filiation, si l'enfant a eu une possession d'état conforme au titre³¹ pendant plus de cinq ans.

Cette fin de non-recevoir n'est pas nouvelle. L'actuel article 322 du Code civil prévoit que „*nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.*“

Ce qui change par rapport à l'actuel article 322, c'est qu'il y a une durée minimale de cinq ans (pendant laquelle le titre et la possession d'état doivent coexister), qui est requise, pour que cette filiation devienne inattaquable.

En Belgique, toute une controverse est née au sujet de cette fin de non-recevoir, suite à plusieurs arrêts de la Cour Constitutionnelle. Une première question préjudicielle avait été soumise par le Tribunal de première instance de Louvain: „*L'article 318, § 1er, du Code civil viole-t-il l'article 22 de la Constitution, combiné éventuellement avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la demande en contestation de paternité ne peut être autorisée si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de la mère?*“

Aux termes de l'article 318, § 1er, du Code civil belge la possession d'état rend donc inattaquable la filiation légitime. Cet article prévoit dès lors une fin de non-recevoir analogue à celle prévue par l'actuel article 322 du Code civil luxembourgeois.

³¹ Par titre, il faut entendre l'acte de naissance de l'enfant, sur lequel la filiation a été indiquée lors de la déclaration de la naissance, ou sur lequel la filiation a été mentionnée suite à l'établissement ultérieur d'un acte de reconnaissance

La Cour Constitutionnelle belge a décidé, dans un arrêt du 3 février 2011³², que le régime de la contestation de paternité relève de l'application de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si ces textes permettent au législateur de s'ingérer dans la vie privée, et qu'il jouit d'une marge d'appréciation, il doit néanmoins veiller à trouver un juste équilibre entre tous les intérêts en cause. La Cour Constitutionnelle conclut qu'„en érigeant la „*possession d'état*“ en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la présomption de paternité, le législateur fait toujours prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, le mari de la mère qui a assumé de bonne foi la paternité socio-affective se voit refuser de manière absolue la possibilité de contester sa paternité, parce que son attitude de bonne foi a précisément contribué à la réalisation des faits qui sont constitutifs de la possession d'état. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des faits établis et des intérêts de toutes les parties intéressées. Une telle mesure n'est pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis par le législateur et n'est dès lors pas compatible avec l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La question préjudicielle appelle une réponse affirmative.“

L'article 22 de la Constitution belge dispose: „Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi“, tandis que l'article 11 de la Constitution luxembourgeoise dispose que „L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.“

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose:

„1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.“

Même si la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise ne contrôle pas la conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme, la problématique peut néanmoins se présenter également au Luxembourg, car les juridictions luxembourgeoises, qui sont appelées à appliquer une loi qu'elles jugent contraire à la Convention, doivent l'écarter.

Suite à cette première question préjudicielle, soulevée dans une affaire où l'action en contestation de paternité avait été intentée par le mari de la mère, la Cour Constitutionnelle belge eut à connaître d'une deuxième question préjudicielle relative à l'article 318, § 1er, du Code civil. Cette fois-ci, c'était l'homme, qui prétendait être le père de l'enfant, qui intenta l'action en contestation de la paternité du mari de la mère. La Cour d'appel de Bruxelles a posé la question préjudicielle suivante: „L'article 318, § 1er, du Code civil viole-t-il l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'action en contestation de paternité est irrecevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari de sa mère, même si cette action est intentée „par la personne qui revendique la paternité de l'enfant“, en d'autres termes par le père génétique de l'enfant?“

Dans un arrêt rendu en date du 9 juillet 2013³³, la Cour Constitutionnelle belge a constaté que „du fait de cette fin de non-recevoir absolue, l'homme qui revendique la paternité est totalement privé de la possibilité de contester la présomption de paternité d'un autre homme, à l'égard duquel l'enfant a la possession d'état. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées. Une telle mesure n'est pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis par le législateur et n'est dès lors pas compatible avec l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.“

Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme ait jugé qu'une décision de justice appliquant un régime comparable à la mesure en cause ne violait pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 22 mars 2012, Ahrens. Allemagne; 22 mars 2012, Kautzor c. Allemagne) ne change rien à ce qui précède. La Cour européenne a souligné que la matière en cause ne fait pas

32 Arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011, n° du rôle: 4934

33 Arrêt n° 105/2013 du 9 juillet 2013, n° 5608 du rôle

l'unanimité au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, de sorte que ces derniers jouissent d'une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la réglementation visant à fixer le statut juridique de l'enfant (Ahrens, précité, §§ 69-70 et 89; Kautzor, précité, §§ 70-71 et 91). Par ailleurs, la Cour européenne a également examiné si l'application concrète de la réglementation en question, compte tenu de tous les éléments concrets de la cause, satisfait aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Ahrens, précité, §§ 75-77; Kautzor, précité, §§ 62, 78 et 80).

La question préjudicielle appelle une réponse affirmative.“

Dans un autre arrêt rendu également en date du 9 juillet 2013³⁴, la Cour Constitutionnelle belge eut à connaître de questions préjudicielles en matière de filiation naturelle, qui concernaient l'article 330, § 1er, alinéa 1er, du Code civil. Cet article dispose: „*A moins que l'enfant ait la possession d'état à l'égard de celle qui l'a reconnu, la reconnaissance maternelle peut être contestée par le père, l'enfant, l'auteur de la reconnaissance et la femme qui revendique la maternité. A moins que l'enfant ait la possession d'état à l'égard de celui qui l'a reconnu, la reconnaissance paternelle peut être contestée par la mère, l'enfant, l'auteur de la reconnaissance et l'homme qui revendique la paternité.*“

La Cour d'appel de Gand a posé la question préjudicielle suivante: „*L'article 330, § 1er, alinéa 1er, du Code civil viole-t-il l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'action en contestation de la reconnaissance par un homme qui prétend être le père biologique de l'enfant n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard de l'homme qui l'a reconnu?*“

La Cour Constitutionnelle a jugé que „*La paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux, d'une part, et l'intérêt de l'enfant, d'autre part, constituent des buts légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la contestation de la reconnaissance de paternité puisse être exercée sans limitation. A cet égard, il est pertinent de ne pas laisser prévaloir a priori la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité.*“ En érigeant la „possession d'état“ en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la reconnaissance de paternité, le législateur a cependant fait prévaloir dans tous les cas la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Une telle mesure est dès lors jugée disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis par le législateur.

Il ressort des trois arrêts précités de la Cour Constitutionnelle belge, que les articles 318 et 330 du Code civil belge sont critiquables en ce qu'ils rendent irrecevable une action en contestation d'une filiation dès lors que l'enfant a une „possession d'état“ par rapport au parent concerné. S'agissant d'une fin de non-recevoir absolue, les juges ne peuvent pas prendre en considération les différents intérêts en cause, de sorte que ces articles ne permettent pas de garantir les droits de la personne et de la famille, tels qu'inscrits dans la Constitution et la convention européenne des droits de l'Homme.

Même si ces trois arrêts de la Cour Constitutionnelle belge n'ont aucune incidence directe au Luxembourg, et même si les attributions de la Cour constitutionnelle ne sont pas les mêmes en Belgique et au Luxembourg, il faut quand-même constater qu'ils sont intervenus dans un „contexte législatif“ très proche du nôtre. Pour le moins, ils devraient nous inciter à réfléchir sur l'utilité de maintenir une fin de non-recevoir absolue liée à l'existence d'une possession d'état. Actuellement une affaire est pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dans laquelle les parties demandent à voir soumettre à la Cour constitutionnelle une question sur la constitutionnalité de l'article 322-1 du Code civil.

Le projet de loi (article 342, alinéa 2) exige certes une possession d'état d'au moins 5 ans, mais, une fois ce délai écoulé, la filiation devient incontestable. Seule exception: le ministère public peut agir en contestation. Or, l'on voit mal pourquoi le ministère public tenterait des actions civiles en matière de filiation. Certes, il y va de l'intérêt de l'enfant, mais il y a essentiellement des intérêts privés (opposés), qui sont en cause. Le ministère public pourrait ainsi agir en contestation à la place d'une personne dont l'action serait irrecevable. Il devrait se substituer à cette personne, prendre fait et cause pour elle, alors que normalement le ministère public n'intervient dans de telles affaires qu'en tant que défenseur de l'ordre public. En fonction de quels critères le ministère public doit-il apprécier s'il y a lieu d'agir? ou s'agit-il d'un pouvoir discrétionnaire?

³⁴ Arrêt n° 96/2013 du 9 juillet 2013, n° 5433 du rôle

S'il existe une possession d'état conforme au titre, mais qui n'a pas encore duré plus de cinq ans, c'est l'article 342 du projet de loi, qui énumère les personnes ayant qualité pour agir en contestation: „seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable.“

Une fois la durée de cinq ans acquise, la „possession d'état“ est érigée en fin de non-recevoir absolue en ce qui concerne toutes ces personnes. Aucune évaluation des intérêts respectifs en cause ne permettra au juge de déclarer la demande en contestation recevable. La qualité pour agir réservée au seul ministère public n'y change rien, car la personne, qui se heurte à la fin de non-recevoir, se verra privée de tout droit de contester la filiation établie.

Au lieu d'ériger la possession d'état conforme au titre en fin de non-recevoir, d'autres mécanismes devraient permettre de mieux concilier la réalité socio-affective et la réalité biologique, sans faire prévaloir d'office l'une ou l'autre.

b) Les personnes ayant qualité pour agir en contestation de filiation

° Aux termes de l'article 342-1 du projet de loi, „*A défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui a un intérêt dans le délai prévu à l'article 329.*“³⁵

° En cas de possession d'état conforme au titre, l'article 342 du projet prévoit que „seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien est contesté.“

Dans une affaire *Kroon et autres c. Pays-Bas*³⁶, la Cour européenne des Droits de l'Homme a statué dans une affaire concernant le refus de reconnaissance de paternité opposé au partenaire de la mère, qui n'a obtenu le divorce de son mari qu'un an après la naissance de son enfant. Bien qu'elle n'ait plus eu de contact avec son mari depuis des années, l'enfant a été inscrit sur les registres de naissance comme l'enfant de son mari. La législation néerlandaise refusait à la mère mariée la possibilité de contester la filiation paternelle de son enfant, de sorte que son partenaire, le père biologique de l'enfant, s'est vu priver de la possibilité de faire établir une relation père-enfant fondée en droit. La Cour a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention, qui vise aussi à protéger les rapports entre couples non mariés et leurs enfants.

L'article 342 du projet est, dès lors, à approuver en ce qu'il permet à chacun des parents d'agir en contestation. Il est encore à approuver en ce qu'il reconnaît un droit d'agir à celui qui se prétend le parent véritable.

° En cas de possession d'état conforme au titre ayant duré au moins cinq ans:

La soussignée renvoie à ses observations développées sub a) relatives à la fin de non-recevoir prévue à l'article 342 *in fine*.

° En cas de filiation établie par acte de notoriété constatant la possession d'état: l'article 342-2 du projet prévoit que la filiation ainsi établie „peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte.“ Compte tenu du fait que la délivrance de l'acte de notoriété doit être demandée dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, conformément à l'article 323, alinéa 3, du projet, l'action en contestation peut être intentée jusqu'à 15 ans après que la possession d'état ait pris fin ou que le prétendu parent soit décédé. Ce délai peut paraître très long et engendrer des difficultés dans l'administration des preuves.

³⁵ Article 329 du projet: „Sauf lorsque la loi prévoit un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité.“

³⁶ Arrêt CEDH du 27 octobre 1994

c) La preuve en matière de contestation de filiation

Selon une solution traditionnelle, la preuve peut être rapportée par tous moyens, étant donné qu'il s'agit de prouver des faits. C'est le principe dans toutes les actions relatives à la filiation. Mais la preuve n'est admissible que si l'action est recevable et a été engagée dans le délai imparti.

La Cour de cassation française a décidé qu'en matière de filiation, l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder,³⁷ solution qu'elle a répétée à chaque occasion depuis lors.

Toutefois la nécessité de principe du consentement de l'intéressé pour se soumettre à un tel examen, est maintenue. Ainsi tout mode de coercition est exclu, y compris, semble-t-il le prononcé d'une astreinte.

Ainsi le droit de connaître ses origines, tel que consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme basée sur l'article 8 de la convention et par la Convention de New York sur les droits de l'enfant, trouve ses limites dans la liberté des autres à refuser l'examen ordonné.

Dans une affaire *Mikulic c. Croatie*³⁸, la Cour européenne des droits de l'Homme a décidé comme suit: „Un système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat. La Cour estime toutefois que, dans le cadre d'un tel système, les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doivent être défendus lorsque la paternité ne peut être établie au moyen de tests ADN. L'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité. Or, aucune procédure de ce type n'était prévue en l'espèce. En outre, pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour estime que la procédure existante ne ménage pas un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN; elle considère que la protection des intérêts en jeu n'est pas proportionnée. En conséquence l'inefficacité des tribunaux a maintenu la requérante dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle. Les autorités croates ont donc failli à garantir à l'intéressée le „respect“ de sa vie privée auquel elle a droit en vertu de la Convention. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.“

Notre Code civil actuel est muet quant aux conséquences juridiques à tirer d'un refus de se soumettre à l'examen ordonné par une juridiction. Pour pallier à ce vide juridique, le projet de loi prévoit d'introduire un article 328, alinéa 3, qui dispose: „Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Si la personne refuse ou ne comparait pas, la filiation à son égard est présumée établie.“

Or, le libellé de cet alinéa est beaucoup trop restrictif.³⁹ Il ne vise en fait que le cas d'une action en recherche de paternité ou de maternité, et que le défendeur à l'action refuse de se livrer à l'examen ordonné par le tribunal. Il ressort toutefois de l'alinéa 2 de l'article 328, qu'un examen par empreintes génétiques peut être ordonné „par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression d'aliments.“ Dans l'hypothèse d'une action en contestation de paternité intentée par le père, l'alinéa 3, tel que formulé, ne sera d'aucun secours, si la mère et/ou l'enfant mineur refusent de se soumettre à l'examen. Il serait pourtant logique que le refus entraîne toujours des conséquences juridiques défavorables à son auteur, dans toutes les actions permettant au juge d'ordonner un examen par empreintes génétiques.

Il faudrait reformuler l'alinéa 3 de l'article 328 pour lui donner une portée plus large, p. ex. „(...) Si la personne refuse ou ne comparait pas, il est fait droit aux prétentions de la partie adverse.“

Ainsi l'intéressé reste libre de refuser l'examen, mais son refus pourra dans tous les cas être interprété contre lui.

³⁷ Cass, fr 1re civ., 28 mars 2000, n° 98-12.806: JurisData n° 2000-001227

³⁸ Arrêt rendu en date du 7 février 2002

³⁹ Cf. Avis de Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg concernant l'article 328

° L'article 328, alinéa 2, du projet prévoit qu'une mesure d'instruction aux fins d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques peut être ordonnée „*par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression d'aliments*“. En ce qui concerne cependant les actions alimentaires, celles-ci relèvent actuellement de la compétence exclusive des juges de paix. Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement fait remarquer dans son avis que normalement la possibilité pour le juge de paix d'instituer des expertises génétiques ne se justifie pas, étant donné qu'il n'a aucune compétence en matière de filiation.

Il est vrai que les „*actions à fin d'aliments*“ (prévues aux articles 342-6 à 342-11 du projet de loi) sont très proches des actions en matière de filiation, surtout que l'article 342-8 prévoit que le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant. Il serait dès lors éventuellement plus judicieux de donner compétence au tribunal d'arrondissement pour connaître de ces actions à fin d'aliments. Une modification de l'article 4-1° du Nouveau code de procédure civile s'imposerait alors.

° L'article 328, alinéa 3 *in fine*, du projet interdit l'identification par empreintes génétiques après la mort de l'intéressé, „*sauf réunion suffisante de faits laissant présumer le lien de filiation ou accord exprès de la personne manifesté de son vivant*.“ Les auteurs du projet de loi se sont inspirés de la législation française, et notamment de l'article 16-11, alinéa 2, du Code civil, qui a été complété par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 portant révision des lois de bioéthique. Cette loi visait à interdire l'exhumation d'un cadavre dans les procès de filiation et empêcher que les circonstances de l'affaire Montand puissent se reproduire. Ainsi, en France, aucune identification par ses empreintes génétiques ne peut être réalisée si le défunt n'y a pas expressément consenti de son vivant. A défaut d'un tel consentement, une expertise pourrait être pratiquée sur des proches parents du défunt, mais la valeur probante des résultats ne sera pas la même (L'affaire Montand l'a bien montré).

Pour beaucoup d'auteurs de la doctrine française, la conformité des dispositions de l'article 16-11 du Code civil à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme semble douteuse au vu de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.⁴⁰

La condamnation de la France dans l'affaire *Pascaud*⁴¹ a ravivé les critiques, mais il faut dire que cet arrêt est intervenu dans une affaire bien particulière, de sorte que sa portée est controversée: le requérant avait été reconnu et légitimé par le mari de sa mère, et il exerce, à l'âge de 40 ans, une action en contestation de sa filiation aux fins d'établir sa véritable filiation paternelle à l'égard d'un tiers. Dans une première phase, le prétendu père a refusé de se soumettre à l'expertise ordonnée par le tribunal; ce refus fut réitéré, mais finalement il y a consenti dans un écrit rédigé à une époque où son état de santé avait conduit à le placer sous sauvegarde de justice. L'expertise prouvait sa paternité. La Cour d'appel a toutefois écarté les résultats de l'expertise au motif que l'altération de ses facultés mentales avait empêché que cet homme ne puisse valablement consentir à l'expertise ordonnée. Le requérant engagea une nouvelle demande, mais le décès du prétendu père faisait obstacle à la réalisation d'une nouvelle expertise, et le requérant fut débouté de son action en recherche. Il saisit alors la Cour européenne qui condamna la France.

Dans une autre affaire *Jäggi c. Suisse*⁴², la Cour de Strasbourg a jugé qu'un prélèvement d'ADN sur un cadavre nécessitant une exhumation ne porte pas atteinte à la vie privée du défunt, et que constitue une atteinte disproportionnée au droit de connaître ses origines et de savoir si le défunt était bien son géniteur, le refus opposé à personne de 70 ans de faire exhumer le corps en vue de réaliser une expertise génétique. Elle retient que „*les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle*.“

Dès son introduction, l'article 16-11 du Code civil français a donné lieu à des interprétations divergentes en doctrine et en jurisprudence:

- La première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de décider qu'une expertise génétique *post mortem* peut être pratiquée lorsque les héritiers y consentent⁴³, mais que réciproque-

40 Jurisclasseur: Fasc. Unique: Actions relatives à la filiation: action en rétablissement des effets de la présomption de paternité, n° 27

41 CEDH, arrêt *Pascaud c. France* du 16 juin 2011, req. n° 19535/08

42 CEDH, arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, req. n° 58757/00

43 Cass 1re civ. 3 juillet 2001, n° 00-10.254

ment le refus des héritiers interdit d'effectuer des prélèvements sur le cadavre.⁴⁴ Or, il faut bien dire que cela ne ressort pas clairement de la lecture de l'article 16-11 du Code civil français. L'article 328, alinéa 3 *in fine*, du projet de loi n'est pas plus clair sur ce point et mérite d'être précisé.

- Aussi, dans le cadre d'une action en recherche de paternité exercée par un enfant majeur devant une juridiction tchèque, le président du tribunal de grande instance de Marseille avait ordonné la remise d'échantillons sanguins du prétendu père décédé recueillis en France où cet homme avait subi une intervention chirurgicale, en vue de la réalisation d'une expertise sanguine en République tchèque. Cette ordonnance a été confirmée en appel. La Cour de cassation⁴⁵ a décidé que „*c'est à bon droit, et sans dénaturer l'ordonnance sur requête dont la rétractation était sollicitée, que l'arrêt retient que la mesure qui se borne, alors qu'une action en recherche de filiation naturelle est en cours à l'étranger, à autoriser la communication d'éléments déjà prélevés et indispensables à une expertise médico-légale, ne constitue pas une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, soumise à l'article 16-11 du Code civil.*“ Dans cette affaire, la finalité de la mesure demandée était pourtant claire. Le fait qu'il s'agisse d'éléments déjà prélevés et qu'il ne soit pas nécessaire de procéder à une exhumation, peut certainement expliquer la décision de la Cour de cassation.

La véritable finalité de l'interdiction des examens génétiques *post mortem* est de limiter au strict nécessaire le nombre des exhumations ordonnées dans le cadre d'actions relatives à la filiation. Par contre, le seul décès ne devrait pas constituer un obstacle à une expertise. Pendant ses années au Parquet, la soussignée a, à plusieurs reprises, été contactée par des femmes enceintes dont le compagnon venait de décéder dans un accident, et qui ne se trouvaient pas seulement sous le choc provoqué par ce décès, mais qui, en plus, s'inquiétaient de l'établissement de la filiation paternelle de leur enfant à naître. Celui-ci ne pourra pas être reconnu par son père à sa naissance, et les héritiers du père n'ont pas qualité pour reconnaître l'enfant. En l'absence de reconnaissance prénatale, la filiation devra être établie par décision judiciaire. Dans des cas pareils, la soussignée a réquisitionné soit le médecin qui a constaté le décès, soit le médecin-légiste chargé de l'autopsie, d'effectuer des prélèvements permettant d'effectuer plus tard une expertise en vue d'établir la filiation. En cas d'accident, le Code de la Route et le Code d'instruction criminelle permettent des prises de sang, des autopsies avec prélèvements de tous genres, mais actuellement aucun texte ne permet d'effectuer, à titre conservatoire, des prélèvements en vue d'une identification par empreintes génétiques. Cette absence de base légale est gênante, alors que ces prélèvements seront indispensables dans le cadre d'une action tendant à établir une filiation, et, surtout, qu'il y a urgence. Dès lors, il serait souhaitable de prévoir une procédure rapide pour ordonner les prélèvements nécessaires. Bien sûr, il ne sera pas possible, dans le cadre d'une telle procédure, de vérifier s'il y a „*réunion suffisante de faits laissant présumer le lien de filiation ou accord exprès de la personne manifesté de son vivant*“, comme suggéré par l'article 328, alinéa 3 *in fine*, du projet de loi.

L'article 328, alinéa 3 *in fine*, du projet de loi mérite dès lors d'être précisé et complété.

d) La contestation d'une filiation établie par acte de notoriété constatant la possession d'état

La contestation d'une filiation établie par acte de notoriété constatant la possession d'état connaît des particularités qui méritent d'être traitées à part:

L'acte de notoriété renverse la charge de la preuve et favorise donc l'enfant (ou son parent qui a obtenu la délivrance de l'acte de notoriété) sur un plan procédural. Il incombe désormais à celui qui conteste, de prouver par tous moyens soit que la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété n'existe pas en réalité ou qu'elle ne présente pas les qualités exigées par la loi pour produire ses effets juridiques, soit que la filiation ainsi établie n'est pas conforme à la vérité biologique.

En premier lieu, le demandeur en contestation peut prouver par tous moyens l'inexistence de la possession d'état ou son caractère équivoque ou discontinu. En second lieu, dans une action en contestation de la possession d'état, le demandeur peut aussi démontrer que la filiation établie par la possession d'état n'est pas conforme à la vérité biologique et à cette fin, il peut réclamer une expertise

⁴⁴ Cass 1re civ. 25 octobre 2005, n° 03-14.101

⁴⁵ Cass. 1re civ. 4 juin 2007, n° 04-15.080: JurisData n° 2007-039213

biologique, qui est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder.⁴⁶ A noter que la jurisprudence française se montre très hostile en ce qui concerne ces prétendus motifs légitimes, qu'ils soient basés sur les convictions religieuses ou l'état de santé de l'intéressé, car l'examen peut même être fait sur base d'un simple prélèvement de salive.

Par contre, dans une action en constatation de la possession d'état, la Cour de cassation française admet que l'expertise biologique n'est pas de droit, étant donné que la preuve à rapporter ne concerne pas la vérité biologique, mais l'existence de faits constitutifs de la possession d'état.⁴⁷

Pour résumer de manière schématique, on peut dire qu'une filiation peut être établie par la preuve de faits constitutifs d'une possession d'état (que ce soit dans le cadre d'une action en constatation de possession d'état ou dans le cadre d'une demande de délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état), mais que la filiation ainsi établie pourra être anéantie par la preuve de l'absence de filiation biologique.

Une prééminence de la réalité biologique est dès lors indéniable.

e) Les parties à l'instance en contestation de filiation (article 342-4 du projet)

Les observations faites par Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg sont tout à fait pertinentes: si l'enfant est toujours représenté par un tuteur *ad hoc*, il ne doit pas être partie à l'instance en son nom personnel. Si c'est l'un des parents, qui agit en contestation, l'action doit être dirigée contre l'autre parent, sinon contre le ou les représentants légaux de l'enfant. Si c'est un tiers qui agit en contestation, la demande est dirigée contre les deux parents, sinon contre le ou les représentants légaux de l'enfant.

f) Le nom de l'enfant en cas de contestation de la filiation

Le projet de loi propose dans une Section III „Des règles de dévolution du nom de famille“ des modifications, par rapport auxquelles la soussignée va prendre position ci-après.⁴⁸

Il y a toutefois lieu de signaler ici un problème récurrent inhérent aux contestations de filiation: dans la législation luxembourgeoise, la dévolution du nom est liée à l'établissement de la filiation à l'égard du/des parent(s). Il s'ensuit qu'en cas de succès d'une action en contestation de filiation, l'enfant, qui a porté le nom du parent à l'égard duquel la filiation sera supprimée, ne portera plus ce nom. Il ne pourra porter que le nom de l'autre parent, par rapport auquel la filiation subsiste. Ceci n'est pas sans inconvénients si l'enfant a porté ce nom pendant longtemps et est connu sous ce nom. Ces situations ne pouvaient pas se présenter tant que les actions en matière de filiation étaient enfermées dans des délais relativement courts. Or, du fait que ces délais n'ont plus été appliqués (comme il a été exposé ci-dessus), respectivement que le projet de loi prévoit des délais relativement longs, il arrive de plus en plus souvent que l'enfant soit entre-temps majeur, qu'il ait entamé une carrière professionnelle sous le nom en question, qu'il se soit marié sous ce nom, ou qu'il ait des enfants, qui portent également ce nom. Actuellement aucun texte ne permet à la juridiction statuant sur la demande en contestation, de décider que l'enfant peut continuer à porter le même nom, nonobstant l'anéantissement de la filiation qui le liait au parent, qui lui a transmis ce nom.

Bien sûr, dans de tels cas, les personnes concernées ont la possibilité d'entamer une procédure administrative de changement de nom, et, en cas d'usage prolongé du nom en question, leur demande sera accueillie favorablement.

Il serait toutefois préférable de permettre aux juridictions statuant sur l'action en contestation, d'autoriser l'enfant à continuer à porter le nom de la personne à l'égard de laquelle il n'aura plus de lien de filiation, si tel est dans l'intérêt de l'enfant.

46 V. en ce sens l'étude de Mesdames A. Pascal et M. Trapero, Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, in Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004: La Doc. Fr.2005- V- aussi F. Granet-Lambrechts, Panorama de droit de la filiation 2004: D. 2005, p. 1751.- J.Massip, Le nouveau droit de la filiation: Defrénois 2006, art. 38303, p. 6, spéc. n° 29 et n° 59).

47 Cass 1re civ., 6 déc.2005, n° 03-15.588: JurisData n° 2005-031133

48 pages 34 et 35 de l'avis

g) La concurrence entre plusieurs filiations (le principe chronologique)

Dans la version actuelle du Code civil, le principe chronologique est inscrit à l'article 322-1, alinéa 2, en ce qui concerne la filiation légitime, et à l'article 338, en ce qui concerne la filiation naturelle: si une filiation vient à être établie par un acte de reconnaissance, un jugement ou une possession d'état, elle ne peut produire d'effet que lorsque l'inexactitude de la première filiation a été constatée par une décision judiciaire définitive. La filiation légalement établie en premier lieu est préférée jusqu'à contestation et annulation, étant entendu qu'une expertise biologique doit permettre de trancher le conflit en faveur de la véritable filiation.

L'article 327 du projet de loi dispose: „*Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait.*“

Dans le projet de loi, l'article 62-2 prévoit une exception au principe chronologique: „*Lorsqu'il détient une reconnaissance paternelle prénatale dont les énonciations relatives à son auteur sont contredites par les informations concernant le père que lui communique le déclarant, l'officier de l'état civil compétent en application de l'article 55 établit l'acte de naissance au vu des informations communiquées par le déclarant. Il en avise sans délai le procureur d'Etat qui élève le conflit de paternité sur le fondement de l'article 342-3.*“

Cet article n'a de sens que si le terme „*déclarant*“ vise un déclarant de sexe masculin, qui reconnaît être le père de l'enfant dont il déclare la naissance à l'officier de l'état civil.

L'article proposé vise expressément le cas où l'officier de l'état civil a connaissance de la reconnaissance paternelle prénatale. Malgré cette connaissance d'une reconnaissance antérieure, il est tenu de recevoir la *reconnaissance* faite par le déclarant et d'inscrire celui-ci comme père dans l'acte de naissance.

Aucune explication n'est fournie par les auteurs du projet de loi pour justifier cette exception au principe chronologique. Comme la reconnaissance peut être faite devant n'importe quel officier de l'état civil, il peut arriver qu'elle soit faite devant un autre officier de l'état civil que celui qui va recevoir la déclaration de naissance. Il peut dès lors arriver que l'officier de l'état civil, qui reçoit la déclaration de naissance, n'ait pas connaissance de la reconnaissance prénatale, et qu'il accepte une reconnaissance faite par un tiers (ou qu'il accepte d'inscrire le mari comme père de l'enfant). Or, l'article 62-2 du projet vise justement le cas où l'officier de l'état civil, qui reçoit la déclaration de naissance, détient une reconnaissance prénatale, qui, par définition, est antérieure. Néanmoins il serait obligé de donner la préférence au déclarant.

L'article 62-2 du projet de loi constitue une copie fidèle de l'article 336-1 du Code civil français. Certains commentateurs ont cru voir dans cet article une valorisation de la présomption de paternité, lorsque le mari se trouve en concurrence avec un tiers qui revendique également la paternité de l'enfant. En effet, le déclarant peut être le mari de la mère. Or, puisque toutes les filiations sont censées se trouver sur un pied d'égalité, il n'y a pas de raison de préférer la filiation légitime à la filiation naturelle résultant d'une reconnaissance prénatale. Cela paraît contraire aux objectifs annoncés par les auteurs du projet de loi. Et, puisque le texte ne le précise pas, le déclarant peut aussi être un autre homme, qui n'est pas le mari de la mère. Il y aura donc concurrence entre deux filiations hors mariage. Pour quel motif la reconnaissance faite par le déclarant devra-t-elle être préférée à celle faite antérieurement par un autre homme?

Cette exception au principe chronologique ne se justifie pas.

En cas de maintien de l'article 62-2, il y a lieu de décharger le procureur d'Etat de l'obligation d'élever le conflit de paternité et de saisir les tribunaux. Il ne rentre pas dans les missions du procureur de régler des conflits entre des intérêts privés opposés.

„De l'assistance médicale à la procréation“ (articles 313 à 313-2 du projet de loi)

° L'intitulé de la Section II du Chapitre Ier du Titre VII paraît exhaustif, alors qu'en réalité les articles proposés visent exclusivement les cas de procréation médicalement assistée (PMA) avec tiers donneur, à l'exclusion des procréations assistées sans tiers donneur, internes au couple, appelées endogènes ou homologues.

° Bien que le Luxembourg ait en date du 12 janvier 1998 signé la Convention du Conseil de l'Europe sur les Droits de l'Homme et la biomédecine („convention d'Oviedo“), celle-ci n'a jamais été ratifiée. Il n'existe d'ailleurs pas au Luxembourg de réglementation concernant le volet médical en matière de PMA. Toutefois la loi du 1er août 2007 et deux règlements grand-ducaux du 30 août 2007 relatifs aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines sont à respecter en cas de PMA avec tiers donneur.

Ce vide juridique peut paraître surprenant au vu de l'ampleur du phénomène et au vu de fait que la naissance de Louise Brown, premier bébé né d'une FIV, remonte déjà à 1978!

En France, les lois de bioéthique prohibent depuis leur origine en 1999 le double don de gamètes en vue de la réalisation d'un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. La Cour de cassation française a été saisie d'une demande de question préjudicielle de constitutionnalité, soulevant une discrimination des couples dont les deux membres sont stériles. La Cour de cassation a refusé de soumettre cette question au Conseil constitutionnel.⁴⁹ Au Luxembourg, le problème n'est pas réglé du tout, faute de législation en la matière.

Un autre problème délicat est celui de la gestation *port mortem*, qui concerne des embryons obtenus du vivant des deux partenaires et soumis à cryoconservation dans l'attente d'une réimplantation dans l'utérus de la femme, au moment où l'homme est décédé. En France, depuis l'entrée en vigueur des lois de bioéthique, peuvent seuls bénéficier des techniques d'assistance médicale à la procréation les couples, mariés ou non, composés d'un homme et d'une femme tous deux vivants et en âge de procréer, ce qui empêche la réalisation de ces techniques après le décès de l'un des époux ou des concubins. Aussi bien l'insémination artificielle de la femme survivante que l'implantation d'embryons après le décès de son mari ou de son concubin sont prohibés, ce qui évite du même coup les incertitudes ou les difficultés en droit de la filiation.

L'actuel projet de loi a seulement pour objet de régler les questions de filiation liées aux PMA.

° Il conviendrait de préciser le champ d'application des règles énoncées: concernent-elles toutes les PMA pratiquées au Luxembourg (indépendamment de la nationalité des personnes qui y recourent)? Est-ce que la procédure de consentement est également ouverte aux résidents luxembourgeois, qui recourent à des PMA pratiquées à l'étranger?

° L'article 313 du projet de loi dispose: „*En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.*“

La vérité biologique est donc interdite dans ce cas. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme relative au droit de connaître ses origines, cette solution peut étonner. En France, le Conseil constitutionnel a décidé dans un arrêt du 27 juillet 1994⁵⁰ „*qu'aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci.*“ Les commentateurs de cette décision ont trouvé la motivation „*plutôt pauvre et incantatoire*“, et constaté qu'il a été tout simplement fait abstraction du reproche éventuel de discrimination entre les enfants.

La question de l'anonymat des donneurs soulève les mêmes difficultés que l'accouchement anonyme, et est controversée au regard du droit de l'enfant de connaître ses origines.

L'article 14 (2) de la loi du 1er août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines, dispose que „*L'identité du receveur ne doit être révélée ni au donneur ni à sa famille et inversement, sans préjudice de dispositions particulières pouvant régir le don de gamètes.*“ L'article 4 de la même loi impose que „*la traçabilité du donneur au receveur et inversement de tous les tissus et cellules obtenus, traités ou stockés ou distribués au pays doit être garantie à tout moment*“, et reprend la directive de la Commission du 24 octobre 2006 (2006/86/EC).

Il serait dès lors envisageable de prévoir une possibilité de levée de l'anonymat, tout en interdisant une action en établissement de la filiation ou à des fins d'aliments ou de subsides.

⁴⁹ Cass. 1re civ. 19 janvier 2011, n° 11-40.089

⁵⁰ Conseil constitutionnel 27 juillet 1994, déc. n° 94-343-344DC, Journal Officiel 29 juillet 1994

° L'article 313-1 du projet de loi prévoit une procédure destinée à recueillir le consentement des futurs parents, qui recourent à une PMA avec tiers donneur.

A noter que cette procédure est réservée aux seuls époux ou partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. En France, le recours à la PMA était initialement réservé aux couples mariés et aux concubins pouvant justifier d'une durée de vie commune de plus de deux ans. La condition de deux années de vie commune a entre-temps été supprimée. Sûrement les auteurs du projet de loi souhaitent garantir à l'enfant à naître un cadre familial présentant une certaine stabilité. Compte tenu de la fragilité des partenariats, qui se concluent et se dissolvent facilement et rapidement, il n'est toutefois pas sûr que l'exigence d'un partenariat se justifie et apporte une plus-value par rapport à un concubinage.

L'article 313-1 du projet prévoit une procédure se déroulant devant le président du tribunal d'arrondissement ou un notaire. Etant donné que le consentement à recueillir aura son importance quant à la filiation de l'enfant à naître, il est primordial que ce soit un officier public qui soit chargé de le recueillir, dans des conditions destinées à garantir qu'il s'agisse d'un consentement éclairé. Dans ce contexte, il faut approuver l'article 313-2 du projet, aux termes duquel les intéressés doivent être préalablement informés sur la portée et les conséquences de leur consentement. Etant donné que les officiers publics „normalement“ compétents en matière d'état civil sont les officiers de l'état civil, il serait toutefois plus utile de leur attribuer compétence pour recueillir les consentements. En effet, par le nouveau RNPP (répertoire national des personnes physiques), les officiers de l'état civil ont accès aux données concernant les intéressés. Ainsi ils ne devront demander des pièces que lorsque des informations ne sont pas inscrites au RNPP ou doivent être vérifiées. Tel n'est pas le cas pour les présidents des tribunaux d'arrondissement et les notaires. Ceux-ci devront, dès lors, soit systématiquement demander aux intéressés de verser des pièces, soit se contenter des déclarations non vérifiées des intéressés concernant leur état civil, leur domicile, etc. L'attribution de la compétence aux officiers de l'état civil irait ainsi également dans le sens d'une simplification administrative.

° L'article 313-1 du projet de loi règle les effets de la déclaration conjointe: „*Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet. (...) Celui, qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. (...)*“ L'idée, qui gît à la base de la déclaration conjointe, est que la filiation de l'enfant se trouve bloquée dès sa conception. Il s'agit donc d'une sorte de filiation conventionnelle ou consensuelle, proche de l'adoption. On est très loin de la vérité biologique. Le but de cette déclaration conjointe est de donner des garanties à celui des futurs parents, qui sera le parent biologique de l'enfant, et qui va devenir parent grâce à un don de gamète. L'enfant à naître constitue un „projet commun“ du couple. Alors pourquoi ne pas mener le raisonnement jusqu'au bout? Si l'enfant à naître de cette PMA est présumé être l'enfant du couple ayant donné son consentement, pourquoi la filiation doit-elle être judiciairement déclarée au cas où l'enfant n'est pas reconnu par celui qui a consenti à la PMA? Il ne suffit pas que celui-ci engage sa responsabilité et que l'autre parent doive intenter une action en justice, il faut aller jusqu'au bout: la filiation peut être établie à l'égard des deux parents sur base du consentement qu'ils ont donné. Et si c'est l'officier de l'état civil, qui a recueilli les consentements des deux personnes intéressées, il devrait pouvoir inscrire les deux dans l'acte de naissance comme parents de l'enfant, sur base de leur déclaration conjointe. Dès lors, à défaut de reconnaissance „réitérée“ lors de la déclaration de la naissance, la déclaration conjointe aurait les mêmes effets qu'une reconnaissance prénatale. Ce mécanisme serait encore facilité si l'officier de l'état civil compétent pour recueillir la déclaration conjointe, était celui du lieu de naissance probable de l'enfant.^{51 52} Lorsqu'il recevra la déclaration de la naissance et établira l'acte de naissance, l'officier de l'état civil disposera de toutes les informations requises pour dresser un acte de naissance complet.

Il appartiendrait alors à celui qui soutient que l'enfant n'est pas issu de la PMA, ou que son consentement a été privé d'effet, de saisir le tribunal compétent pour contester la filiation.

51 En fait il s'agira du lieu où est établi le médecin-gynécologue, qui va procéder à la PMA et sera le médecin-accoucheur. Seuls les officiers de l'état civil des trois villes du Luxembourg, qui ont des maternités (Luxembourg, Esch-sur-Alzette et Ettelbrück), pourraient ainsi être compétents.

52 En cas de survenance d'un événement privant d'effet le consentement, ce même officier de l'état civil devra être informé.

La gestation pour autrui (GPA)

Le projet de loi se propose de compléter l'article 6 du Code civil par un alinéa 2 libellé comme suit: „*Toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*“

Au Code pénal, il est prévu d'ajouter un article 391quater: „*Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 euros à 12.500 euros le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines seront portées au double. La tentative des infractions prévues à l'alinéa précédent du présent article sera punie des mêmes peines.*“

Tout d'abord, la soussignée se rallie aux observations de Monsieur le Procureur d'Etat de Diekirch en ce qu'il propose d'ajouter à l'article 6 du Code civil un alinéa 2 reprenant la formulation plus large utilisée par le législateur français dans l'article 16-7 du Code civil français: „*Toute convention conclue sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*“

Bien au-delà, les textes proposés sont largement insuffisants, étant donné qu'ils font totalement abstraction des implications internationales du phénomène.

Il faut également relever que la GPA soulève des problèmes d'ordre éthique liés au risque de marchandisation du corps humain, à l'exploitation de femmes vivant dans des milieux défavorisés et à la négation du lien qui s'établit entre la gestatrice et l'enfant pendant la grossesse. Si bien évidemment ces appréciations sont laissées aux instances politiques, la soussignée tient quand-même à donner un aperçu du phénomène.

Certains pays ont légiféré sur la pratique de la GPA avec plus ou moins de latitude et des dispositifs d'encadrement des pratiques très variables. En Europe, seuls le Royaume-Uni et la Grèce permettent la GPA légalement.

Au Royaume-Uni, ce sont souvent des agences spécialisées, qui mettent en relation la mère porteuse („*surrogate mother*“) et les parents d'intention („*intended parents*“). Il est interdit à ces agences de faire de la publicité et elles ne peuvent agir que dans un but non lucratif (Surrogacy Arrangements Act 1985). Toutefois ces agences ne sont nullement réglementées ou soumises à agrément. La mère porteuse dispose d'un délai de six semaines pour revenir sur sa décision et garder l'enfant.⁵³ S'y ajoute qu'au Royaume-Uni, la convention portant sur la GPA est „*unenforceable*“, c'est-à-dire que les tribunaux ne peuvent pas ordonner l'exécution forcée d'une telle convention. D'après la loi britannique, la mère porteuse ne peut être rétribuée, mais elle peut obtenir le remboursement raisonnable des frais qu'elle a engagés pour mener à bien sa grossesse („*reasonable expenses*“). L'on pourrait dès lors être amené à penser qu'il s'agit d'un acte altruiste, or: il n'est pas illégal de payer à la mère porteuse davantage qu'un montant équivalent à ses frais. Ni la mère porteuse ni les parents d'intention ne commettent une infraction, peu importe le montant qui est payé ! Etant donné que la notion de „*reasonable expenses*“ est des plus floues, il s'est installé une acceptation pratique de paiements „commerciaux“.

Constituent des infractions pénales: la publicité faite en vue de la recherche d'une mère porteuse, la publicité faite pour offrir des services de mère porteuse, et la publicité faite par des intermédiaires, qui souhaitent mettre en relation la gestatrice et les parents d'intention, à moins qu'il ne s'agisse d'une organisation qui n'a pas de but lucratif.

En Grèce, la législation autorise très largement la GPA altruiste, c'est-à-dire que la mère d'intention doit être incapable de porter elle-même un enfant jusqu'à terme (Law 3305/2005 Enforcement of Medically Assisted Reproduction). Il doit s'agir d'une GPA „partielle“ (la mère porteuse n'est pas la mère biologique de l'enfant). Toutes les autres formes de GPA sont prohibées, notamment la GPA „complète“ (la mère porteuse est aussi la mère biologique de l'enfant), la GPA sociale (la mère porteuse serait capable de porter elle-même son enfant jusqu'à terme), ou la GPA pour des parents d'intention homosexuels. La GPA rémunérée („*commercial surrogacy*“) est également prohibée. Malgré l'interdiction stricte des GPA rémunérées, l'écrasante majorité des GPA en Grèce sont rémunérées. Avant d'être mis à exécution, le projet de GPA doit recevoir l'approbation d'une juridiction. Or, il s'avère que dans la quasi-totalité des cas, la gestatrice et les parents d'intention ne se connaissent pas du tout

⁵³ En loi britannique, la femme, qui accouche de l'enfant, est toujours considérée comme la mère légale de l'enfant, même si elle ne présente aucun lien biologique avec l'enfant.

avant la signature de la convention, mais que les juridictions compétentes n'enquêtent pas sur l'existence d'une relation entre eux. Les juridictions se fient ainsi aux déclarations faites par les intéressés, la police grecque ne s'intéresse pas à ces cas, et aucune condamnation pénale n'a jamais été prononcée malgré des violations manifestes de la législation existante. La prohibition des GPA rémunérées est partant purement théorique et totalement inefficace. Des chercheurs ont analysé les projets de GPA approuvés par le *district court* d'Athènes. Dans de nombreux cas, la mère porteuse fut la „meilleure amie“ de la mère d'intention, souvent une immigrante de l'Europe de l'Est, avec une différence d'âge de 10 à 20 ans par rapport à sa „meilleure amie“. Dans aucun de ces cas, la juridiction ne s'est vu soumettre des preuves établissant l'existence d'une amitié telle qu'une femme puisse être amenée à mettre à disposition son utérus gratuitement.⁵⁴

En Belgique, aux Pays-Bas et au Danemark, la GPA n'est pas interdite. En Belgique, la GPA n'est mentionnée par aucun texte; elle se pratique en dehors de tout cadre légal. Au Danemark, plusieurs lois tentent, d'une part, d'empêcher la GPA à titre onéreux, et, d'autre part, de ne pas la favoriser. Aux Pays-Bas, le droit civil ignore la GPA, mais il existe une réglementation médicale très détaillée. Seules les conventions de GPA conclues à titre onéreux, sont punies par le code pénal. Dans ces trois pays, le changement de filiation se fait par le biais d'une adoption.

En France, en Espagne, en Allemagne, en Suisse et en Italie, la GPA est prohibée. Cette interdiction est liée à la conception que c'est la femme, qui a accouché de l'enfant, qui est considérée comme la mère⁵⁵, mais également à l'interdiction du don de gamètes (Italie) ou d'ovules (Allemagne et Suisse). Nous verrons plus loin, à l'exemple de la France, que cette interdiction légale de la GPA est loin de résoudre tous les problèmes.

Au Canada, la loi fédérale sur la procréation assistée interdit la GPA à titre onéreux ainsi que toute activité d'intermédiaire, mais n'exclut pas les contrats de GPA à titre gratuit. Les Provinces sont compétentes pour régler la question de la validité de ce genre de contrats et des conséquences en matière de filiation. Si le Québec prohibe les GPA, certaines Provinces anglophones (dont Alberta et Nova Scotia) permettent l'établissement d'un lien de filiation à l'égard des parents d'intention avec la permission de la mère porteuse.

Aux Etats-Unis, il n'y a pas de législation fédérale sur le sujet. Suite aux affaires de Bébés M, en 1987, et de *Johnson v. Calvert* en 1993, de nombreux Etats fédérés ont légiféré afin d'encadrer la pratique des mères porteuses et de clarifier les règles de filiation. D'après des estimations, depuis le milieu des années 1970, environ 25.000 enfants seraient nés aux Etats-Unis via GPA. Entre 2004 et 2008, en seulement quatre ans, le nombre de bébés nés d'une GPA aurait augmenté de 89%, d'après une étude „*Surrogacy in America*“ publiée par le *Council for Responsible Genetics*⁵⁶ de Cambridge, MA. La lecture de cette étude est intéressante à plus d'un titre.

Tout d'abord, cette étude constate que la législation de la plupart des Etats est ambiguë ou peu claire. Elle considère toutefois qu'il existe six catégories, en allant de la législation la plus libérale à la plus restrictive. La majorité des Etats se retrouverait au milieu, et la plupart n'aurait pas de textes concernant la validité ou la légalité de contrats de GPA. Et malgré l'explosion du marché des GPA (l'étude parle de „*booming industry*“!), très peu d'Etats ont changé leur législation au cours des dernières années. Dans certains Etats, tant la GPA traditionnelle⁵⁷ que la GPA partielle⁵⁸ sont autorisées. Il n'y a pas de statistiques sur le ratio entre ces deux sortes de GPA, mais la GPA traditionnelle engendre des frais médicaux largement inférieurs, ce qui pourrait inciter les parents d'intention à avoir recours plutôt à celle-là.

Il n'existe pas non plus de statistiques concernant les caractéristiques démographiques des mères porteuses. Il existe tout aussi peu d'informations sur les risques de santé qu'elles encourent. Des études sur les effets des GPA sur la santé physique ou mentale de la mère porteuse sont quasiment inexistantes.

54 „The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece“, by Aristides N. Hatzis, University of Athens

55 Article 325 du code civil français; article 1591 BGB allemand; article 92 de la loi espagnole sur le registre civil

56 www.councilforresponsiblegenetics.org

57 Insémination artificielle en utilisant l'ovule de la gestatrice et le sperme d'un homme, qui est le plus souvent le père d'intention

58 La gestatrice n'est pas la mère biologique de l'enfant

Toutefois l'étude relève plusieurs facteurs à risque, tels que l'état de santé et l'âge de la mère porteuse, le genre de GPA (traditionnelle ou partielle), les traitements hormonaux, le nombre d'embryons implantés, l'âge de la femme qui „fournit“ l'ovule, si les ovules et/ou embryons sont congelés ou frais, si les personnes „fournissant“ les gamètes ont une maladie contagieuse, ... Faute de réglementation, tous les extrêmes sont possibles: des parents d'intention ou des agences qui exigent des examens multiples, superflus, ou, à l'inverse, si les parents d'intention désirent réduire les coûts, le recours à un encadrement médical „*low quality*“ augmentant les risques.

Un autre volet qui, d'après cette même étude, n'est pas bien connu, concerne la sécurité juridique et financière de la mère porteuse. Il semble probable que ce soient des juristes engagés par les agences, qui préparent les contrats. Cela peut engendrer des conflits d'intérêts augmentant le risque que ces contrats contiennent surtout des clauses très défavorables à la mère porteuse.

Le constat fait dans cette étude est alarmant: en l'absence d'obligation pour les agences de fournir des informations, l'industrie de la GPA échappe à toute réglementation et est ouverte aux abus et exploitations. Une grande partie du „marché“ de la GPA est totalement inconnu. Faute d'études médicales, les risques réels pour la mère porteuse relèvent de la spéculation, tout comme les mesures à prendre pour minimiser les risques pour les mères porteuses. Les auteurs de l'étude sont d'avis que, par définition, le „consentement éclairé“ de la mère porteuse fait défaut. Même s'il n'existe pas de statistiques démographiques fiables, tout porte à croire que les mères porteuses relèvent des couches sociales les plus faibles. S'y ajoute l'important pourcentage de pauvres parmi certaines minorités raciales et ethniques, qui conduit les auteurs de l'étude à conclure que celles-ci sont les cibles de ceux qui sont à la recherche de mères porteuses.

Les auteurs de l'étude constatent donc que le nombre de mères porteuses ne cesse d'augmenter. La majorité de ces femmes vivent dans des Etats qui ne disposent pas de réglementation garantissant les droits médicaux et juridiques des mères porteuses. Même dans les Etats, qui ont une législation sur la GPA, tant le personnel médical que les parties contractantes très souvent ne la respectent pas, et les sanctions de telles violations sont très rares voire inexistantes. Dans des Etats où le législateur a estimé que la GPA devait être prohibée, le respect de cette politique ne semble pas être imposé. Autrement dit, des cliniques violent ouvertement la loi sans encourir de véritables sanctions. Les conclusions tirées par les auteurs de cette étude sont dès lors très pessimistes, et l'absence d'action politique est jugée alarmante.

En Ukraine⁵⁹ et en Géorgie, la maternité de substitution, y compris commerciale, est entièrement légale. Les parents d'intention sont considérés comme les parents de l'enfant sans devoir passer par une adoption; l'intervention d'aucune autorité officielle n'est prévue. La mère porteuse n'a aucun droit sur l'enfant. Toutefois la GPA n'est ouverte qu'à des couples hétérosexuels mariés, et il doit être établi que la mère d'intention ne peut pas elle-même mener une grossesse à terme.

L'analyse de la situation dans les différents pays, dans lesquels des GPA sont pratiquées, révèle partant que:

- soit il n'existe aucun cadre légal,
- soit il existe un cadre légal très peu restrictif,
- soit il existe un cadre légal plus restrictif, mais peu respecté, caractérisé par l'absence de contrôles, voire de poursuites en cas de violations.

Dès lors, le risque d'exploitation des mères porteuses est immense. Cet aspect de choses ne doit pas être négligé, indépendamment des opinions qu'on peut avoir, dans l'abstrait, en ce qui concerne l'acceptabilité ou l'inacceptabilité de la GPA d'un point de vue éthique.

Les solutions à proposer ne sont pas simples. Même les pays, qui interdisent la GPA, se voient confrontés à des problèmes délicats liés au „tourisme procréatif“. L'exemple de la France en est une parfaite illustration:

Initialement, la Cour de cassation française, dans trois arrêts du 6 avril 2011⁶⁰, avait décidé que les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français. La convention portant sur la gestation pour autrui, fût-elle licite dans

59 Depuis 1997: nouveau Code de la famille

60 Cass. fr. 6 avril 2011, n° 10-19.053, n° 09-66.486 et n° 09-17.130

le pays dans lequel elle a été conclue, est nulle en France d'une nullité d'ordre public et il ne saurait être question d'en accepter les effets au regard de la filiation. La Cour prend toutefois soin de préciser que cette impossibilité de transcription, qui a pour conséquence l'impossibilité d'obtenir des actes de naissance français pour ces enfants, ne les prive pas de la filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît ni les empêche de vivre avec les époux X. en France. La Cour de cassation a certainement fourni cette précision dans le souci de ne pas se voir reprocher une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ou de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant. En effet, la Cour estime que, compte tenu de l'existence d'une filiation étrangère et du droit de vivre en France avec les parents d'intention, il n'y a pas d'atteinte au droit à la vie privée et familiale. En réalité, en raison de l'absence d'actes de l'état civil français, les parents doivent faire face à une situation assez compliquée sur un plan administratif, nécessitant des démarches assez lourdes et fastidieuses.

La circulaire Taubira du 25 janvier 2013 prévoit la délivrance d'un certificat de nationalité française aux enfants nés à l'étranger par GPA. Cette circulaire de la ministre de la justice a suscité de vives réactions, et elle a mis en exergue l'ambiguïté de la situation juridique des enfants nés par GPA.⁶¹

Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation française a certes maintenu sa position, mais en s'appuyant désormais sur le fondement de la fraude. Dans une de ces affaires soumises à la Cour de cassation, un homme avait eu recours à une mère porteuse en Inde. Il avait effectué une reconnaissance prénatale en France. Plus tard il a demandé la transcription de l'acte de naissance étranger, qui le désignait comme père et mentionnait la mère porteuse en tant que mère. Etant donné que l'existence d'une convention de GPA avait été rapportée, non seulement la transcription lui fut refusée, mais la reconnaissance prénatale fut également annulée. La Cour réitère que les conventions de GPA sont nulles d'une nullité d'ordre public, mais elle innove désormais en qualifiant le recours à la GPA de „processus frauduleux“ et la reconnaissance, qui en était le corollaire, de „fraude à la loi“. En application de l'adage „*fraus omnia corrumpit*“, toutes les conséquences de la fraude sont anéanties et la filiation ne peut être établie en France. Ce recours à la fraude, qui a le mérite de l'efficacité, a suscité des critiques. Tout d'abord, la Cour n'accorde aucune importance au fait que l'auteur de la reconnaissance est le père biologique de l'enfant. Ensuite, la fraude à la loi invoquée par la Cour est celle du droit international privé. Or, elle suppose qu'il y ait eu une manipulation d'un élément de rattachement de la règle de conflit dans le but de rendre applicable une autre loi matérielle que celle qui aurait normalement été applicable. Tel n'a cependant pas été le cas. L'homme avait effectivement conclu à l'étranger une convention, qui est prohibée en France, mais il a reconnu l'enfant en France, devant l'autorité compétente, en application de la loi française, loi personnelle de l'auteur de la reconnaissance. Les conséquences du nouveau fondement choisi par la Cour de cassation sont drastiques: selon la Cour, „*en présence de la fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués.*“ En raison de la fraude commise, l'enfant serait privé de la protection des droits fondamentaux ...

L'exemple français montre à quel point il est difficile de trouver des solutions.

- Faut-il accepter l'établissement de la filiation des enfants nés de GPA lorsque cette filiation correspond à la vérité biologique? Dans certains cas, la filiation pourrait alors être établie à l'égard des deux parents d'intention. Dans d'autres cas, seule la filiation paternelle pourrait être établie. La mère d'intention, qui n'est pas la mère biologique de l'enfant, pourrait éventuellement l'adopter ensuite, voire obtenir une délégation de l'autorité parentale.

En cas de réponse affirmative à cette question, dans beaucoup de cas, les parents d'intention seront considérés comme les parents de l'enfant.

- Faut-il distinguer selon que la GPA a été pratiquée dans un pays où la GPA est légale, ou dans un pays ne prévoyant aucun cadre légal? A priori, une telle distinction peut paraître raisonnable. Or, en pratique, il semble y avoir très peu de contrôles concernant le respect des différentes législations, quelles soient permissives ou plutôt restrictives. Le risque d'exploitation des mères porteuses ne semble pas nécessairement être moindre du fait de la seule existence d'un cadre légal.

⁶¹ Des actes de l'état civil que l'on refuse de transcrire sur les registres de l'état civil au nom de l'ordre public, peuvent-ils être considérés comme prouvant un lien de filiation?

- Le critère de l’„intérêt supérieur de l’enfant“ inscrit dans la Convention internationale des droits de l’enfant, n’est d’aucun secours, étant que l’on ne saurait considérer qu’il est dans l’intérêt de l’enfant de se retrouver dans une situation précaire, sans aucun lien officiel avec les parents d’intention.
- Le respect de la vie privée et familiale, inscrit à l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’Homme, ne saurait pas non plus être négligé, même si, au vu des divergences politiques entre les membres du Conseil de l’Europe en matière de GPA, les Etats parties à la Convention disposent d’une large marge d’appréciation pour réglementer la GPA, voire pour l’interdire.

La situation est surtout très délicate s’il est demandé à un Etat de reconnaître ou de faire produire des effets à une GPA qui a été pratiquée dans un pays où elle est légale. En effet, dans l’arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*⁶², la Cour européenne a condamné le Luxembourg qui refusait de reconnaître une adoption plénière prononcée au Pérou au motif que l’ordre public prohibait l’adoption plénière par une personne seule. Selon la Cour, les juridictions luxembourgeoises ne pouvaient passer outre „un statut juridique créé valablement à l’étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l’article 8 de la Convention.“ Dans un arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*⁶³, la Grèce a été condamnée pour avoir refusé, pour des raisons d’ordre public, de reconnaître un jugement d’adoption prononcé aux Etats-Unis entre un moine grec et son neveu majeur. En matière de GPA, ce sont les principes d’indisponibilité du corps humain et de respect de la dignité de la personne, qui peuvent être invoqués à l’appui d’un refus de reconnaissance. Il est permis de penser que ce sont des principes d’ordre public très forts, qui ont davantage de poids que les règles d’ordre public invoquées par le Luxembourg ou la Grèce dans les affaires d’adoption précitées. Il n’est toutefois pas certain que ces principes puissent emporter la conviction de la Cour de Strasbourg. Le point commun dans les deux affaires précitées, était qu’il s’agissait de „statuts juridiques valablement créés à l’étranger“, selon la terminologie de la Cour de Strasbourg. En fait, il suffit que le statut juridique ainsi créé soit prévu par la législation de l’Etat dans lequel la décision a été rendue. Et la juridiction étrangère peut même n’avoir appliqué que sa propre loi, en tant que loi du for, sans vérifier l’applicabilité d’une loi étrangère. Pour la Cour européenne, un Etat ne saurait se prévaloir de ce que la décision étrangère n’a pas appliqué la loi applicable selon ses propres règles de conflit de loi, pour refuser de reconnaître la décision ainsi rendue à l’étranger. Dans l’affaire *Wagner*, la Cour reproche aux juridictions luxembourgeoises de ne pas „tenir compte de la réalité sociale de la situation au risque d’aller à l’encontre de l’intérêt supérieur de l’enfant.“ S’il suffit qu’un statut juridique ait été créé dans un Etat conformément à sa propre législation (et sans prendre en considération aucune autre), pour que l’intérêt supérieur de l’enfant prédomine sur toutes les considérations juridiques, éthiques ou morales, il sera difficile de ne pas reconnaître le statut juridique d’un enfant né d’une GPA.

Les choses se compliquent encore en raison du fait que deux Etats de l’Union Européenne permettent la GPA, à savoir la Grèce et le Royaume-Uni. Malheureusement les contrôles concernant le respect de la réglementation semblent être peu stricts, voire inexistant, mais heureusement les deux législations prévoient des conditions de résidence⁶⁴, ce qui réduit les risques d’un „tourisme procréatif“. Puisqu’il s’agit toutefois de conditions de résidence (pas de nationalité), des difficultés peuvent néanmoins surgir: par exemple, si les parents d’intention sont des ressortissants luxembourgeois résidant au Royaume-Uni; ou si le père d’intention est un ressortissant grec résidant au Luxembourg; ... La jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union Européenne est constante et claire: un Etat membre ne peut priver un citoyen européen des droits qui lui sont valablement reconnus par un autre Etat membre. Le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement constituée dans un autre Etat membre constitue au moins potentiellement une entrave à la liberté de circulation garantie à tout citoyen par l’article 21 du Traité UE⁶⁵. Une restriction à cette liberté ne peut se justifier que pour des considérations d’ordre public, lequel ne peut être invoqué qu’en cas de „menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société“.⁶⁶ Si la Cour de Justice venait à être saisie dans le cadre d’une affaire concernant le refus de reconnaissance, par un Etat de l’Union Européenne, de la filiation d’un

62 CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01

63 CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08

64 En Grèce, la mère porteuse et la mère d’intention doivent résider en Grèce; au Royaume-Uni, l’un des parents d’intention doit résider au Royaume-Uni.

65 CJCE: *García Avello* du 2 octobre 2003, C-148/02, concernant le nom d’un enfant (violation); *Grunkin et Paul* du 14 octobre 2008, C-353/06, concernant le nom d’un enfant (violation); *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010, C-208/09 concernant un titre de noblesse (pas de violation)

66 CJCE *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010, C-208/09

enfant né d'une GPA dans un autre pays de l'Union Européenne permettant la GPA, elle devra apprécier si les motifs d'ordre public invoqués à l'appui de ce refus justifient une restriction à la liberté de circulation. Compte tenu de l'absence de consensus entre les Etats de l'Union Européenne concernant la GPA, les chances que la Cour privilégie la liberté de circulation, sont bien réelles, sans qu'il ne soit possible de prédire l'appréciation de la Cour.

Si, au niveau du droit civil, il pourrait ainsi s'avérer illusoire de vouloir empêcher l'établissement de la filiation entre l'enfant né d'une GPA et les parents d'intention, seul le droit pénal semble offrir des solutions. Si l'on veut effectivement s'attaquer au fond du problème, il faut dissuader les parents potentiels du recours à la GPA. Il n'y a de marché que s'il y a une demande. Au lieu de ne sanctionner que les intermédiaires, qui le plus souvent se trouvent à l'étranger, il faudrait prévoir des sanctions pénales importantes, dissuasives, pour les parents d'intention, qui concluent une convention (au Luxembourg ou à l'étranger) pour recruter une mère porteuse.

Bien évidemment il s'agit d'un choix politique, qu'il n'appartient pas à la soussignée de faire. Mais si la volonté politique est de dissuader les parents potentiels de recourir aux services d'une mère porteuse, il faut un dispositif législatif cohérent et efficace.

La soussignée se rallie à l'avis de Monsieur le procureur d'Etat de Diekirch, en ce qu'il propose de compléter l'article 391quater du code pénal (tel que proposé dans le projet de loi) pour préciser ce qu'il en est de la mère porteuse et des parents d'accueil.

Tel que suggéré dans ledit avis, l'article 391quater pourrait, le cas échéant, être formulé de façon plus large pour viser toute personne, qui concourt à la conclusion d'une convention sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. Il faudrait également interdire toute publicité faite dans ce but⁶⁷.

C'est également à juste titre que Messieurs les procureurs d'Etat de Luxembourg et de Diekirch proposent d'étendre l'article 5-1 du Code d'instruction criminelle à la nouvelle infraction afin que les autorités luxembourgeoises soient compétentes pour poursuivre de telles infractions commises à l'étranger.

Les actions à fins d'aliments

Le Code civil actuel ne permet l'exercice d'une telle action à fin d'aliments qu'à l'enfant né des suites d'un acte de violence commis sur sa mère (article 341-1). Par contre, l'article 334-7 interdit l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents en cas d'inceste absolu, mais ne prévoit pas l'exercice d'une action à fins d'aliments.

Tout d'abord, il faut saluer la disparition de ce qui constituait une injustice en cas d'inceste, même si ces cas ne sont heureusement plus fréquents aujourd'hui. Il faut approuver l'initiative du législateur d'étendre l'action à fins d'aliments non seulement à l'enfant né d'une relation incestueuse, mais de permettre l'exercice d'une telle action de manière générale dans tous les cas où l'enfant, dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, préfère ne réclamer que des aliments plutôt que de faire établir la filiation à l'égard de son auteur.

Concernant l'article 342-7 du projet, Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg fait remarquer à juste titre que les deux parents sont tenus de subvenir aux besoins de l'enfant, de sorte qu'il y a également lieu de tenir compte des facultés contributives de l'autre parent, à l'égard duquel la filiation est établie. En ce qui concerne toutefois l'article 2277, alinéa 2, du Code civil relatif à la prescription quinquennale, auquel il est également fait référence dans ce même avis, il n'a en fait pas d'incidence sur le délai pour agir accordé à l'enfant, mais il limite la période pour laquelle celui-ci pourra réclamer des aliments.

L'accouchement anonyme

L'article 334 du projet de loi dispose que „*lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.*“

⁶⁷ Au Royaume-Uni, constitue une infraction pénale: toute publicité faite pour rechercher une mère porteuse, ou faite pour se proposer comme mère porteuse, ou faite par un tiers souhaitant faciliter la conclusion d'une convention sur la GPA.

Le projet de loi fait totalement abstraction des incidences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme consacrant le droit de connaître ses origines. Dans la fameuse affaire *Odièvre c. France*⁶⁸, la Grande Chambre de la Cour a décidé que les Etats ont l'obligation de ménager un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, à savoir l'intérêt public (prévention des avortements, et en particulier des avortements clandestins, et de l'abandon de nouveau-nés), le développement personnel de l'enfant et son droit de connaître ses origines, le droit de la mère de protéger sa santé en accouchant dans des conditions sanitaires correctes, et la protection des autres membres des différentes familles concernées. En l'espèce, la France permettait à l'enfant de demander à connaître l'identité de sa mère avec le consentement de celle-ci, et l'enfant pouvait hériter de ses parents adoptifs.

En France, une loi n° 2002-03 du 22 janvier 2002 a créé un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP). Cette loi vise à organiser la collecte et la transmission de certaines informations liées à l'accouchement sous X. La femme qui demande la préservation du secret de son identité, est invitée à laisser des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant, et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité, et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée, en cas de demande d'accès aux origines, que si elle donne alors son consentement exprès.

Sans vouloir insister sur tous les détails de cette réglementation, la soussignée insiste sur la nécessité de prévoir une telle procédure de collecte de renseignements, avec la faculté pour la mère d'autoriser la levée du secret de sa propre identité. C'est le corollaire indispensable de la faculté accordée à la mère biologique par l'article 334 du projet de loi.

En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme était très claire dans un arrêt du 25 septembre 2012 intervenu dans l'affaire *Godelli c. Italie* (l'Italie a été condamnée pour violation de l'article 8): la Cour a jugé qu'un juste équilibre n'était pas ménagé entre les intérêts en présence, car la législation, une fois que la mère a décidé de garder l'anonymat, ne permet pas à l'enfant, adopté et non reconnu à la naissance, de demander soit des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret de la naissance avec accord de la mère biologique.

Il est dès lors certain que l'article 334, tel que proposé, exposera le Luxembourg au risque de se faire condamner par la Cour de Strasbourg pour violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la convention. La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 313 du projet de loi, qui concerne la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, et pour les articles 367 et suivants du Code civil régissant l'adoption plénière.

Les déclarations de naissance

Tout d'abord il faut saluer l'initiative de ne plus faire figurer dans les actes de naissance des enfants les professions de leurs parents.

En ce qui concerne les prénoms et nom(s) de l'enfant, le projet de loi traite des prénoms de l'enfant dans l'article 57 alinéa 2, tandis que le nom est régi par les articles 314 et suivants. Il aurait été préférable de regrouper les dispositions relatives aux prénoms et nom de l'enfant dans la section relative aux déclarations de naissance.

Compte tenu de la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants, le terme „*nom de famille*“ figurant dans l'intitulé de la section III du chapitre 1er du Titre VII du Code civil ne correspond pas à la terminologie actuelle en la matière. Depuis 2005, le nom patronymique a été remplacé par le „*nom*“.

Le projet de loi est à approuver en ce qu'il se propose d'harmoniser la compétence en matière de changement de nom pour tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage. Les règles de dévolution du nom figurant aux articles 314 à 314-4 du projet sont celles déjà introduites par la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants; elles ne sont soumises à aucun changement. Par contre, c'est à bon droit que le projet de loi prévoit d'accorder désormais compétence à l'officier de l'état civil pour recevoir les déclarations des parents relatives au choix de leur enfant, et d'accorder compétence au ministre pour connaître des autres cas de changement de nom de l'enfant, tant pour les enfants nés dans le mariage que pour les enfants nés hors mariage.

⁶⁸ CEDH 13 février 2003

L'alinéa 3 de l'article 314-1 du projet de loi dispose: „*En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est Luxembourgeois, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions des alinéas précédents peuvent effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance de l'enfant.*“ S'il suffit que l'un des parents de l'enfant soit Luxembourgeois, l'enfant peut avoir encore une autre nationalité que la nationalité luxembourgeoise. Il se peut que le nom attribué à l'étranger soit conforme à la législation d'un autre Etat dont il a également la nationalité. Si un changement de nom peut être demandé pour permettre aux parents d'user de la faculté de choix prévue par la législation luxembourgeoise, il peut en résulter que l'enfant portera un nom conforme à la législation luxembourgeoise et un autre nom conforme à la législation d'un autre Etat dont il a également la nationalité. Or, une diversité de noms (plusieurs noms officiels pour désigner le même individu) présente de réels désavantages dans un Etat comme le Luxembourg, où le nom constitue le plus important élément d'identification d'une personne.

Dans cet ordre d'idées, la soussignée rejoint absolument les commentaires de Monsieur le procureur d'Etat de Diekirch à propos de l'article VI du projet de loi concernant la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms. Le Luxembourg a certes ratifié la convention d'Istanbul⁶⁹, aux termes de laquelle il s'engage à ne pas accorder de changements de noms ou de prénoms aux ressortissants d'un autre Etat contractant, sauf s'ils sont également ses propres ressortissants. Or, si les personnes ayant plusieurs nationalités étaient relativement rares, leur nombre ne cesse aujourd'hui d'augmenter constamment. Si chaque Etat accepte de changer le nom d'une personne, qui est son ressortissant, sans prendre en compte les autres nationalités que cette personne peut avoir, le risque de créer des diversités de noms est bien réel. Une personne peut s'être vu attribuer, à sa naissance, des noms différents dans les différents Etats dont il possède la nationalité. Si, par la suite, elle demande dans un de ces Etats un changement de nom afin de porter au Luxembourg le même nom qu'elle porte déjà d'après une autre législation, cela devrait lui être accordé. Si, à l'inverse, cette personne porte le même nom dans deux ou plusieurs Etats et demande un changement de nom dans un seul de ces Etats, cette personne devrait devoir justifier des démarches entreprises dans les autres Etats concernés pour y obtenir le même changement de nom. En pratique, cette problématique peut s'avérer difficile à gérer, mais une première étape serait d'obliger les demandeurs en changement de nom à déclarer toutes les nationalités qu'ils possèdent et à indiquer les noms leur attribués par les autorités des Etats en question, en versant des pièces à l'appui (p. ex. copies de l'acte de naissance étranger, copie d'un passeport étranger).

La proposition de Monsieur le procureur d'Etat de Diekirch est encore à approuver en ce qu'elle vise à informer le Procureur Général d'Etat des changements de noms accordés, afin d'en tenir compte au niveau de l'exécution des peines et des inscriptions figurant au casier judiciaire.

C'est encore à juste titre qu'il a relevé l'absence de recours prévu dans le projet de loi (article 7) contre un arrêté ministériel accordant le changement, bien qu'un tel recours existe actuellement.

Une observation purement technique concerne l'alinéa 3 de l'article 6 du projet de loi: les mentions *marginales* ayant été remplacées par des mentions *ultérieures*, il faudrait écrire: „*Mention des décisions de changement de nom et de prénoms est portée sur les actes de l'état civil de l'intéressé et, le cas échéant, de ceux de son conjoint et de ses enfants.*“

L'article 57 du projet de loi maintient l'indication du sexe dans l'acte de naissance. Cette inscription est faite sur base des indications fournies par le médecin-accoucheur dans l'avis de naissance.

Un problème pratique peut se poser au cas où le sexe de l'enfant n'est pas certain. La nécessité de maintenir l'indication du sexe dans les actes de l'état civil, a d'ailleurs fait l'objet de débats politiques récents.⁷⁰

La circulaire sur l'état civil, dans son paragraphe 268, contient les instructions suivantes pour les officiers de l'état civil appelés à dresser un acte de naissance „*Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication „de sexe indéterminé“ dans son acte de naissance. C'est le sexe le plus probable (suivant indication du/des médecins traitants) qui est indiqué dans l'acte.*“

⁶⁹ Convention n° 4 de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) signée à Istanbul le 4 septembre 1958, approuvée par une loi du 2 mars 1982

⁷⁰ p. ex. motion de „déi Lénk“ au conseil communal de la Ville de Luxembourg en date du 16 décembre 2011

Dans des cas exceptionnels, si le médecin estime ne pas pouvoir immédiatement donner une indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, aucune indication sur le sexe n'est initialement inscrite dans l'acte, car il n'appartient pas à l'officier de l'état civil de remédier au défaut d'indication du sexe par le médecin. L'acte devra toutefois, par la suite, être complété par décision judiciaire.

En Allemagne, une loi du 7 mai 2013 („Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften“) a modifié le paragraphe 22 de la loi sur l'état civil en y ajoutant un point (3): „*Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.*“ Le paragraphe 27, alinéa 3, point 4, de la même loi est également modifié et prend la teneur: „*die nachträgliche Angabe oder Änderung des Geschlechts des Kindes.*“

Il ressort de ces dispositions que le défaut d'indication de sexe dans l'acte de naissance, constitue un cas exceptionnel et provisoire. Le sexe devra être inscrit ultérieurement. Par contre, cette nouvelle loi maintient la subdivision traditionnelle *homme-femme*.

Une position libérale pourrait consister à prévoir, en plus, une 3ème catégorie „*intersexe*“.

Cette solution fut discutée en Australie dans une affaire *Norrie*, qui a été plaidée devant la Cour d'appel de New South Wales⁷¹. Une personne née en 1961 en Ecosse comme homme, avait subi en 1989 une opération d'assignation sexuelle pour devenir femme. En 2009, elle demande à être enregistrée avec l'indication „*non spécifique*“ dans la rubrique relative au sexe.

En pratique, la création d'une 3ème catégorie „*intersexe*“ entraînerait un risque de discrimination et entraînerait des difficultés d'application de nombreuses lois, qui sont fondées sur la distinction traditionnelle „*homme-femme*“. Surtout en ce qui concerne les enfants, un risque de stigmatisation est indéniable. Il paraît également tout à fait illusoire de vouloir faire une éducation 100% neutre. En effet, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe a un impact non négligeable sur la construction identitaire et sociale d'un individu. D'après les sociologues, la plupart des personnes intersexuées souhaiterait finalement s'intégrer dans la société comme homme ou femme.

Une 3ème voie possible serait la suppression de toute indication du sexe dans les actes de l'état civil. Là encore, il s'agirait d'un changement majeur de paradigme en matière de droit de la personne. Le choix de cette 3ème voie présuppose que d'innombrables modifications législatives soient effectuées préalablement, dans de nombreux domaines, afin de supprimer toute référence à la distinction „*homme-femme*“.

En ce qui concerne les nouveau-nés, il existe de très rares cas où il est difficile de déterminer le sexe à l'origine, mais ces enfants connaîtront un développement et atteindront l'âge de la puberté, de sorte que la plupart des enfants intersexués pourront, par la suite, être désignés comme „*homme*“ ou „*femme*“. Souvent les parents, dans le souci d'éviter une stigmatisation de leur enfant, souhaitent d'ailleurs qu'un sexe soit attribué à leur enfant, et ils engagent des mesures médicales précoces d'assignation sexuelle.

Actuellement l'article 57 du projet de loi exige l'inscription du sexe dans l'acte de naissance. La solution mise en oeuvre par le législateur allemand dans le cadre de la réforme du 7 mai 2013, a l'avantage de laisser aux médecins et aux parents d'enfants intersexués davantage de temps avant d'opter pour l'un ou l'autre sexe, ou pour décider des mesures à prendre sur un plan médical. Mais cette solution comporte un risque de stigmatisation, car l'absence d'indication de sexe dans l'acte de naissance sera révélatrice.

Reste à noter, pour être complet, que la résolution 1728 (2010) du Conseil de l'Europe entend interdire toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Elle vise „*les personnes lesbiennes, gay, bisexuelles et transgenres (LGBT)*“. Les personnes intersexuées n'y sont pas mentionnées, et cette résolution ne préconise pas la suppression de l'identité de genre dans les documents officiels ou la création d'une 3ème catégorie „*intersexe*“ ou „*sexe indéterminé*“.

L'adaptation de différents articles du Code pénal pour supprimer la terminologie relative à la filiation légitime, naturelle et adoptive

La soussignée se rallie à l'avis de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg. En effet cette adaptation ne donne pas lieu à des observations particulières. Toutefois,

⁷¹ Arrêt du 30 mai 2013

en ce qui concerne l'article 377 du Code pénal, il y a lieu de tenir compte de la version actuelle de cet article, qui a été modifié non seulement par la loi du 16 juillet 2011, mais encore par une loi du 21 février 2013. Les changements de terminologie concernent les points 1° et 5° dudit article.⁷²

Pour finir, la soussignée tient encore à attirer votre attention sur différents sujets qui ne sont pas mentionnés dans le projet de loi:

L'absence de règles de conflit de loi

Le projet de loi, qui constitue quasiment une copie exacte de la législation française en matière de filiation, ne contient cependant pas de dispositions relatives au droit international privé, contrairement au Code civil français.

Les règles de conflit de loi actuelles ont été développées par la jurisprudence, qui s'est inspirée de la jurisprudence et de la doctrine françaises. Traditionnellement, en matière de filiation légitime, par extension de la jurisprudence *Rivière*, les juridictions appliquent la loi des effets du mariage, c'est-à-dire la loi nationale commune des père et mère, et en l'absence de loi nationale commune, la loi du domicile commun. Quant à la filiation naturelle, elle est soumise à la loi nationale de l'enfant.

Dans le contexte de l'harmonisation des règles applicables aux différentes filiations, une harmonisation des règles de conflit de loi semble dès lors souhaitable, afin de ne pas appliquer des lois matérielles différentes selon que l'enfant est né dans le mariage ou hors mariage.

En France, l'article 311-14 du Code civil dispose que „*La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.*“ L'article 311-15 soumet les conséquences de la possession d'état à la loi française, dès lors que l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle. Aux termes de l'article 311-17, „*La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant.*“ Ces règles ont été très largement commentées et critiquées par la doctrine qui a souligné le caractère révolutionnaire de la réforme entreprise, mais aussi les inconvénients de la méthode employée, l'incertitude des rattachements proposés et les difficultés de leur mise en oeuvre. L'article 311-14 énonce un principe général de compétence, applicable aux deux types de filiation. Ce principe recouvre deux rattachements possibles: un rattachement principal à la loi de la mère et un rattachement subsidiaire à la loi de l'enfant. Ce rattachement à la loi de la mère a semblé préférable au rattachement à la loi nationale de l'enfant, qui pouvait engendrer un cercle vicieux: bien souvent la nationalité de l'enfant dépend de sa filiation. Alors la question de la filiation devait être tranchée préalablement au problème de la nationalité, en vertu de la loi nationale „provisoire“, quitte à tirer les conséquences de l'établissement d'une nouvelle filiation sur la nationalité. Le rattachement à la loi de la mère présente certes un atout de simplicité: la filiation maternelle est le plus souvent établie, et la nationalité de la mère est connue. Si l'enfant naturel a le plus souvent la nationalité de sa mère, il peut aussi avoir les nationalités de ses deux parents si la filiation a été établie en même temps à l'égard des deux. Il se justifie alors difficilement de privilégier la loi nationale de la mère, alors que les deux parents se trouvent sur un pied d'égalité. Les choses se compliquent encore davantage si la mère possède deux ou plusieurs nationalités.

Afin que les juridictions appliquent la même règle de conflit de loi à toutes les filiations, l'intervention du législateur est nécessaire. Dans un souci de favoriser l'établissement de la filiation, une règle de conflit alternative pourrait prévoir en principe l'application de la loi de la mère; si celle-ci a plusieurs nationalités, il y a lieu d'appliquer la loi la plus favorable à l'enfant; s'il s'agit d'établir la filiation paternelle, et que la loi nationale du père permet l'établissement de la filiation, tandis que la loi nationale de la mère ne le permet pas, il y a lieu d'appliquer la loi nationale du père; etc.

Quelle que soit la formulation exacte d'une telle règle de conflit, il serait souhaitable de préciser, à l'instar du législateur français, qu'il y a lieu de se placer „*au jour de la naissance de l'enfant*“ pour considérer quelles lois peuvent éventuellement s'appliquer. Pareille précision évitera des discussions sur la loi applicable au cas où l'enfant, le père ou la mère auront entre-temps changé de nationalité, ce qui risque d'arriver assez fréquemment, compte tenu des longs délais d'action prévus dans le présent projet de loi.

⁷² pour le détail: voir page 2 de l'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

L'article 380, alinéa 1er, du Code civil:

Déjà en 1998, le juge des tutelles de Luxembourg a soumis à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante: „*L'article 380 du Code civil en tant qu'il érige en principe que l'autorité parentale envers les enfants naturels reconnus par leurs deux auteurs est exercée par la mère, et en tant qu'il différencie ainsi tant la situation de la mère d'un enfant naturel de celle du père, que la situation du père légitime de celle d'un père naturel, est-il compatible avec le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi édicté à l'article 11(2) de la Constitution?*“

L'article 380, alinéa 1er, du Code civil dispose que „*Sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère. Toutefois l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles.*“

Dans un arrêt n° 7/99 rendu en date du 26 mars 1999, la Cour constitutionnelle a considéré que „*l'instauration du principe de l'exercice privatif de l'autorité parentale par la mère naturelle, créant dès l'abord une inégalité entre le père naturel par rapport à la mère naturelle et au père légitime, et par là-même un clivage entre les situations des enfants selon qu'ils sont nés ou non dans le mariage, constitue une différence qui n'est ni adéquate ni proportionnée à son but*“, et a dit que „*l'article 380, alinéa 1er du Code civil, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11 (2) de la Constitution*“.

Bien que cette discrimination ait déjà été officiellement constatée par la Cour constitutionnelle en 1999, l'article 380 du Code civil n'a toujours pas été modifié, et le présent projet de loi ne vise pas non plus à le modifier. Il est vrai que le projet de loi sur le mariage homosexuel propose de modifier l'article 380 du Code civil, mais uniquement pour tenir compte de la situation de parents du même sexe en remplaçant les termes „*père et mère*“ par le terme plus générique „*parents*“.73 Aucune suppression de la discrimination relevée par la Cour constitutionnelle n'est cependant prévue.

Il y a lieu de remédier à cet état des choses et de modifier l'article 380, alinéa 1er du Code civil comme suit:

„*Sur l'enfant né hors mariage, l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère des parents qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents.*“

L'article 1527 du Code civil:

L'article 1527, alinéa 1er, du Code civil établit le principe que les avantages qu'un époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle ne sont pas considérés comme des donations et ne sont donc pas réductibles. L'alinéa 2 du même article apportait une exception à ce principe pour le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage. Il disposait qu'en cette hypothèse toute convention, qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la quotité disponible prévue à l'article 1094 du Code civil, sera sans effet pour tout l'excédent. Ce texte visait les seuls enfants nés d'un précédent mariage, à l'exclusion des enfants naturels. Dès lors, ceux-ci pouvaient être spoliés de tous leurs droits.

Les tribunaux ont eu à connaître d'une affaire concernant le père d'une fille née d'une relation adultérine. Il avait reconnu cette fille, de sorte que la filiation était légalement établie. Avant son décès, il a signé avec son épouse un contrat de mariage pour adopter un régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant. Suite au décès du père, son épouse s'est ainsi vu attri-

73 Proposition de texte dans le projet de loi relatif au mariage homosexuel: „Art. 380. Sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui ~~des père et mère~~ des parents qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère. Toutefois l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

Dans tous les cas, le juge des tutelles peut, à la demande ~~du père, de la mère~~ de l'un des parents ou du ministère public, modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant naturel. Il peut décider qu'elle sera exercée soit par l'un des deux parents, soit en commun par ~~le père et la mère~~ les parents; il désigne, dans ce cas, le parent chez lequel l'enfant aura sa résidence habituelle.

Le juge des tutelles peut accorder un droit de visite, d'hébergement et de surveillance au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale.“

buer l'intégralité de la communauté, et la fille adultérine n'a pas hérité de son père, malgré le fait qu'en principe tous les enfants sont héritiers réservataires dans la succession de leur parent. La Cour de cassation⁷⁴ a décidé que l'article 1527, alinéa 2, ne saurait être étendu à un enfant qui n'était pas encore né au moment où son auteur a contracté mariage. La fille adultérine s'est ainsi trouvée déshéritée.

La France, qui connaissait un libellé de l'article 1527, alinéa 2, du Code civil identique au nôtre, a modifié ledit article par une loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant certaines dispositions de droit successoral. La France a néanmoins été condamnée, sur base de la législation antérieure, par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans un arrêt *Mazurek c. France* rendu en date du 1er février 2000. Suite à cet arrêt, la Cour de cassation française, a opéré un revirement de jurisprudence. Si elle avait interprété l'article 1527, alinéa 2 du Code civil, de la même manière restrictive que la Cour de cassation luxembourgeoise, elle est revenue sur cette interprétation dans un arrêt du 29 janvier 2002 pour décider que la protection assurée aux enfants nés d'un précédent mariage devait être étendue aux enfants naturels nés d'une précédente liaison, en cas de remariage de leur auteur sous le régime de la communauté universelle.

Au Luxembourg, une loi du 20 décembre 1993 est venue modifier le libellé de l'alinéa 2 de l'article 1527. Dans sa version actuelle, cet alinéa dispose: „*Néanmoins dans le cas où il y aurait à la date du mariage, soit des enfants d'un précédent mariage, soit des enfants dont la filiation est établie à l'égard d'un des époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094, au titre „Des donations entre vifs et des testaments“ sera sans effet pour tout l'excédent.*“ Dès lors, les enfants naturels nés avant le mariage en question, sont désormais protégés, tout comme les enfants nés d'un précédent mariage. Mais les enfants naturels nés après la date du remariage (les enfants „adultérins“ nés pendant le mariage en question), peuvent encore être complètement déshérités par l'effet de conventions matrimoniales. Il subsiste partant encore une discrimination par rapport à ces enfants.

Aucune modification de ce texte n'est prévue dans le projet de loi.

Pour remédier à cette discrimination, il faudrait modifier l'alinéa 2 de l'article 1527 du Code civil en supprimant „à la date du mariage“.

Le livret de famille:

Le Luxembourg a ratifié la Convention CIEC n° 15 créant un livret de famille international.⁷⁵ Aux termes de l'article 1er de cette convention, le livret de famille n'est délivré qu'en cas de mariage. L'acte de mariage des époux sera inscrit dans le livret, ainsi que les actes de naissance de leurs enfants, ou d'autres actes portés en marge de ces actes de l'état civil.

Par contre, les parents d'enfants nés hors mariage, ne peuvent pas se faire délivrer un livret de famille contenant les actes de naissance de leurs enfants.

Il est vrai qu'aujourd'hui le livret de famille a perdu de son importance. Souvent il n'est pas tenu à jour, de sorte qu'il est de moins en moins accepté comme document officiel. Néanmoins les officiers de l'état civil se sont régulièrement vu demander un livret de famille par des parents d'enfants nés hors mariage, mais ils ne pouvaient malheureusement pas donner suite à cette demande.

Aucune modification concernant le livret de famille n'est prévue dans le présent projet de loi.

Bien évidemment, le Luxembourg ne peut pas modifier unilatéralement les conditions de délivrance du livret de famille international.

Dans un souci d'assurer l'égalité de toutes les filiations, il faudrait dénoncer la convention CIEC n° 15 et ne plus délivrer de livret de famille du tout. Une autre solution consisterait à dénoncer la convention et à créer un autre livret de famille, qui pourrait être délivré aux couples mariés, aux partenaires, et aux parents d'enfants nés hors mariage.

⁷⁴ Arrêt 33/90 du 20.12.1990, n° 910 du registre

⁷⁵ La convention n° 15 de la Commission Internationale de l'Etat Civil a été ratifiée par une loi du 10 décembre 1975

Les extraits des registres de l'état civil:

Aux termes de l'article 45 du Code civil, alinéa 2, „*toute personne peut se faire délivrer par les dépositaires des registres de l'état civil, des extraits de ces registres à moins que ceux-ci ne révèlent l'existence d'une filiation illégitime ou adoptive.*“

L'alinéa 3 du même article dispose que „*A l'exception des autorités publiques, de la personne que l'acte concerne, de son conjoint ou de son conjoint survivant, de son représentant légal, de ses ascendants, descendants ou héritiers légaux, nul ne peut obtenir une copie conforme d'un acte de l'état civil datant de moins de cent ans, et révélant une filiation illégitime ou adoptive, s'il ne justifie pas d'un intérêt familial, scientifique ou de tout autre intérêt légitime. (...)*“

Les textes précités prévoient donc des règles discriminatoires relatives à la délivrance d'extraits et de copies conformes d'actes de l'état civil.

Aucune modification n'est toutefois prévue dans le projet de loi.

Il y a tout d'abord lieu d'harmoniser ces règles, qui ne sauraient varier en fonction de la filiation renseignée par l'acte de l'état civil. Ensuite, l'article 45, alinéa 2, du Code civil est extrêmement large et peut choquer nos conceptions actuelles en matière de protection de la vie privée. Il ne se justifie pas que n'importe qui ne puisse se faire délivrer des extraits d'actes de l'état de civil, qui ne le concernent en rien. La soussignée propose dès lors d'abroger l'article 45, alinéa 2. Il est proposé de modifier l'alinéa 3 de l'article 45 comme suit: „*A l'exception des autorités publiques, de la personne que l'acte concerne, de son conjoint ou de son conjoint survivant, de son représentant légal, de ses ascendants, descendants ou héritiers légaux, nul ne peut obtenir un extrait ou une copie conforme d'un acte de l'état civil datant de moins de cent ans, [et révélant une filiation illégitime ou adoptive], s'il ne justifie pas d'un intérêt familial, scientifique ou de tout autre intérêt légitime. (...)*“

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de notre parfaite considération.

Marie Jeanne KAPPWEILER
Avocat général

Robert BIEVER
Procureur général d'Etat

Annexes:

- avis de la Cour Supérieure de Justice
- avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (volet civil et volet pénal)
- avis du Parquet de Diekirch
- avis du Parquet de Luxembourg

Le Tribunal d'arrondissement de Diekirch n'a pas fait parvenir d'avis au Parquet Général.

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

Suivant transmis de Monsieur le Procureur général d'Etat, Monsieur le Ministre de la Justice a sollicité de la Cour supérieure de Justice (ci-après „la Cour“) un avis sur le projet de loi portant réforme du droit de la filiation.

Il ressort de la lecture de l'exposé des motifs accompagnant le projet, que les idées maîtresses de celui-ci sont, d'une part, l'abandon de la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle, et, d'autre part, en ce qui concerne l'établissement d'une filiation, l'acceptation de la notion de filiation par procréation médicalement assistée. S'y ajoutent des modifications de la législation actuelle concernant, notamment, le „nom de famille“, la reconnaissance de paternité sans action en justice et la création d'une action à fins d'aliments.

Si la Cour ne peut qu'approuver, d'une façon générale, l'idée qui, d'après leurs propres dires, a inspiré les auteurs du texte, à savoir sécuriser la filiation, il est tout aussi évident que la Cour ne va pas commenter la philosophie qui est à la base des principes développés au projet sous avis. En effet, il n'appartient au troisième pouvoir ni d'approuver ni de critiquer les choix de société opérés par le Gouvernement. D'autres réformes concernant le droit de la famille ont d'ailleurs été annoncées.

Il suffit de dire, quant à l'assimilation des filiations légitime et naturelle, que cette réforme, après celle d'il y a plus de trente ans (la loi du 13 avril 1979), s'imposait non seulement en raison du changement de la perception de la filiation dans la société actuelle – près de la moitié des enfants naissent hors mariage – mais également d'un point de vue juridique, au vu de plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, notamment en matière d'autorité parentale, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Quant à l'encadrement strict de la filiation médicalement assistée que les auteurs du texte sous avis recherchent, la Cour, qui d'un point de vue juridique ne peut qu'approuver cette idée, considère, au vu de l'expérience étrangère dans ce domaine, que les textes proposés devraient y suffire.

La Cour approuve également l'approche des auteurs du texte de s'inspirer largement des textes français actuellement en vigueur dans ce domaine. En effet, le praticien, à la recherche aussi bien du précédent que de la ratio legis, ne peut que se féliciter du fait qu'il pourra utilement se référer, dans la mesure du possible, à la doctrine et à la jurisprudence d'un seul pays, ce d'autant plus qu'il s'agit du pays vers lequel il a l'habitude de se tourner pour ses recherches.

La Cour a pris connaissance de l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg concernant le présent projet de loi. La Cour considère que le tribunal a fait des observations pertinentes, d'ordre technique, concernant le projet sous avis. Elle ne peut que se rallier aux modifications et rectifications suggérées par le tribunal. Il en est d'autant plus ainsi que c'est au niveau de la première instance que se joue le contentieux en matière de filiation. Il s'avère, en effet, que très peu de décisions de première instance font l'objet d'un recours devant la Cour d'appel. Ainsi, la première chambre de la Cour, devant laquelle, en principe, toutes les affaires du droit de la famille au sens large (divorces, liquidations de la communauté après divorce, tutelles majeurs et mineurs, adoptions, violence domestique, loi de 2009 sur le placement judiciaire, e. a.) sont portées, n'a eu à connaître, pendant les années judiciaires 2001-2002 et 2002-2003, à chaque fois que de deux affaires de droit de la filiation. Par conséquent et forcément, l'avis de la juridiction de première instance s'inspire d'une pratique beaucoup plus importante que celle de la juridiction de seconde instance.

Finalement, la Cour se permet de rappeler son avis adopté à l'Assemblée générale du 29 septembre 2011 relatif au projet de loi 49369/49370 concernant l'article 35 de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, dans lequel la création d'une chambre d'appel de la famille avait été fortement suggérée.

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE ET A LUXEMBOURG
sur les dispositions de nature civile du projet de loi

La réforme envisagée est inspirée des textes actuellement en vigueur en France. Aucune objection de principe ne s'imposant à ce sujet, le présent avis se limitera à passer en revue les dispositions du projet qui appellent des observations.

Article 317

Au deuxième alinéa il y a lieu de placer la conjonction **ou** entre „demande en divorce“ et „en séparation de corps“.

Au troisième alinéa il conviendrait de remplacer le terme „celui“ par „l'enfant“.

Article 323

En rapport avec l'acte de notoriété qui peut faire preuve de la possession d'état le premier alinéa de l'article 323 renvoie aux articles 70 à 72 du Code civil.

Ces textes consacrent d'une part la compétence du juge de paix pour l'établissement de l'acte de notoriété (articles 70 et 71) et d'autre part celle du tribunal d'arrondissement pour son homologation (article 72).

Le projet sous avis n'abordant pas la question d'une homologation de l'acte de notoriété, une clarification à ce sujet s'impose en tout état de cause.

De manière plus générale on peut cependant douter de la nécessité d'instaurer le mécanisme envisagé par l'article 323. Abstraction faite de la considération qu'en chargeant le juge de paix de l'établissement de l'acte de notoriété, le projet consacre une entorse à la compétence de principe du tribunal d'arrondissement en matière de filiation, la possibilité d'établir un lien de filiation au moyen de la possession d'état est de toute façon, et ce dans une mesure beaucoup plus étendue, prévue par l'article 338.

Article 327

D'après le commentaire des articles l'établissement d'un lien contraire à la filiation légalement établie n'est pas possible tant que le lien de filiation légalement établi „n'a pas été contesté avec succès et annulé par une décision définitive“.

Cette intention ne résulte pas clairement du texte du projet, alors que tel qu'il est libellé („tant qu'elle n'a pas été contestée en justice“) il laisse penser qu'il suffit qu'une action en contestation ait été intentée.

Article 328

Il est dans les intentions des auteurs du projet de soumettre le recours à une expertise génétique à l'accord de l'intéressé, la filiation étant présumée à défaut de coopération de la part de ce dernier.

Si cette approche permet d'évacuer les actions aux fins d'établissement de la filiation, tel n'est pas le cas des actions en contestation de la filiation qu'elles soient intentées par le père ou la mère ou par un tiers qui prétend être le parent véritable. A supposer que le ou les défendeurs à une telle action refusent de se prêter à une mesure d'instruction, le tribunal ne dispose a priori d'aucun élément pour retenir la fausseté du lien de filiation d'ores et déjà établi. Dans pareille hypothèse il faudrait le cas échéant prévoir la possibilité du recours à l'astreinte (cf. à ce sujet J. Van Compernelle, L'astreinte, Ed. Larcier 2007 n° 45 pp. 51 et 52).

Le deuxième alinéa de l'article 328 prévoit que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques peut également être ordonnée par le juge saisi d'une action tendant à l'obtention ou la suppression d'aliments, c'est-à-dire en principe le juge de paix.

Si l'action ainsi visée est celle dont question au chapitre IV „Des actions à fin d'aliments“, il faudrait le préciser dans le texte de l'article 328.

En dehors de cette hypothèse la possibilité pour le juge de paix d'instituer des expertises génétiques ne se justifie pas, étant donné d'un côté, que le juge de paix n'a aucune compétence en matière de filiation, et de l'autre côté, que l'article 339 dit de toute façon que dans le cadre d'une action aux fins d'établissement de la filiation le tribunal d'arrondissement peut statuer sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Article 337

Les termes „des articles“ sont à remplacer par „de l'article“.

Article 339

Le fait d'accorder compétence au tribunal d'arrondissement pour statuer sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant rend nécessaire une modification de l'article 4-1° du Nouveau Code de procédure civile.

Article 342-4

Si un tuteur ad hoc devant représenter l'enfant doit toujours être désigné et appelé en cause, il est inutile de faire figurer l'enfant à l'instance en nom personnel.

Concernant les parents une distinction est à opérer suivant que c'est l'un d'eux ou un tiers qui agit. Dans la première hypothèse l'action est à diriger contre l'autre parent, sinon le ou les représentants légaux de l'enfant. Dans la seconde éventualité la demande doit être introduite contre les deux parents, sinon le ou les représentants légaux de l'enfant.

Article 342-6

Afin de ne pas créer une discrimination du père par rapport à la mère une action à fin d'aliments doit également être prévue au profit de l'enfant dont la filiation maternelle n'est pas légalement établie.

Le deuxième alinéa de l'article 342-6 prévoit que l'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant et pendant les 10 ans qui suivent sa majorité. Cette disposition est en contradiction avec l'article 2277 alinéa 2 du Code civil en vertu duquel les actions en paiement d'arrérages de pensions alimentaires se prescrivent par cinq ans. Tel qu'il est libellé le texte expose le débiteur au risque de devoir régler des arriérés de plusieurs dizaines de milliers d'euros.

Article 342-7

Chacun des parents étant tenu de subvenir à l'entretien de l'enfant, le montant des aliments doit être fixé en tenant compte de la situation financière des deux.

Article 342-8

Si, au vu des développements en rapport avec l'article 342-6, une action à fin d'aliments est également envisagée à l'encontre de la mère, celle-ci doit pouvoir l'écarter dans les mêmes conditions que le père.

Article 342-9

Au cas où des héritiers du parent prétendu n'existent pas, ou lorsqu'ils ont renoncé à la succession, l'exécution d'une décision en matière d'aliments ne sera pas possible à leur encontre. Un renvoi aux deux dernières phrases de l'article 336 alinéa 3 ne se justifie dès lors que si les auteurs du projet entendent munir le créancier d'un titre dont il pourra se prévaloir dans le cadre de la loi modifiée du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de pensions alimentaires par le Fonds national de solidarité.

Article 342-11

En fonction de la solution qui sera retenue à propos de l'article 342-6, l'article 342-11 devra parler non seulement de la filiation paternelle, mais également de la filiation maternelle.

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE ET A LUXEMBOURG
concernant l'incidence au pénal du projet de loi

Il ressort plus particulièrement de l'exposé des motifs de ce projet de loi „... a pour objet de tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants, qu'elles que soient les conditions de leur naissance ...“ que: „... l'innovation majeure consiste dans le fait qu'il (le projet de loi) ne repose plus sur la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle puisqu'elle est abandonnée ...“ de même que „... la suppression des notions de filiation légitime et de filiation naturelle constitue la base de l'articulation du texte proposé actuellement ...“.

L'adaptation des textes du Code pénal telle que reprise à l'article III du projet de loi ne fait ainsi qu'intégrer cette suppression des notions de filiation légitime, filiation naturelle et filiation par adoption.

*

EXAMEN DES ARTICLES DU CODE PENAL MODIFIES

Article 330-1

Dans cet article, qui prévoit l'augmentation des minima des peines portées par les articles 327, 329 et 330 du Code pénal relatives aux menaces d'attentat, conformément à l'article 266 du même Code, les modifications prévues aux points 2°, 3° et 5° sont conformes au projet de loi. En effet, aux points 2° et 3° l'expression „d'un ascendant légitime, naturel ou de ses père et mère adoptifs“ est remplacée par celle „d'un ascendant“ et au point 3° l'expression „d'un descendant légitime, naturel ou adoptif“ est remplacée par celle „d'un descendant“.

Article 355

Cet article prévoit l'augmentation des sanctions d'exposition ou de délaissement d'enfants, si ces délits prévus par l'article 354 du Code pénal ont été commis notamment par „les père et mère légitimes ou naturels“.

En accord avec le projet de loi, les termes „légitimes ou naturels“ sont supprimés du libellé de cet article.

Article 359

Cet article prévoit l'augmentation notamment pour les „père et mère légitimes“ des sanctions prévues par l'article 358 en cas de délaissement dans un lieu solitaire d'un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis.

En accord avec le projet de loi, les termes „légitimes ou naturels“ sont supprimés du libellé de l'article 359.

Article 377

Il convient de relever que le projet de loi fait référence à l'article 377 du Code pénal tel qu'il existait dans son libellé avant la modification législative intervenue par la suite.

En effet, l'article 377 du Code pénal, (y compris son alinéa 6 résultant de la loi du 8 septembre 2003), a été modifié par la loi du 16 juillet 2011 sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels. Cette loi a été publiée au Mémorial A, n° 125, le 25 juillet 2011 et est entrée en vigueur trois jours francs près cette publication, donc le 29 juillet 2011, cette loi n'ayant pas prévu une autre date pour son entrée en vigueur.

L'article 377 du Code pénal tel qu'il résulte de la loi du 16 juillet 2011 dispose actuellement:

„Le minimum des peines portées par les articles précédents sera élevé conformément à l'article 266:

- 1° Lorsque le viol ou l'attentat à la pudeur est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par tout autre personne ayant autorité sur la victime;
- 2° Lorsque le viol ou l'attentat à la pudeur est commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions;

- 3° Lorsque le viol ou l'attentat à la pudeur est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice;
- 4° Lorsque le viol ou l'attentat à la pudeur est commis avec usage d'une arme ou est accompagné d'actes de torture;
- 5° Lorsque la victime est:
- une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur,
 - le conjoint ou le conjoint divorcé, la personne avec laquelle l'auteur vit ou a vécu habituellement,
 - un ascendant légitime, naturel ou adoptif,
 - un frère ou une soeur,
 - un ascendant légitime ou naturel, les père ou mère adoptifs, un descendant, un frère ou une soeur d'une personne visée au tiret 1.“

En conséquence il est suggéré que le projet de loi fasse référence aux dispositions de l'article 377 tel que modifié par la loi du 16 juillet 2011 et de reprendre à l'article III point 3) du projet de loi:

„3) A l'article 377, les points 1° et 5° sont modifiés comme suit:

- 1° l'expression „ascendant légitime, naturel ou adoptif“ est remplacée par le terme „ascendant“,
- 5° – tiret 3, l'expression „ascendant légitime, naturel ou adoptif“ est remplacée par le terme „ascendant“,
- tiret 5, l'expression „ascendant légitime ou naturel, les père ou mère adoptifs“ est remplacée par „un ascendant“.

Article 395

Cet article sanctionne le parricide qui est défini par ce même article comme le meurtre des père, mère ou autres ascendants légitimes, ainsi que le meurtre des père et mère naturels.

En accord avec le projet de loi, cet article est modifié en supprimant la qualification d'ascendant légitime, respectivement de père et mère naturels.

Article 396

Cet article sanctionne l'infanticide qui est défini par ce même article comme le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après. Ce crime est sanctionné, suivant les circonstances, comme meurtre ou assassinat. La sanction pour les crimes de meurtre, respectivement d'assassinat est la réclusion à vie.

Le paragraphe 3 de cet article prévoit cependant une sanction moindre, à savoir la réclusion de dix à quinze ans, si la mère commet un infanticide sur son enfant illégitime.

Le paragraphe 4 de cet article sanctionne ce crime de la réclusion de quinze à vingt ans en cas de préméditation.

Cet article fait dès lors dépendre la sanction prévue par une mère infanticide non seulement de l'existence ou non de la circonstance aggravante de la préméditation, mais surtout encore des notions de filiation légitime ou naturelle de l'enfant.

Les paragraphes 3 et 4, d'un archaïsme certain, sont ainsi supprimés en accord avec le projet de loi.

Article 401bis

Cet article sanctionne dans ses deux premiers paragraphes, les coups et blessures volontaires, la privation volontaire d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé ainsi que toute autre violence ou voie de fait à l'exclusion de violences légères, sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quatorze ans accomplis.

Le paragraphe 3 de cet article prévoit notamment une aggravation des sanctions prévues au premier paragraphe de cet article, si les coupables sont les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs ou autres ascendants légitimes.

En accord avec le projet de loi, le paragraphe 3 de cet article est modifié afin de faire disparaître la distinction entre filiation légitime, naturelle ou par adoption.

Article 409

Cet article prévoit des sanctions plus lourdes que celles prévues à l'article 398, ceci notamment lorsque le coupable aura volontairement fait des blessures ou porté des coups:

point 2°: à un ascendant légitime ou naturel ou ses père ou mère adoptifs,

point 3°: à un descendant légitime, naturel ou adoptif de quatorze ans ou plus,

point 5°: à un ascendant légitime ou naturel, aux père ou mère adoptifs, à un descendant de quatorze ans accomplis, à un frère ou à une soeur d'une personne visée sub 1°.

En accord avec le projet de loi, les points 2°, 3° et 5° sont modifiés afin de faire disparaître la distinction entre filiation légitime, naturelle ou par adoption.

Article 410

Cet article prévoit l'élévation du minimum des peines prévues dans les cas prévus par les articles 398 à 405 conformément aux dispositions de l'article 266, si le coupable a commis le crime ou le délit envers ses père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou envers ses ascendants légitimes.

En accord avec le projet de loi cet article est modifié afin de faire disparaître la distinction entre filiation légitime, naturelle ou par adoption.

Article 415

Cet article prévoit la non-admissibilité des cas d'excuse légale prévus par les articles 411 à 414.

D'après cet article, les excuses y énumérées ne sont pas admissibles si le coupable a commis le crime ou le délit envers ses père, mère ou autres ascendants légitimes, ou envers ses père et mère naturels.

En accord avec le projet de loi, cet article est modifié afin de faire disparaître la distinction entre ascendant légitime ou naturel.

Article 438-1

Cet article prévoit une augmentation du minimum de la sanction prévue dans les cas mentionnés aux articles 434 à 438 conformément à l'article 266, notamment lorsque le coupable a commis le crime ou le délit prévu aux articles 434 à 438 envers:

point 2°: un ascendant légitime ou naturel ou ses père ou mère adoptifs,

point 3°: un descendant légitime, naturel ou adoptif,

point 5°: un ascendant légitime ou naturel, les père ou mère adoptifs, un descendant, un frère ou une soeur d'une personne visée sub 1°.

En accord avec le projet de loi, les points 2°, 3° et 5° sont modifiés afin de faire disparaître la distinction entre filiation légitime, naturelle ou par adoption.

Article 448

Cet article prévoit une augmentation du minimum de la sanction prévue en cas d'injure, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444, si le délit a été commis envers:

point 2°: un ascendant légitime ou naturel ou ses père ou mère adoptifs,

point 3°: un descendant légitime, naturel ou adoptif,

point 5°: un ascendant légitime ou naturel, les père ou mère adoptifs, un descendant, un frère ou une soeur d'une personne visée sub 1°.

En accord avec le projet de loi, les points 2°, 3° et 5° sont modifiés afin de faire disparaître la distinction entre filiation légitime, naturelle ou par adoption.

Il résulte de ce qui a été exposé ci-avant que la modification des articles précités reprise au projet de loi, ne fait qu'intégrer la volonté du législateur, telle qu'elle ressort de l'exposé des motifs, de ne plus opérer de distinction entre la filiation légitime, naturelle ou par adoption.

Ces modifications, nécessaires, ne semblent dès lors pas requérir de plus amples commentaires.

Article 391quater

Le rajout au Titre VII du Code pénal „Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique“ du nouvel article 391quater.

Cet article dispose que: „Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 euros à 12.500 euros le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines seront portées au double.

La tentative des infractions prévues à l'alinéa précédent du présent article sera punie des mêmes peines“.

Ce nouvel article, inspiré en partie de l'article 227-12 du Code pénal français, ne fait que concrétiser la volonté du législateur d'interdire la gestation pour autrui pour les raisons détaillées dans l'exposé des motifs et qui sont: „les difficultés rencontrées par les enfants nés d'une gestation pour autrui et surtout le principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes dans notre droit“.

A noter que la Cour de Cassation française, en assemblée plénière, dans un arrêt du 31 mai 1991, avait déjà retenu que: „La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes“. (Code pénal Dalloz 108e édition 2011, jurisprudence sous l'article 227-12).

Dans cet ordre d'idées, il convient de s'interroger s'il ne serait pas opportun d'intégrer dans notre droit pénal également l'infraction de la provocation, même à titre gratuit, de l'abandon d'un enfant.

Ceci permettrait le cas échéant de compléter la protection de l'enfant conformément au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes et dispenserait le Ministère Public de fournir la preuve d'une quelconque rémunération de l'entremetteur.

(signature)

*

AVIS DU PARQUET DE DIEKIRCH

DEPECHE DU PROCUREUR D'ETAT AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(11.10.2013)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

Le Parquet de Diekirch se félicite de l'initiative gouvernementale de réformer le droit de filiation, et surtout d'abandonner la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle au regard du principe de l'égalité de tous les enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance.

Ainsi, toute filiation pourra dorénavant être légalement établie par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire et par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.

Le soussigné souhaite toutefois tirer votre attention sur différentes questions spécifiques qui se posent à propos de certaines dispositions contenues dans le projet de loi et qui concernent plus particulièrement les Parquets dans le cadre de leurs missions consistant d'une part, à superviser la tenue des registres de l'état civil et de prendre des conclusions, conformément à l'article 183 du Nouveau Code de Procédure Civile, dans toutes les causes concernant l'état des personnes et d'autre part, d'exercer l'action publique et d'engager des poursuites pénales en vue d'une juste répression des infractions.

L'article 391quater du Code pénal

Il est prévu dans le projet de loi de sanctionner d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 à 12.500 euros le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre.

A titre de circonstance aggravante, lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont doublées. La tentative de l'infraction est incriminée et punie des mêmes peines.

Par rapport à ces dispositions pénales, il y a lieu de soulever deux questions, à savoir celle des coauteurs et complices de l'infraction et celle de l'application dans l'espace de cette incrimination.

L'entremise qui est sanctionnée aux termes de l'article 391quater, est la mise en relation entre la mère porteuse et la personne ou le couple désirant se voir remettre l'enfant.

Le texte de loi punit l'entremetteur, mais ne se prononce pas sur les personnes liées à l'entremetteur pour avoir contracté avec celui-ci.

Selon une certaine doctrine française (l'article 391ter reprenant l'article 227-12, alinéa 3 du Code pénal français), la complicité de l'infraction paraîtrait envisageable pour la mère porteuse ou les parents d'accueil (cf. Juris-Classeur, Droit pénal, Atteintes à la filiation, art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, n° 20 et référence y citée).

Il semble de mise que cette question soit clairement tranchée par le législateur dans le texte de loi, alors qu'il s'agit plutôt d'une décision d'ordre politique et sociétale, et ne devrait pas être réglée d'un point de vue purement juridique du moment qu'il faudra appliquer la disposition légale à un cas d'espèce particulier.

Le texte de loi pourrait dès lors être complété de la façon suivante:

La mère porteuse et les parents d'accueil sont à punir comme complices de l'infraction.

sinon,

La mère porteuse et les parents d'accueil n'encourent aucune peine de ce chef.

En ce qui concerne l'infraction, telle que prévue dans le projet de loi, sanctionnant l'entremise entre la mère porteuse et la personne désirant accueillir d'enfant, il n'est pas non plus certain, si le texte de loi entend réprimer également l'hypothèse où la femme, déjà enceinte, est mise en relation avec un couple qui accepterait d'accueillir l'enfant déjà conçu.

Compte tenu de ce que le texte de loi parle, à l'instar du texte français, de la *femme qui accepte de porter en elle un enfant*, il semble que cette hypothèse n'est pas visée par le législateur et ne serait dès lors pas répréhensible, l'entremise devant, au vu de la terminologie choisie, être antérieure à la conception ou à la gestation pour autrui.

En droit français, ceci ne pose pas problème, puisque l'entremetteur pourrait dans ce cas se rendre coupable de l'infraction d'entremise en vue de l'adoption, telle que prévue à l'article 227-12, alinéa 2, ou de provocation à l'abandon d'enfant au sens de l'article 227-12, alinéa 1er (cf. Juris-Classeur, Droit pénal, Atteintes à la filiation, art. 227-12 à 227-14, fasc. 20, n° 21), infractions qui n'existent toutefois pas en droit luxembourgeois.

Dans le projet de loi, il est prévu d'instaurer une disposition de droit civil afin de mettre à néant, en dehors de toute poursuite pénale, toute convention conclue sur la gestation pour le compte d'autrui, puisqu'il importe non seulement de permettre l'engagement de poursuites pénales contre les personnes qui mettent en relation les personnes désireuses d'accueillir un enfant et les femmes qui acceptent de porter en elles cet enfant, mais également d'éviter toute discussion concernant les effets juridiques d'un tel contrat.

C'est dès lors à bon droit qu'il a été prévu de compléter l'article 6 du Code civil en s'inspirant de l'article 16-7 du Code civil français.

On peut toutefois se demander pourquoi le législateur n'a pas intégralement repris la disposition française qui est plus large, puisqu'elle vise à priver d'effet juridique non seulement toute convention sur la gestation pour le compte d'autrui, mais également toute convention sur la procréation, entérinant ainsi législativement le principe de l'indisponibilité du corps.

L'alinéa 2 de l'article 6 pourrait dès lors être rédigé, à l'instar du texte français, comme suit:

„Toute convention conclue sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.“

D'un point de vue pénal, et en vue notamment de légiférer suite au Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, où il est stipulé à l'article 1er que les Etats Parties interdisent la vente d'enfants, celle-ci étant définie à l'article 2 comme „tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout avantage“, il pourrait enfin être envisagé de concevoir

les prescriptions de l'article 391quater d'une façon encore plus large afin de sanctionner pénalement „*Toute personne qui concourt à la conclusion d'une convention sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.*“

Reste à poser une autre question, à savoir celle de l'application de l'article 391quater dans l'espace. En effet, il ne peut pas être exclu que dans bon nombre de cas, aucun élément constitutif de l'infraction ne soit commis sur le territoire du Grand-Duché, mais au contraire que toutes les démarches en vue de la conclusion du contrat ainsi que son exécution, à savoir la rémunération et la remise de l'enfant, soient réalisées dans un des Etats où la gestation pour le compte d'autrui n'est pas expressément prohibée ou est spécialement réglementée.

D'après l'article 5, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, tout Luxembourgeois qui, hors du territoire du Grand-Duché s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi luxembourgeoise ne peut être poursuivi et jugé au Grand-Duché que si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

Il en découle qu'à défaut d'étendre l'article 5-1 du susdit code à la nouvelle incrimination, l'infraction commise à l'extérieur du territoire national, ne pourra pas être poursuivie au Luxembourg.

Au cas où le législateur opterait pour une solution contraire, et estimerait qu'il y aurait lieu de sanctionner pénalement au Luxembourg les parties à un contrat conclu à l'étranger sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, même dans les cas où ce contrat serait valable dans l'Etat où il a été conclu, il faudrait modifier l'article 5-1 du Code d'instruction criminelle qui pourrait alors être conçu comme suit:

„Tout Luxembourgeois, de même que l'étranger qui est trouvé au Grand-Duché de Luxembourg, qui aura commis à l'étranger une des infractions prévues aux articles 163, 169, 170, 177, 178, 185, 187-1, 192-1, 192-2, 198, 199, 199bis, *368 à 382-2 et 391quater* du Code pénal, pourra être poursuivi et jugé au Grand-Duché, bien que le fait ne soit pas puni par la législation du pays où il a été commis et que l'autorité luxembourgeoise n'ait pas reçu soit une plainte de la partie offensée, soit une dénonciation de l'autorité du pays où l'infraction a été commise.“

Des déclarations de naissance

L'article 57 tel qu'il figure dans le projet de loi formalise de façon expresse, ensemble avec l'article 334, l'accouchement anonyme dans la mesure où il prévoit que si la mère n'est pas désignée à l'Officier de l'état civil, celui-ci ne fait aucune mention à ce sujet sur les registres.

A ce sujet, il convient de renvoyer à deux problématiques qui n'ont pas été abordées dans le projet de loi.

A) L'accouchement anonyme et le droit de connaître ses origines

Le projet de loi ne règle pas la problématique résultant du droit formellement reconnu dans les arrêts *Odièvre c/ France* et *Kearns c/ France* par la Cour européenne des droits de l'homme, consistant pour chaque personne de pouvoir accéder à la connaissance de ses origines personnelles, sans établissement d'un lien de filiation.

La Cour y a souligné que les Etats doivent dans le cadre de leurs législations respectives atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les droits d'une personne d'avoir accès à ses origines personnelles et les droits de la mère biologique de garder le secret de son identité.

Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Godelli c/ Italie*, la Cour a à nouveau eu à toiser une affaire concernant le secret de la naissance et l'impossibilité pour une personne abandonnée par sa mère de connaître ses origines. Elle a décidé qu'il y avait violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme étant donné qu'un juste équilibre n'était pas ménagé entre les intérêts en présence, car la législation italienne, une fois que la mère a décidé de garder l'anonymat, ne permet pas à l'enfant de demander soit des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret de la naissance avec l'accord de la mère biologique.

La Cour rappelle au point 46 de son arrêt que „l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. A cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de

la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs. La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce".

Il se pose dès lors la question si, au moment de régler de façon formelle l'accouchement anonyme dans notre Code civil, il n'y aurait pas lieu de légiférer également en vue de tenir compte des susdits arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et d'introduire des dispositions pouvant permettre à un enfant issu d'un accouchement anonyme, d'obtenir des informations sur ses origines.

B) Les intersexués

Le soussigné se permet également de renvoyer à la problématique des intersexués qui a été soulevée dans un courrier adressé le 13 février 2013 par le bourgmestre de la Ville de Luxembourg au Ministre de la Justice suite à une motion du parti „déli Lenk“ du 16 décembre 2011 au Conseil communal de la Ville de Luxembourg.

Le bourgmestre de la Ville de Luxembourg y avait demandé au Ministre de la Justice „de bien vouloir examiner la question de l'inscription du genre/sexe et du prénom de l'enfant sur l'acte de naissance ainsi que les critères et les procédures de changement de l'état civil, en vue d'arriver à une pratique administrative uniformisée qui tienne compte des progrès scientifiques ainsi que des évolutions légales et sociétales récentes en matière d'identité de genre et d'intersexuation.

En effet, les personnes intersexuées naissent avec une ambiguïté sexuelle visible, c'est-à-dire avec des organes génitaux difficiles ou impossibles à définir comme mâles ou femelles (leurs organes sexuels sont souvent atrophiés). L'intersexuation est souvent due à une variation génétique, mais certaines variations ne sont pas génétiques et restent inexplicables. Certains enfants ont une intersexuation (ou intersexualité) clairement visible à la naissance, d'autres ne la développent que plus tard, souvent à l'adolescence. (cf. Etre „intersexué“: ça veut dire quoi, <http://quoi.info/actualite-societe/2012/11/08>)

Actuellement, ces enfants sont très souvent opérés dès leur plus jeune âge pour que leurs organes génitaux ressemblent le plus possible aux normes masculines ou féminines, puis ils sont amenés à suivre des traitements hormonaux pendant toute leur vie.

Il pourrait être envisagé d'éviter aux parents d'enfants intersexués, de décider, dès la naissance, du traitement chirurgical et hormonal à pratiquer sur leur enfant en vue de le faire enregistrer notamment sur l'acte de naissance comme appartenant au sexe masculin ou féminin.

Ainsi, il pourrait être envisagé de prévoir que dans la déclaration de naissance, la mention du sexe de l'enfant ne serait plus obligatoire.

L'article 57 du code civil pourrait alors être complété de la façon suivante:

„Si le sexe de l'enfant n'est pas indiqué à l'Officier de l'état civil, celui-ci ne fait aucune mention à ce sujet sur les registres.“

Ceci permettrait aux parents d'enfants intersexués, sinon plus tard aux enfants eux-mêmes, de ne faire mention du sexe que du moment où ceci ne poserait plus problème, c'est-à-dire au moment où leur sexe concorde entièrement avec leur personnalité, ou d'en faire tout simplement entièrement abstraction.

Il n'appartient certes pas au Ministère Public dont la mission consiste à surveiller l'application des lois en matière des registres de l'état civil, de se prononcer sur l'opportunité d'un tel changement législatif, mais il lui incombe de renvoyer à cette problématique au moment où une modification substantielle de l'article 57 du Code civil est envisagée pour consacrer la possibilité d'un accouchement anonyme. Il faudrait néanmoins que la réforme concernant le mariage entre deux conjoints de même sexe précède, sinon soit concomitante à un changement de législation tenant compte au niveau de l'état civil du problème des personnes intersexuées.

Les actions en contestation de la filiation

L'article 342-3 du Code civil opère une extension du rôle du Ministère Public auquel il ouvre l'action en contestation d'une filiation légalement établie qu'elle soit maternelle ou paternelle, si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi. Cette contestation peut avoir lieu sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les différents modes d'établissement de la filiation, c'est-à-dire il n'importe pas à cet égard si cette filiation a été légalement établie par l'effet de la loi, par une reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.

Ainsi, au cas où le législateur opterait de ne pas incriminer pénalement une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant né en exécution d'une convention conclue sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, le Ministère Public pourrait agir au plan civil en contestation de cette filiation.

Lorsque l'action en contestation de la filiation est exercée par l'enfant, et au cas où celle-ci est déclarée recevable par le tribunal, ne faudrait-il pas prévoir la possibilité pour l'enfant de solliciter une expertise génétique afin qu'il puisse effectivement rapporter la preuve de ses allégations et avoir la certitude que le père ou la mère dont il conteste la filiation n'est pas son parent biologique? Au cas où une telle expertise serait ordonnée par le tribunal et où le parent dont la filiation est contestée, refuserait d'exécuter la mesure judiciairement ordonnée ou n'y comparaitrait pas, ne pourrait-il pas être envisagé de prévoir une disposition analogue à celle de l'article 328 qui a érigé une présomption simple contre celui qui refuse de consentir à un prélèvement de ses empreintes génétiques ou ne comparait pas?

L'article 383-1 du Code civil

Cet article dispose, à l'instar de la loi française, qu'avant de dresser un acte de notoriété, le juge, s'il estime insuffisants les témoignages et documents produits, peut faire recueillir d'office par toute personne de son choix des renseignements sur les faits qu'il y a lieu de constater.

Compte tenu de ce que toute cause concernant l'état des personnes est communiquée au Procureur d'Etat, conformément à l'article 183 du Nouveau Code de Procédure Civile, aux fins de conclusions et de ce qu'il a ouvert au Ministère Public une action en contestation d'une filiation légalement établie par un acte de notoriété, il pourrait être envisagé de donner la possibilité au juge de charger le Procureur d'Etat de faire recueillir tous les renseignements qui lui paraissent judicieux à son appréciation. En effet, les investigations dont le Procureur d'Etat pourra mandater la police grand-ducale, notamment celles de faire une enquête de voisinage et de rechercher toutes les personnes qui sont susceptibles de fournir des informations utiles, pourraient, le cas échéant, être plus efficaces et permettre au juge de recueillir davantage de renseignements pertinents.

L'article 381-1 pourrait ainsi être conçu comme suit:

„Avant de dresser un acte de notoriété, le juge, s'il estime insuffisant les témoignages et documents produits, peut faire recueillir d'office par toute personne de son choix *ou par le procureur d'Etat* des renseignements sur les faits qu'il y a lieu de constater.“

La loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms

Compte tenu de l'harmonisation des règles de filiation, il convient d'approuver le projet de loi dans la mesure où il y est prévu de traiter toutes les règles relatives aux noms des enfants dans une seule section et d'uniformiser la procédure en vue d'un changement de nom de tous les enfants, qu'ils soient nés hors mariage ou qu'ils soient nés de conjoints mariés.

Les règles reprises de la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants et des dispositions existantes du Code civil ne donnent pas lieu à des commentaires particuliers puisqu'elles restent inchangées.

Il est également logique, au vu du principe d'égalité entre enfants, que toutes les déclarations quant aux choix du nom des enfants par leurs parents se font devant l'Officier de l'état civil et que toutes les demandes en changement de noms et de prénoms sont traitées par le Ministre compétent de façon à en uniformiser les procédures.

En ce qui concerne plus spécialement les modifications apportées à *la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms* qui sont reprises à l'article IV du projet de loi, il y a lieu de soulever le problème concernant les demandes en changement de nom ou de prénom présentées par les ressortissants luxembourgeois qui, en dehors de la nationalité luxembourgeoise, possèdent encore une autre voire plusieurs autres nationalités.

Il est de principe, tel qu'il a été rappelé à maintes reprises par les juridictions administratives que la règle de la fixité, sinon de la pérennité du nom patronymique et du prénom d'une personne est d'ordre public, mais il est de même admis qu'un changement de nom peut être accordé en raison de circonstances exceptionnelles et pour des raisons importantes (cf. Pas., Bull. de jurisprudence adm., Recueil 2010, p. 559).

C'est ainsi à bon droit qu'il a été retenu à l'article 4 de la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms que toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom.

Si changement est accordé, la décision y relative est portée en marge des actes de l'état civil de l'intéressé au Luxembourg. Mais les autorités nationales restent sans savoir d'une part, si le changement de nom accordé au ressortissant luxembourgeois est admissible dans le pays dont celui-ci a également la nationalité et d'autre part, si ce changement est effectivement transcrit dans les registres de cet Etat.

Compte tenu de ce que les noms et prénoms sont les premiers critères d'identification d'une personne, il faudrait éviter qu'une même personne puisse évoluer sous des noms différents dans plusieurs pays.

Il pourrait dès lors être envisagé qu'une des conditions d'admissibilité d'une demande en changement de nom présentée par un Luxembourgeois qui a plusieurs nationalités, serait que le requérant rapporte la preuve que le changement de nom sollicité est légalement possible dans les autres Etats dont il a la nationalité et qu'une fois que le changement de nom est définitivement autorisé par une autorité luxembourgeoise, ce changement pourra être transcrit sur les registres de ces Etats.

Ainsi, l'article 6 de la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms pourrait être complété par un quatrième alinéa qui serait de la teneur suivante:

„Au cas où la personne à laquelle l'autorisation de changement de nom a été accordée, possède plusieurs nationalités, cette mention ne sera effectuée qu'à condition que le changement de nom pourra être transcrit sur les registres nationaux des autres Etats dont la personne concernée possède la nationalité.“

Il paraît également de mise de communiquer l'arrêté d'autorisation de changement de nom au Procureur Général d'Etat, responsable de l'exécution des peines et du casier judiciaire, afin qu'il puisse faire mention du changement de nom dans le casier judiciaire pour éviter qu'une personne puisse échapper à l'exécution d'une peine ou blanchir en quelque sorte son passé judiciaire par un changement de nom qui ne permettrait plus de retracer ses condamnations antérieures.

Il est dès lors proposé d'ajouter encore un cinquième alinéa à l'article 6 de la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms qui serait de la teneur suivante:

„L'arrêté d'autorisation de changement de nom est communiqué dans tous les cas au Procureur Général d'Etat afin qu'il puisse en être fait mention au casier judiciaire de la personne concernée.“

L'article 7, tel que prévu dans le projet de loi, dispose que les recours exercés contre les arrêtés ministériels portant refus des demandes de changement de noms et de prénoms sont de la compétence du tribunal administratif.

Cette disposition semble faire obstacle à un recours contre un arrêté portant autorisation d'un changement de nom ou de prénom. Tel n'est pas le cas à l'heure actuelle puisque l'article 7 prévoit que „toute personne y ayant droit sera admise à présenter une requête au Gouvernement pour obtenir la révocation de l'arrêté autorisant le changement de nom ou de prénoms“.

Or, pourquoi priverait-on un membre de famille qui soutiendrait avoir un intérêt à s'opposer au changement de nom d'un autre membre de sa famille, par exemple un frère qui voudrait s'opposer à un changement de nom de sa soeur pour éviter qu'une même fratrie porterait des noms patronymiques différents, d'un recours devant le tribunal administratif? Il devrait en effet appartenir au tribunal administratif, comme tel est le cas à l'heure actuelle, d'apprécier l'intérêt d'agir de l'opposant et de trancher s'il y existe ou non des circonstances exceptionnelles justifiant le changement de nom sollicité.

Ainsi, il est proposé de modifier l'article 7 de la façon suivante:

„Les recours exercés contre les arrêtés ministériels portant sur des demandes de changement de noms et de prénoms sont de la compétence du tribunal administratif qui statue comme juge de fond ...“

Veillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de mes sentiments distingués.

Diekirch, le 11 octobre 2013

Le Procureur d'Etat,
Aloyse WEIRICH

AVIS DU PARQUET DE LUXEMBOURG

(30.12.2013)

La nécessité d'une réforme du droit de la filiation ne fait pas de doute

Tout en retenant le principe de l'égalité entre les deux filiations, légitime et naturelle, (article 334-1: l'enfant naturel a les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime), le Code Civil opère des distinctions jugées pour partie contraires au principe constitutionnel de l'égalité de tous devant la loi.

Ainsi, depuis l'arrêt du 8 juin 2009 de la Cour Constitutionnelle qui a déclaré l'article 316 du Code Civil non conforme à l'article 10bis (1) de la Constitution, dans la mesure où il enferme l'action en désaveu de paternité du mari dans des délais plus courts que ceux accordés par l'article 339 du Code Civil à l'auteur d'une reconnaissance d'un enfant naturel, les juridictions luxembourgeoises ont cessé d'appliquer les délais instaurés par les articles 316 et 339 du Code Civil, fixant les délais de forclusion des actions en désaveu de la paternité, selon la qualité de filiation, qu'elle soit légitime ou naturelle. De cette manière, aucun délai, ni même trentenaire, ne limite les actions en désaveu de paternité, les juridictions saisies de la question ayant refusé d'appliquer la prescription trentenaire à une action pour laquelle un délai légal continue à exister.

Un récent dossier dont est actuellement saisi le Tribunal Civil a connu un dénouement désagréable pour toutes les parties: le requérant en désaveu de paternité légitime a rapporté la preuve de ce qu'il n'était pas, du moins pour deux d'entre eux, le père des enfants qu'il a toujours considéré être les siens. Deux jeunes femmes, l'une mineure et l'autre adulte, se voient confrontées à l'éventualité de perdre, en plus de leur filiation paternelle, le nom auquel elles ont été habituées leur vie durant, faute d'une disposition contraire au Code Civil, code qui ne s'attendait pas à une action en désaveu de paternité légitime au-delà des six mois de la naissance, exception faite des rares cas de relevé légal de forclusion.

L'arrêt 61/2011 de la Cour Constitutionnelle du 25 mars 2011 a décidé en outre que l'article 322-1, alinéa 3, du Code Civil n'est pas conforme à l'article 10bis, § 1er, de la Constitution, dans la mesure où il limite à la période de minorité de l'enfant, l'action en contestation de la filiation légitime résultant d'un acte de naissance non corroboré par la possession d'état exercée par ceux qui se prétendent être les parents véritables de l'enfant.

On observe pareillement que la possession d'état peut être utilement opposée à un contestataire d'une filiation légitime (article 322-1 du Code Civil), tandis que la personne qui s'apprête à contester une filiation naturelle peut le faire sans que l'on puisse lui l'opposer (article 339 du Code Civil).

Un procès se meut actuellement devant le Tribunal Civil; les parties ont conclu à voir saisir la Cour Constitutionnelle de la constitutionnalité de la règle contenue à l'article 322-1 du Code Civil.

Or, au-delà de la problématique de **l'égalité des filiations**, le progrès de la science et l'évolution des moeurs lancent de nouveaux défis au droit de la filiation. Des principes qui nous paraissaient évidents à tel point qu'ils n'étaient même pas littéralement repris dans la législation, semblent sérieusement remis en question.

Le principe qu'est mère de l'enfant la femme qui le met au monde est mis à rude épreuve dans des situations inimaginables lors de la rédaction du Code Civil, et même lors de la réforme du droit de la filiation en 1979.

La création jurisprudentielle s'inspirant de **l'évolution des moeurs** et prévoyant la possibilité pour une personne justifiant du diagnostic médical d'un **transsexualisme** véritable de voir rectifier son acte de naissance sur base de l'article 99 alinéa 1er du Code Civil, en ce sens que les mentions relatives au sexe et au prénom(s) puissent être rectifiées pour l'avenir, a jusqu'à ce jour toujours exigé que la personne requérante ait prouvé avoir effectué des interventions chirurgicales irréversibles (entendons-nous bien: garantissant qu'elle ne pourra plus procréer).

A supposer que les revendications des personnes concernées soient entendues, et que l'approche jurisprudentielle actuelle soit jugée contraire aux droits garantis notamment par la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui protège l'intégrité physique de la personne humaine contre la torture (Article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Interdiction de la torture: Nul

ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.) et son droit au respect de sa vie privée (Article 8 de la Convention: droit à la vie privée et familiale), le cas de figure (qui s'est présenté à l'étranger, et notamment en Allemagne) d'une naissance d'un enfant procréé par deux femmes (dont l'une seulement a accouché de l'enfant et l'autre ayant fourni le patrimoine génétique mâle), démontrerait que le principe qu'est mère de l'enfant la femme qui l'a mis au monde serait inadapté, parce qu'incomplet.

Le progrès de la science, telles la possibilité de déterminer la filiation biologique avec la plus grande précision, les techniques de procréations médicalement assistées, notamment et surtout le recours aux gestations pour autrui, bouleversent le droit de la famille tout entier, et notamment le droit de la filiation. Il sera difficile à ce stade de ne pas devancer les discussions qui seront tenues dans le cadre de la réforme probable du mécanisme de l'adoption, ni celles qui se sont ouvertes autour de la question de la protection des origines, dans la mesure où ces trois projets devront idéalement apporter une solution harmonieuse aux problématiques actuelles.

Les expertises génétiques sont actuellement monnaie courante dans les litiges de droit de la filiation. Il est très rare que lors de l'application de la loi luxembourgeoise au différend, les juridictions aient recours à d'autres modes d'établissement de la filiation (action en réclamation d'état par exemple basée sur la possession d'état d'enfant légitime). L'approche scientifique rend compte au mieux de la prédominance de la connaissance de la vérité biologique qui est le paramètre actuel de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est clair que dans les rares procès de recherche de maternité, l'expertise génétique ne sera pas de nature à établir la maternité, à défaut d'autres éléments (le plus percutant étant l'avis de naissance émis par la sage-femme ayant assisté à l'accouchement) établissant que la personne dont la maternité est recherchée est effectivement la femme qui a accouché de l'enfant.

La seule technique de procréation médicalement assistée actuellement admise sinon prévue par le Code Civil est le recours d'un couple marié à l'insémination artificielle, serait-ce en ayant recours à un donneur de sperme anonyme. (Article 312: Le désaveu de paternité par le mari de la mère de l'enfant n'est cependant pas recevable s'il est établi, par tous moyens de preuve, que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle, soit des oeuvres du mari, soit des oeuvres d'un tiers du consentement écrit du mari.). Cette disposition traduit toute l'ambivalence d'une société qui veut se rapprocher de la vérité biologique absolue, tout en se contentant de fictions juridiques permettant l'établissement de filiations biologiquement inexactes.

Le principe de la filiation maternelle n'est pas remis en question par la reconnaissance de cette sorte de procréation médicalement assistée impliquant un tiers donneur. Il sera cependant très important que la question de la traçabilité des dons soit garantie, et que les droits d'accès aux données soient réglés, en l'occurrence par le projet de loi concernant la protection des origines.

Une technique particulièrement envahissante au droit de la filiation est le procédé de la gestation pour autrui. Il ne s'agit pas seulement d'une donnée scientifique, mais également d'une donnée juridique des plus complexes, et ceci non seulement en raison de la multiplicité des cas pouvant se présenter: enfant né „des oeuvres“ des père et mère d'intention, autrement dit à l'aide des gamètes des père et mère d'intention, enfant né des oeuvres du père d'intention et de la mère porteuse, ou enfant né grâce aux gamètes de la mère et d'un tiers donneur, et, finalement, un enfant né „sur commande“ des parents d'intention des oeuvres de tiers donneurs, incluant ou non la mère porteuse.

Il est important de noter qu'en l'absence formelle d'une prohibition légale de ces pratiques dans le droit positif, la pratique juridique luxembourgeoise s'est inspirée de la position française avant que la France n'ait légiféré dans le domaine, en opposant à la reconnaissance de filiations d'intention la notion d'ordre public international. Les situations conflictuelles ne risquaient en effet de se poser qu'en présence d'un élément d'extranéité territoriale, le système luxembourgeois qui requiert la remise de l'avis de naissance lors de la déclaration de naissance excluant l'établissement d'une filiation d'intention au mépris de la filiation maternelle de la personne qui a accouché de l'enfant. Il est vrai que les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes s'opposent à ce que soient reconnues en droit luxembourgeois des conventions ayant trait à une gestation pour autrui.

Il sera toutefois très intéressant de s'inspirer des solutions étrangères des pays voisins ou même plutôt de l'échec des solutions apportées à la problématique pour éviter de reproduire en droit luxembourgeois des systèmes qui ne sont pas cohérents, respectivement qui ont prouvé leur inefficacité dans la lutte contre des pratiques douteuses.

Pour mémoire, la rédaction actuelle de l'article 16-7 du **Code Civil français** (issu de la loi du 29 juillet 1994) se lit comme suit: Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

Les trois arrêts du 6 avril 2011 rendus par la Cour de Cassation Française, qui refusent la transcription d'un acte de naissance notamment américain (californien), ou du moins qui décident qu'il devra être fait abstraction de l'inscription de la mère d'intention comme mère de l'enfant, en retenant que les gestations pour autrui ayant donné lieu à la naissance des enfants concernés sont contraires à l'ordre public international français, ainsi que les deux arrêts de la même Cour du 13 septembre 2013, qui retiennent la fraude à la loi pour annuler jusqu'à la reconnaissance faite en France par les pères biologiques des enfants nés en Inde suite à une convention de gestation pour autrui, sont à relever.

En **Belgique**, la maternité de substitution n'est pas réglée. Le recours à cette pratique n'est pas expressément interdit, mais la convention relative à une maternité de substitution serait nulle pour avoir contrevenu à l'ordre public. Une personne humaine ne peut pas faire l'objet d'une convention. La mère porteuse est la mère légale de l'enfant. Seul la voie de l'adoption pourrait constituer une issue à la mère d'intention, sauf dans les cas de figure de l'acte de naissance étranger sans indication du nom de la mère, ouvrant la voie de la reconnaissance par la mère d'intention. Les actes étrangers établis suite à une convention de mère porteuse étrangère peuvent être reconnus conformément à l'article 27 de la loi du 16 juillet 2004 sur l'introduction du code de droit international privé. (Bergmann-Ferid; Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht).

Toutefois, les articles 18 et 21 de cette loi visent la fraude à la loi et l'exception d'ordre public pour justifier un refus. Le Tribunal de Première Instance connaît des recours introduits contre un refus de reconnaissance de la validité de l'acte étranger.

En **Allemagne**, l'article 1591 du BGB attribue l'enfant à la femme qui l'a mis au monde, au détriment de la mère génétique. L'ordre juridique allemand prohibe les maternités de substitution par application de ce principe. Une paternité d'intention peut le cas échéant être reconnue en Allemagne si son droit international privé l'autorise et seulement dans le cas d'une reconnaissance paternelle.

L'application de ces normes juridiques est exclue lorsque le résultat serait manifestement incompatible avec des principes essentiels du droit allemand. (ordre public atténué). (article 6 de la loi introductive du BGB).

(note de synthèse 1 (2013) CIEC: Maternités de substitution et état civil de l'enfant)

L'**Espagne** a choisi de permettre la transcription d'un acte de naissance étranger renseignant la mère d'intention comme mère de l'enfant, au détriment de la femme qui l'a porté, mais prévoit une procédure en rectification de cet acte de naissance transcrit pour rétablir l'identité de la mère de naissance, l'accouchement constituant également en Espagne l'unique fondement légal de la maternité en dehors de l'adoption. (article 92 de la loi du Registre Civil).

(note de synthèse CIEC citée plus haut).

Aucun de nos pays voisins ne prévoit d'autoriser le recours à la gestation pour autrui dans sa législation nationale. Les questions qui se posent relèvent essentiellement de la gestion des situations éventuellement légalement créées à l'étranger; il y aura tout d'abord lieu de s'interroger sur l'utilité de distinguer entre parents d'intention ayant choisi l'étranger en vue de contourner la prohibition édictée dans leur pays de résidence et ceux ayant légalement créé une situation dans leur pays de résidence, plus permissif, avant de venir s'installer dans un pays aux normes plus restrictives. Dans le contexte européen, seuls deux Etats admettent la gestation pour autrui sur leur territoire en la réglementant d'une façon apparemment stricte. Parallèlement, ces Etats, la Grèce et le Royaume-Uni, semblent avoir pris des précautions pour éviter le tourisme en la matière.

Suite à un déménagement vers le Grand-Duché de Luxembourg, les familles légalement créées en Grèce ou au Royaume-Uni suite à une convention de gestation pour autrui, pourraient revendiquer en leur faveur la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme exigeant des Etats membres de garantir au citoyen européen des droits qui lui sont valablement reconnus par un autre Etat membre. Fermer les yeux sur l'éventualité d'une telle hypothèse équivaldrait à laisser passer une chance de préparer ces cas de figure par une réponse législative adaptée. Ignorer la réalité de la prolifération des procédés permettant à des parents potentiels physiologiquement incapables de concevoir ou légalement empêchés de fonder une famille de s'assurer une descendance par un moyen détourné, c'est ouvrir la porte grande ouverte aux situations inextricables sur le plan juridique, notamment en laissant la gestion

des conséquences civiles de procédés employés à l'étranger au hasard des décisions de justice au mieux et à l'aléa des pratiques administratives de fortune au pire.

Les deux récents arrêts de la Cour de Cassation Française ont été commentés notamment par Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon dans le Recueil Dalloz n° 35 du 17 octobre 2013. Cette chronique préconise de reconnaître pour le moins la filiation biologique avérée d'un enfant né suite à une convention de mère porteuse, d'admettre la transcription du moins partielle d'un acte de l'état civil concernant la naissance d'un enfant né dans de telles circonstances, et, finalement, d'opérer un tri entre GPA légalement encadrées et offrant un maximum de garanties et les autres, pour réellement ne reconnaître que les premières.

La solution proposée n'est pas pour autant transposable aux paramètres luxembourgeois, mais les raisonnements qui y conduisent sont certainement intéressants dans le contexte du projet de loi luxembourgeois.

Le projet à aviser s'apprête en son article 1er à **modifier certaines dispositions du Code Civil.**

Sont concernés surtout les articles 312 à 342-11 (le droit de la filiation à proprement parler), ainsi que l'article 6 (prohibition de la gestation pour autrui) et les articles 55 à 62-2 (les actes de l'état civil: actes de naissance et actes de reconnaissance) de ce code.

Les règles relatives à la filiation:

L'article 312 du Code Civil rappelle le principe de l'égalité des filiations. La formule „dans leurs rapports avec leur père et mère“ pourra volontairement ou involontairement limiter les dispositions du titre aux enfants qui ont un père et/ou une mère. Les hasards de la vie et les constellations déjà rencontrées à l'étranger pourront entraîner qu'un enfant, malgré lui par définition, aura deux mères, à l'exclusion d'un père. La formulation plus neutre „parent(s)“ ou „auteur(s)“ pourrait s'avérer plus prudente en prévision des situations qui pourront se présenter à l'avenir, notamment à l'issue de la réforme annoncée du mécanisme des adoptions. La remarque concernant la formulation „père et mère“ vaut pour tous les textes du projet qui reprennent cette expression.

Le premier chapitre du titre présente sous l'intitulé „Dispositions générales“ les preuves de la filiation, et ce n'est que le deuxième chapitre, voire le troisième, qui décrivent son établissement. La lecture du titre serait facilitée par une inversion du contenu des chapitres: en premier chapitre figurerait le catalogue des filiations, pour être suivi en deuxième chapitre des preuves et présomptions ainsi que des règles de dévolution du nom, et en troisième chapitre des actions judiciaires relatives à la filiation.

La loi du 11 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms dans sa rédaction actuelle ayant retenu la désignation „nom“ en remplacement de l'expression „nom patronymique“, il n'y aurait pas lieu d'intituler la section III du Chapitre Ier „Des règles de dévolution du nom de famille“, mais „Des règles de dévolution du nom“.

L'insertion de la section „de l'assistance médicale à la procréation“ entre la section consacrée aux preuves et présomptions et celle destinée à expliquer les règles de dévolution du nom de famille paraît artificielle; la question se pose si les développements relatifs à la procréation médicalement assistée n'auraient pas leur place au sein du chapitre relatif à l'établissement de la filiation. Il est regrettable que seules les procréations médicalement assistées sollicitées par des couples mariés ou liés par l'enregistrement d'un partenariat soient réglementées. Il est très important de veiller à ce que les questions de traçabilité des dons soient abordées dans le cadre du projet de loi relatif à la protection des origines.

Les règles de fond édictées sont les suivantes: il y a des filiations qui s'établissent par l'effet de la loi (filiations légitimes uniquement), par reconnaissance volontaire (filiations naturelles et légitimes) ou par possession d'état constatée par un acte de notoriété (filiations légitimes et naturelles).

La première observation qui s'impose est le questionnement de cette distinction entre filiation légitime et naturelle, persévérante, dans un projet de loi qui se veut justement égalitaire en n'instaurant plus aucune distinction entre les différentes filiations. Il est vrai qu'on n'appelle plus un chat „un chat“, la terminologie relative à la légitimité de la filiation ayant disparue, la délégation luxembourgeoise s'étant fait adresser des observations lors de la présentation de son troisième rapport périodique concernant le Pacte international des droits civils et politiques à Genève en mars 2003 par le Comité des droits de l'homme en rapport avec la terminologie employée, mais toujours est-il que le régime de

l'établissement des deux filiations demeure différent. Or, dorénavant, la rédaction de l'article 320 semble autoriser la reconnaissance d'un enfant (au demeurant „légitime“) par le mari de la mère. D'ailleurs l'article 319 autorise expressément la reconnaissance d'un enfant par le mari de la mère, pour rajouter à la confusion. Donc, le mari dont le nom ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant de son épouse, qui n'aura pas de possession d'état à l'égard de l'enfant, aura le choix soit de demander en justice de voir rétablir les effets de la présomption de paternité, par assignation devant le Tribunal Civil moyennant ministère d'avoué, soit de reconnaître l'enfant. Il y aura dès lors dorénavant des enfants „légitimes“ dont la filiation se prouvera par acte de reconnaissance et il semble très probable que la possibilité de l'article 319 proposé reste lettre morte.

La présomption de paternité qui se rétablirait de plein droit face à une possession d'état à l'égard du mari ne créera qu'une nouvelle instabilité juridique: qui décidera du caractère efficace de la possession? Est-il requis de produire un acte de notoriété prévu par l'article 323 proposé dans le projet? Dans l'affirmative, il serait prudent de le préciser dans le texte de l'article 318 proposé. L'intérêt de cette procédure semblerait ainsi limité et le choix de la formule „de plein droit“ serait mal à propos. Il semblerait effectivement plus simple de passer par une reconnaissance, simple geste administratif ne dépendant que de son auteur et établissant la filiation à l'égard de tous sans autre détour, que de saisir le juge (lequel? par quel mode de saisine?) d'une demande en délivrance d'un acte de notoriété valant possession d'état, qui sera certes inscrite sur l'acte de naissance, mais pourra semer la confusion notamment lors de l'établissement et de la présentation en pays étranger de l'extrait de l'acte.

Toutes ces interrogations conduisent vers une question fondamentale qui les regroupe toutes: pourquoi maintenir la distinction artificielle entre filiations dans le mariage et filiations hors mariage? Les effets étant censés, par définition, être les mêmes, le mode d'établissement et les preuves et présomptions devraient être les mêmes pour tous les enfants. L'exposé des motifs semble invoquer le devoir de fidélité des époux pour justifier le maintien de la présomption de paternité (dans le but inavoué de vérifier si les époux se sont tenus à leur promesse?). Le mari de la mère désireux d'établir la filiation paternelle envers cet enfant aura tout le loisir de le reconnaître lors de la déclaration de naissance, avant, ou après, comme tout père naturel. La mère mariée qui ne voudra pas faire inscrire le nom de son mari dans l'acte de naissance de l'enfant qu'elle vient de mettre au monde empêchera son époux de faire la déclaration de naissance, notamment en ne lui remettant pas l'avis de naissance requis en vue de cette déclaration. Dans cette hypothèse, le mari se trouvera dans la même situation que s'il n'était pas marié à la mère de l'enfant. Il lui faudra démontrer la possession d'état pour rétablir la présomption de paternité ou faire la reconnaissance de l'enfant pour établir la filiation. Ou bien agir en justice. La présomption de paternité n'avancera donc rien le mari de la mère, créancier d'une obligation de fidélité envers son épouse, dans l'établissement de la filiation, dans la mesure où son statut ne lui concède aucun avantage par rapport à un homme qui n'est pas marié avec la mère de l'enfant.

Une fois qu'on aura remis en question l'utilité de la distinction, qui continue à fonctionner sous sa forme déguisée, pourquoi ne pas s'interroger sur la valeur ajoutée de l'établissement de la filiation par la possession d'état? Ceci à un moment où les moyens scientifiques permettent de relier un enfant à ses auteurs biologiques? Est-ce pour introduire la fiction juridique des enfants nés de plus de deux auteurs? Des enfants nés des oeuvres de personnes ayant mis leur corps à disposition pour permettre à un couple infertile de s'approprier un enfant porté par autrui? Ou est-ce uniquement pour s'aligner sur la législation française? Pour ne pas jeter par-dessus bord un mode de preuve prévu jusqu'à ce jour dans le cadre de l'action en réclamation d'état ou dans le cadre de la preuve de la filiation maternelle?

Il s'agit bien évidemment d'un choix idéologique, et qui échappe en tant que tel à l'avis du Procureur, mais qui risque d'entraîner des quiproquos procéduraux inutiles.

En résumé, il est proposé de ne distinguer que deux filiations: la filiation maternelle qui est établie à l'égard de la femme qui a mis au monde l'enfant par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant et par reconnaissance et la filiation paternelle qui est établie par la reconnaissance.

Les deux filiations pourront être judiciairement désavouées, contestées ou recherchées, dans les conditions qui entourent les différentes actions, en ayant recours à tout moyen de preuve. (Le second alinéa de l'article 312-3 proposé aurait sa place à la suite de l'article 325 proposé.).

La disposition interdisant l'identification par empreintes génétiques après la mort de la personne supposée être l'auteur de l'enfant n'est pas autrement expliquée. Le souci de ne pas déterrer des corps

sans vie pourrait être évité en admettant des expertises génétiques sur des échantillons prélevés sur un nombre suffisant de proches parents avérés.

En limitant le cas d'ouverture de l'action en recherche de maternité aux seuls enfants qui n'ont pas de titre et qui ne bénéficient pas de la possession d'état envers leur mère, l'article 333 instaure une instabilité juridique résultant de la difficulté, en l'absence d'une saisine juridictionnelle, d'apprécier et surtout de prouver la possession d'état. Le problème serait évité si l'on admettait la recherche de maternité au seul défaut de titre, la possession d'état pouvant alors, le cas échéant, à supposer que l'on maintienne cette notion pour ces besoins, être invoquée comme mode de preuve de la filiation maternelle.

Les délais de forclusion relèvent d'une appréciation idéologique et ne sont pas autrement commentés, à partir du moment que toutes les actions sont ouvertes pendant un délai de dix ans à compter de la naissance pour les auteurs, vrais ou supposés, et dix ans à compter de la majorité de l'enfant pour l'enfant.

Il serait opportun de veiller à ce que les conséquences de l'aboutissement d'une action en contestation ou en désaveu de paternité ou de maternité soient réglées par la loi, les règles actuelles de dévolution du nom faisant dépendre le nom de l'enfant de sa filiation. Il se pourrait qu'une action en désaveu de paternité donnant lieu à un jugement retenant qu'il n'y a pas de lien de filiation entre l'enfant et celui ou celle qu'il croyait être son auteur attriste l'enfant qui se sent trahi, et le prive de surcroît du nom qu'il a porté pendant une décennie, donc pendant une partie de sa scolarité.

Parallèlement, on pourrait prévoir une indication de droit international privé en insérant, à l'endroit approprié du Code, l'information que les litiges relatifs à la filiation sont régis par la loi nationale de l'enfant, en reprenant ainsi une solution jurisprudentielle appliquée depuis longue date, notamment à la filiation naturelle.

Il est très surprenant de constater que des actions à fins d'aliments soient prévues, tandis que le désir légitime d'un enfant de savoir de qui il est issu est déjoué en „curiosité“ (cf. commentaire des articles, sub article 312-3, second alinéa: (...)) Mais l'article 310-3 prend bien soin de préciser qu'une telle mesure d'instruction ne peut être ordonnée que si l'action est recevable, et ce afin d'éviter qu'une expertise ne puisse être ordonnée et réalisée à des fins de curiosité alors que l'action ne peut prospérer (absence d'intérêt à agir, action prescrite, ...). A se demander si contrairement à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le résultat pécuniaire que peut tirer un enfant luxembourgeois d'une action est davantage digne de protection juridique que ses origines? La quête légitime de vouloir s'assurer au bout de vingt ans, à la survenance d'un doute semé par l'un ou l'autre membre de la famille, s'il a vécu dans le mensonge ou si au contraire son auteur est réellement son parent biologique, est qualifiée de curiosité?

Le maintien de la proposition d'introduire des actions à fins d'aliments ne suscite pas d'autre commentaire, dans la mesure où il se justifie dans le contexte décrit dans le dernier alinéa de l'article 342-6 proposé.

L'hésitation a voir apparaître, parallèlement à l'action à des fins d'aliments, une action à des fins de la connaissance de la vérité biologique, sans aucune autre conséquence de droit, dans l'unique intérêt de donner à l'enfant à la quête de la certitude, un moyen de contrainte en vue de faire effectuer une expertise génétique, même au-delà des délais prédécrits, est permise.

Finalement, le texte proposé réaffirme la possibilité de garder l'identité de la femme qui a accouché secrète à sa demande. Le sort des reconnaissances paternelles prénatales et postnatales d'un enfant né sous X pourrait être abordé par le texte de loi.

L'article 321 proposé correspond à la rédaction actuelle de l'article. Pour plus de clarté, la définition d'un acte de violence pourrait être précisée (viol ayant fait l'objet d'une plainte, d'une poursuite ou d'une condamnation pénale et/ou civile?).

A la suite de l'unique alinéa de l'article 6 du Code Civil („On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.“), il est proposé de rajouter un second alinéa „Toute convention portant sur la gestation pour autrui est nulle.“.

Ce principe se doit certainement d'être affirmé. Comme le démontrent les exemples cités en introduction, la réalisation de ce principe et l'appréciation de son étendue sur les conséquences civiles d'une telle nullité sont toutefois loin d'être évidentes. Elles mériteraient d'être précisées par la loi. Il s'agira notamment et surtout de répondre aux questions suivantes:

- quelle est la valeur d'une reconnaissance paternelle de l'auteur biologique d'un enfant né suite à l'établissement d'une convention portant sur la gestation pour autrui, faite à l'étranger, faite au Grand-Duché?
- quelle est la position de la loi luxembourgeoise face à une demande d'adoption d'un enfant né suite à l'établissement d'une convention de gestation pour autrui par les parents d'intention ou l'un d'entre eux?
- quelle est la position législative face à une demande de transcription d'un acte étranger renseignant la mère de destination comme mère légale de l'enfant, à l'exclusion de la mère porteuse?
- face à un acte de naissance d'un enfant né suite à une convention de gestation pour autrui ne contenant que des informations biologiquement vérifiées?
- il y aurait-il lieu de distinguer entre les gestations pour autrui opérées dans un pays de l'Union Européenne et celles opérées dans un autre Etat?
- il y aurait-il lieu de distinguer entre la situation des parents d'intention qui étaient résidents au pays dans lequel ils ont légalement fait procéder à une gestation pour autrui et celle des parents d'intention touristes à la procréation?
- il y aurait-il lieu de distinguer selon que les parents d'intention ont fourni tous les deux ou seulement l'un d'entre eux ou aucun des deux le patrimoine génétique de l'enfant né suite à une convention de gestation pour autrui?

Dans tous les cas de figure, il faudrait garder à l'esprit que l'enfant n'a pas demandé à naître dans de telles circonstances et qu'il devra bon gré mal gré composer avec la situation. Il est vrai que la reconnaissance tous azimuts de toutes les pratiques sur un plan civil ne découragerait pas suffisamment les parents d'intention en amont. Or, le constat actuel permet de dire que le phénomène est arrivé au Grand-Duché de Luxembourg et avec lui l'enfant et qu'il faudra tenter de trouver la meilleure solution dans l'intérêt de l'enfant et de la société. Il est absolument essentiel d'éviter que les parents fassent jouer l'absence de liens de filiation pour laisser l'enfant à l'abandon ou pour se dérober à leurs responsabilités, une fois qu'ils n'auront plus envie de poursuivre leur projet familial. En ôtant tout lien de filiation, respectivement en ne permettant pas l'établissement de certains liens de filiation, les parents sont déresponsabilisés au profit de l'Etat qui devra s'occuper de l'enfant comme d'un orphelin.

Il faudra effectivement régler toutes les questions pratiques auxquelles seront confrontés au quotidien les officiers de l'état civil et par ricochet les membres des deux Parquets, et ne pas laisser le soin à ces derniers et en définitive aux Tribunaux de trouver une solution improvisée, lorsqu'une solution législative peut y être apportée.

Les précisions législatives proposées dans le cadre de l'établissement des actes de naissance et de reconnaissance: il serait agréable de voir préciser la formulation de l'article 57-1 proposé: „(...) qui fait procéder aux diligences utiles.“. S'agit-il pour le Procureur de tenter de connaître le lieu de résidence de l'intéressé qu'il communiquera à l'officier de l'état civil, s'agira-t-il pour le Procureur de faire aviser l'intéressé le cas échéant en dépêchant un agent de police? Ainsi précisées, les obligations permettront au Procureur d'avoir recours au RNPP dans ce contexte, respectivement justifieront la demande d'assistance adressée aux forces de l'ordre.

La rédaction de l'article 62-2 proposé (qui règle le sort d'une reconnaissance paternelle prénatale dont les termes sont contraires à ceux de la déclaration de naissance) étonne étant donné qu'elle fait primer une reconnaissance plus récente par rapport à une reconnaissance qui, par définition, la précédait.

En revanche, le libellé de **l'article 391quater du Code Pénal** proposé mériterait et d'être précisé et d'être étendu:

Le recours aux gestations pour autrui ne pourra s'opérer aisément au Grand-Duché en raison de l'obligation pour le déclarant de la naissance d'un enfant d'exhiber l'avis de naissance renseignant le nom de la femme qui a délivré qui sera automatiquement inscrite sur l'acte de naissance comme la mère de l'enfant, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que la plupart des infractions à cette future disposition se commettront à l'étranger. Il est dès lors très important de faire figurer le futur article 391quater du Code Pénal dans la liste des infractions prévues à l'article 5-1 du Code d'Instruction Criminelle, comportant une prorogation de compétence territoriale des autorités luxembourgeoises pour connaître des délits énumérés commis en pays étranger par un Luxembourgeois, un résident luxembourgeois ou un étranger trouvé au Grand-Duché de Luxembourg.

Parallèlement, afin de réellement décourager les parents d'intention à avoir recours à cette technique de procréation, il est indispensable d'étendre l'incrimination aux parents d'intention qui sont parties à une convention de gestation pour autrui, en les excluant le cas échéant de l'incrimination de la tentative, pour les inciter à abandonner leur projet. Si la volonté politique d'introduire l'incrimination des parents d'intention fait défaut, il est inique de discuter les conséquences sur le plan civil de la gestation pour autrui. Il faudra obligatoirement, avec véhémence, affirmer l'aversion luxembourgeoise devant de tels projets en ayant le courage d'ériger des sanctions pénales dissuasives, le cas échéant en ventilant pour ne pas sanctionner des résidents étrangers, notamment européens, qui auront légalement (fait) procréer par cette voie à l'étranger.

Ni les autres modifications proposées, destinées exclusivement à faire disparaître la terminologie faisant référence à la filiation naturelle et légitime, ni les précisions en matière successorale et de donations, n'appellent un commentaire particulier.

Luxembourg, le 30 décembre 2013

Le Procureur d'Etat,
(signature)