

Projet de loi

ayant pour objet de lutter contre les mariages et partenariats forcés ou de complaisance ainsi que de modifier et compléter certaines dispositions:

- **du Code civil;**
- **du Nouveau Code de procédure civile;**
- **du Code pénal.**

Avis du Conseil d'Etat

(15 février 2011)

Par dépêche du 15 juillet 2008 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis du Conseil national pour étrangers fut transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 15 octobre 2009.

Considérations générales

Le projet sous avis vise à combattre les mariages simulés, que ce soient des mariages de complaisance ou des mariages forcés. L'objectif du Gouvernement est double: il s'agit, d'une part, de protéger des victimes vulnérables contre des manœuvres frauduleuses qui les soumettent à des risques dont elles ne mesurent pas la portée et, d'autre part, de rendre à l'institution du mariage sa valeur et sa crédibilité qui se trouvent altérées par les détournements que constituent les mariages simulés. Afin d'atteindre ces objectifs, le projet de loi sous rubrique propose de renforcer les contrôles tant en amont qu'*ex post*. Il prévoit en outre la pénalisation des mariages ou partenariats conclus exclusivement à des fins migratoires.

Le mariage de complaisance ayant pour objectif d'é luder les prescriptions du droit des étrangers en matière d'entrée et de séjour est considéré comme étant une pratique largement répandue en Europe. La résolution du Conseil 97/C 328/01 du 4 décembre 1997 a invité les Etats membres à adopter des mesures pour lutter contre le phénomène des mariages de complaisance définis comme « le mariage d'un ressortissant d'un Etat membre ou d'un ressortissant d'un pays tiers, séjournant régulièrement dans un Etat membre, avec un ressortissant d'un pays tiers, dans le seul but de détourner les règles relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers et d'obtenir pour le ressortissant du pays tiers un permis de séjour ou une autorisation de résidence dans un Etat membre ».

Selon la résolution, les Etats membres ne devraient délivrer au ressortissant de pays tiers un permis de séjour ou une autorisation de

résidence au titre de mariage qu'après avoir fait vérifier par les autorités compétentes selon le droit national que le mariage n'est pas un mariage de complaisance et que les autres conditions liées à l'entrée et au séjour sont remplies. Cette vérification peut impliquer un entretien séparé avec chacun des deux époux. Les Etats membres ont la faculté de faire vérifier, avant la célébration du mariage, s'il s'agit d'un mariage de complaisance.

Le dispositif européen pour lutter contre le phénomène des mariages de complaisance à des fins migratoires a été renforcé tant par la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial¹ que par la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres², qui prévoient des sanctions administratives contre les étrangers ayant contracté un mariage ou un partenariat dans le but de détourner les règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. Ces dispositions ont été transposées en droit national par les articles 75 et 25 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Dans sa résolution 1468(2005) sur les mariages forcés et mariages d'enfants, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a condamné les violations graves et répétées des droits de l'homme et de l'enfant que constituent les mariages forcés et les mariages d'enfants, et a invité les Etats à instaurer des mécanismes de prévention, d'intervention et de condamnation. A l'heure actuelle, il est reconnu que le Luxembourg ne dispose pas de moyens suffisants pour lutter contre le phénomène des mariages forcés. Les modifications proposées par le projet de loi sous revue s'accompagnent de mesures supplémentaires prévues par le projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil (doc. parl. n° 5155). Ledit projet de loi propose de relever l'âge minimal légal du mariage pour les femmes à 18 ans pour l'harmoniser avec celui des hommes et d'ouvrir plus longtemps l'action en nullité relative du mariage en ce qui concerne le mariage des mineurs.

Les auteurs affirment que les mariages simulés, mariages de complaisance et mariages forcés, constituent un phénomène courant, sans pour autant étayer cette affirmation par des chiffres. A l'instar de nombreux Etats membres de l'Union européenne, ils proposent de doter le Luxembourg d'un arsenal législatif dont l'objectif est la prévention et la répression des mariages simulés alors que la législation actuelle se révélerait insuffisante pour pouvoir endiguer ce phénomène.

S'il est vrai que les dispositions à adopter devront préserver un équilibre entre la lutte contre les abus que constituent les mariages simulés et la liberté pour chacun de se marier, liberté affirmée par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la liberté du mariage,

¹ « **Art. 16(2).** Les Etats membres peuvent rejeter une demande d'entrée et de séjour aux fins du regroupement familial ou retirer ou refuser de renouveler le titre de séjour d'un membre de famille, s'il est établi... que le mariage, le partenariat ou l'adoption ont été conclus uniquement pour permettre à la personne concernée d'entrer ou de séjourner dans un Etat membre. »

² « **Art. 35.** Les Etats membres peuvent adopter les mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la présente directive en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance. »

composante de la liberté personnelle, ne fait pas obstacle à ce que le législateur prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale, comme l'a décidé le Conseil constitutionnel français en date du 9 novembre 2006 (décision n° 2006-542 DC). Dans un récent arrêt du 14 décembre 2010, la Cour Européenne des Droits de l'Homme³ admet la légitimité de la lutte contre les mariages blancs en indiquant qu'« un Etat partie n'agira pas nécessairement en violation de l'article 12 de la Convention s'il soumet les mariages impliquant des étrangers à un examen destiné à établir s'il s'agit ou non de mariages de pure convenance ». La Cour rappelle que les Etats parties peuvent réglementer l'accès au mariage⁴. En particulier, « dans le contexte des lois relatives à l'immigration et pour des raisons justifiées, les Etats peuvent être autorisés à empêcher les mariages de pure convenance, contractés uniquement dans le but d'obtenir des avantages liés à la législation relative à l'immigration (§ 83) ». Cependant, aux yeux de la Cour, cette large marge de manœuvre des Etats n'est pas non plus synonyme de blanc-seing conféré à la lutte contre les mariages blancs. En effet, la législation adoptée dans cette optique ne doit pas « priver une personne ou une catégorie de personnes de [la jouissance effective] de son droit de se marier avec le ou la partenaire de son choix ». Les juges du Palais des Droits de l'Homme posent ici une nette limite: les mécanismes de lutte contre les mariages blancs doivent seulement permettre de vérifier la sincérité du mariage et non former des obstacles excessifs voire infranchissables à l'exercice effectif du droit au mariage⁵.

Le Conseil d'Etat peut se rallier à l'approche adoptée par le Gouvernement de combattre les mariages simulés. Il se doit cependant de constater que la volonté de lutter contre les partenariats forcés ou de complaisance, pour lesquels le dispositif proposé se limite à la pénalisation des partenariats conclus exclusivement à des fins migratoires, est moins vigoureuse. En renforçant le contrôle des mariages tant en amont qu'*ex post*, sans prévoir une disposition analogue pour les partenariats, ne risque-t-on pas une augmentation des partenariats de complaisance, alors que les effets en matière de droit de séjour sont les mêmes pour ces deux formes d'union légale? Lors de la modification du 3 août 2010 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, le législateur a accru les droits découlant d'un partenariat sans pour autant renforcer les contrôles. Lors de l'adoption de la loi du 9 juillet 2004 mentionnée ci-avant, la commission juridique de la Chambre des députés avait souligné que l'exigence de résider légalement sur le territoire, prévue au point 4 de l'article 4 de la loi, devait s'analyser pour les ressortissants de pays tiers en une autorisation ou un titre de séjour préalable au dépôt d'une déclaration de partenariat auprès de l'administration communale. Cette façon de voir avait d'ailleurs été partagée par le Conseil d'Etat dans son deuxième avis complémentaire du 27 avril 2004 (doc. parl. n° 4946⁹). Or, dans son rapport annuel 2009/2010, le Médiateur a critiqué cette approche, estimant qu'un ressortissant de pays tiers, même s'il ne disposait pas d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour pour une durée supérieure à trois mois, était néanmoins habilité à souscrire un partenariat du moment qu'il se trouvait régulièrement en court séjour sur le territoire, notamment sous le couvert

³ *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* (n° 34848/07).

⁴ v. également CEDH, 1^{er} Sect. 24 juin 2010, *Schalk and Kopf c. Autriche* (n° 30141/04).

⁵ cf. Actualités droits-libertés du 14 décembre 2010, par Nicolas HERVIEU.

d'un visa. Il semble que de plus en plus d'officiers de l'état civil se rallient à cette interprétation et acceptent que des ressortissants de pays tiers qui ne disposent que d'une déclaration d'arrivée pour un séjour de moins de trois mois et non pas d'une autorisation ou d'un titre de séjour souscrivent un partenariat. Le Parquet général procède à l'inscription de ces déclarations sur le répertoire général, sans autre vérification des conditions du partenariat. Le Conseil d'Etat ne peut que regretter cette évolution qui comporte un risque évident de favoriser les partenariats de complaisance. Il estime impérieux de revoir la législation sur les effets légaux de certains partenariats afin de renforcer les outils pour combattre les partenariats de complaisance.

Examen des articles

Article I^{er}

Cet article prévoit la modification de plusieurs dispositions du Code civil qui s'inspirent de la législation française pour introduire des outils de lutte spécifique contre les mariages simulés.

A l'instar du législateur français, les auteurs ne donnent pas de définition du mariage de complaisance, estimant que le libellé actuel de l'article 146 permet de sanctionner les mariages de complaisance tout en « sauvegardant la souplesse indispensable à cette matière délicate ». Par ailleurs, ils proposent de faire du mariage de complaisance un cas de nullité en ajoutant à l'article 184 du Code civil un renvoi à l'article 146.

Le législateur belge a emprunté une voie différente par l'introduction dans le Code civil de l'article 146*bis*⁶ qui crée une cause spécifique de nullité. Le Conseil d'Etat constate que cette approche présente l'avantage d'éviter de faire le détour par le défaut de consentement de l'article 146 du Code civil pour fonder l'action en nullité. En effet, la jurisprudence française retient comme fondement des nullités des mariages fictifs le plus souvent le défaut de consentement au sens de l'article 146 du Code civil. « L'absence de consentement ne tient pas ici de l'état d'un époux mais à l'analyse interne du pseudo-consentement. C'est le vide du oui qui fait l'absence du consentement. »⁷ Certains auteurs critiquent cette approche qu'ils qualifient de découpage psychologique non conforme à l'esprit de l'article 146 du Code civil.⁸

Par ailleurs, le Conseil d'Etat constate que les auteurs omettent de prévoir des dispositions spécifiques concernant la lutte contre les mariages simulés conclus à l'étranger. Le législateur français a introduit un chapitre *Ibis* dans le Code civil concernant le mariage des Français à l'étranger. Des dispositions spécifiques relatives aux formalités préalables au mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère et à la transcription du

⁶ Code civil belge:

« **Art. 146*bis***. Il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut d'époux. »

⁷ G. Cornu, Centenaire, D. 1959. Chron. 215, note 3.

⁸ Rép. civ. Dalloz, éd. janvier 2010, mariage, point 90.

mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère viennent compléter le dispositif visant à combattre les mariages simulés. Le Conseil d'Etat considère que l'objectif déclaré par le Gouvernement ne pourra pas être atteint si le volet des mariages conclus à l'étranger n'est pas pris en considération par la réforme en projet.

Point 1

Cette disposition modifie l'alinéa premier de l'article 47 du Code civil en reprenant le libellé de l'article 47 du Code civil français. Dans l'état actuel, l'acte d'état civil étranger bénéficie de la force probante à condition qu'il soit conforme aux règles d'état civil du pays dont il émane: il doit pouvoir recevoir la qualification d'acte de l'état civil et être rédigé selon les formes usitées dans le pays où il a été dressé. Désormais, l'acte qui recèle des incohérences internes ou qui présente des contradictions avec d'autres actes produits se verra dénier toute valeur probante. Ainsi, la valeur probante des actes d'état civil étrangers ne sera plus absolue dans la mesure où il sera possible d'opposer des doutes sur l'authenticité ou la véracité de ces actes. Cette modification devra permettre à lutter contre la fraude en matière d'actes de l'état civil étrangers au plan civil. Le Conseil d'Etat approuve cette modification. Il suggère de remplacer également aux alinéas 2 et 3 de l'article 47 l'usage du futur par l'indicatif présent.

Point 2

La modification de l'article 63 vise à définir les formalités préalables à la célébration du mariage de manière transparente. La publication des bans et, en cas de dispense de publication, la célébration du mariage sont subordonnées à deux formalités: la constitution d'un dossier complet et l'audition des futurs mariés. Ces formalités devront permettre la détection de mariages simulés en amont.

Le paragraphe 2, point 1 énumère les pièces nécessaires pour vérifier si les futurs époux remplissent les conditions de fond et de forme du mariage. Le texte prévoit notamment un renforcement du contrôle de l'identité des futurs époux.

Le paragraphe 2, point 2 innove en ce qu'il introduit une audition prénuptiale par l'officier de l'état civil. Désormais, avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil doit entendre les futurs époux afin de déceler les éventuels indices d'un mariage de complaisance, à moins qu'il n'ait aucune raison de douter de la réalité du consentement des intéressés. Cette compétence se justifie sur la base de l'article 146 du Code civil qui dispose qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement et qui impose donc à l'officier de l'état civil la vérification obligatoire des consentements des futurs conjoints.

L'audition de ceux-ci est en principe commune. Cependant, en cas de besoin, l'officier de l'état civil peut s'entretenir séparément avec chacun d'eux. Il appartiendra donc à l'officier de l'état civil de rechercher lors de cette audition non seulement l'existence d'un mariage simulé au regard de l'article 146 du Code civil, mais également l'éventualité d'un mariage forcé au regard de l'article 180 du Code civil. Les auteurs suivent partiellement le

législateur français qui a introduit une disposition similaire à l'article 63 du Code civil. Contrairement à la législation française, ils ne prévoient toutefois pas de procédure spéciale pour l'audition d'un futur époux résidant à l'étranger. Une telle procédure a été introduite à l'article 63 du Code civil français afin d'éviter que l'éloignement géographique de l'un des futurs époux soit considéré comme un cas d'impossibilité, et donc de dispense, de procéder à l'audition.

Il est proposé de créer un régime de protection spécifique pour l'audition du futur époux mineur. Les auteurs prévoient que l'audition du futur conjoint mineur se fasse non seulement en dehors de la présence de son futur époux et de ses père ou mère ou représentant légal, conformément au texte français, mais en présence d'un membre du comité luxembourgeois des droits de l'enfant ou d'une personne déléguée par ce comité. Le Conseil d'Etat approuve la vigilance accrue par rapport aux mariages des mineurs. Il renvoie à ses observations relatives au projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil (doc. parl. n° 5155) émis ce même jour. Il a suggéré dans le prédit avis d'attribuer la compétence relative aux dispenses d'âge des mineurs au juge des tutelles ou au juge de la jeunesse qui devrait se prononcer sur l'attribution de toute dispense d'âge à accorder à un mineur, même en cas de consentement des parents. Selon le Conseil d'Etat, une telle approche, qui renforcerait le principe de l'interdiction du mariage d'enfants mineurs et soulignerait le caractère exceptionnel de la dispense d'âge, pourrait constituer une meilleure protection contre les mariages forcés, souvent organisés par les parents d'un mineur sans son consentement. Si le Gouvernement devait suivre le Conseil d'Etat dans ses propositions, la question se poserait si l'audition et *a fortiori* l'assistance d'un membre du comité luxembourgeois des droits de l'enfant ou d'une personne déléguée par ce comité seraient nécessaires à ce stade de la procédure.

L'accomplissement de ces formalités devrait permettre à l'officier de l'état civil de saisir en temps utile le procureur en cas de doute sur la validité du mariage envisagé selon la procédure prévue au nouvel article 175-2 du Code civil.

Le Conseil d'Etat constate que, contrairement au législateur français, les auteurs ne prévoient pas de modifications aux articles 170 et 171 du Code civil concernant le mariage contracté en pays étranger par des Luxembourgeois. L'article 170 fait une référence à l'article 63 quant aux publications prescrites par cet article. Aussi, la question se pose-t-elle comment et par qui l'audition prénuptiale, qui est une condition préalable à la publication, est effectuée. L'article 171-3 du Code civil français prévoit que l'audition préalable est réalisée par l'officier de l'état civil du lieu du domicile ou de résidence en France du ou des futurs conjoints, ou par l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente en cas de domicile ou de résidence à l'étranger. Le Conseil d'Etat estime qu'une telle précision est nécessaire, faute de quoi la publication en pays étranger ne peut pas être accomplie.

Point 3

Par la modification de l'article 70, les auteurs proposent d'introduire une condition de validité de six mois pour les extraits de naissance à produire, qu'il s'agisse d'un acte établi par les autorités luxembourgeoises ou étrangères. Le libellé proposé s'inspire de l'article 70 du Code civil français et ne donne pas lieu à observation.

Point 4

Le transfert de la deuxième phrase de l'article 70 à l'article 71 du Code civil ne donne pas lieu à observation.

Point 5

Il est proposé d'introduire un nouvel article 146-1 au Code civil précisant que la présence des futurs époux lors de la célébration du mariage est nécessaire. Même si actuellement aucun texte ne requiert explicitement la présence effective des futurs époux lors du mariage, il a toujours été admis que l'article 75 du Code civil exigeait implicitement la présence des futurs époux et que le mariage par procuration était prohibé au Luxembourg. Or, en présence d'une jurisprudence divergente sur cette question, il est préférable de prévoir expressément la présence effective des futurs époux comme condition de fond du mariage. Cette disposition devra permettre à l'officier de l'état civil de s'assurer du consentement des futurs époux.

Points 6 et 7

Le nouvel article 175-1 introduit le droit pour le procureur d'Etat de former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage. Désormais, le procureur d'Etat pourra donc intervenir en amont du projet de mariage pour empêcher la célébration du mariage. Les auteurs précisent que c'est en tant que gardien de l'ordre public que le procureur d'Etat est investi du pouvoir de s'opposer à la célébration du mariage.

L'article 175-2 nouveau du Code civil prévoit une possibilité pour l'officier d'état civil de participer à la lutte contre les mariages de complaisance en saisissant le procureur d'Etat, lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé sur le motif du défaut de consentement. Ceci est notamment le cas lorsque les futurs époux ne se prêtent à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à la vie matrimoniale. Le nouvel article règle la saisine du procureur d'Etat par l'officier de l'état civil, le pouvoir décisionnel du procureur d'Etat et les voies de recours des futurs époux. Il reprend largement le libellé de l'article 175-2 du Code civil français. Si des « indices sérieux » lui laissent supposer une absence de consentement, l'officier de l'état civil peut refuser de célébrer le mariage et saisir le procureur d'Etat, lequel peut autoriser le mariage, s'y opposer, ou décider que la célébration sera reportée en attendant les résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder. Le sursis que le procureur d'Etat peut ordonner a une durée maximale d'un mois, mais il est renouvelable une fois. L'article 171-4 du Code civil français prévoit une disposition spéciale concernant la saisine du procureur de la République par l'autorité diplomatique ou consulaire en cas de mariage de Français célébré à l'étranger. Le Conseil

d'Etat estime que le projet de loi sous rubrique devrait contenir une précision analogue.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'applicabilité d'une notion aussi floue que celle d'« indices sérieux ». Quels sont les indices assez sérieux pour laisser supposer une absence de consentement? Le libellé initial de l'article 175-2 du Code civil français contenait une disposition selon laquelle le fait, pour un ressortissant étranger, de ne pas justifier de la régularité de son séjour, constituait un indice sérieux. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, a considéré que « le fait, pour un ressortissant étranger, de ne pas justifier de la régularité de son séjour » ne pouvait pas constituer le seul indice d'absence de consentement, de sorte que l'officier de l'état civil ne peut pas refuser de célébrer le mariage d'une personne uniquement parce que celle-ci est en situation irrégulière et cette disposition a été retirée de l'article 175-2.

Afin de préciser la notion d'« indices sérieux », une circulaire du ministère de la Justice français a dressé une liste non exhaustive des divers éléments ou indices objectifs de nature à faire douter sérieusement, soit de la réalité ou de la liberté de consentement, soit de la volonté des intéressés de se prendre pour mari et femme, par exemple: l'aveu des conjoints sur leurs motivations (obtention d'un titre de séjour), l'indication d'une adresse erronée, fausse ou incertaine; des distorsions sur les circonstances dans lesquelles les conjoints ou futurs conjoints déclarent s'être rencontrés, ou sur des informations personnelles, des erreurs sur leurs coordonnées respectives; l'incompréhension entre eux en raison de l'absence de langue compréhensible par les deux; des retards répétés et non justifiés pour produire les pièces du dossier de mariage; personne en situation personnelle ou sociale précaire (solitude, situation financière difficile, santé physique ou morale fragile,...). La circulaire a d'ailleurs rappelé qu'un seul de ces éléments n'a pas, sauf exception, de caractère nécessairement significatif, et que c'est normalement la constatation de plusieurs indices qui peut faire présumer l'absence de consentement et qui devrait asseoir la conviction des officiers de l'état civil.

Chaque cas de figure appellera donc une appréciation individuelle circonstanciée de la part des officiers de l'état civil. Il faudra en effet éviter que le système mis en place les incite à recourir systématiquement à la saisine du procureur d'Etat dès lors qu'ils sont appelés à célébrer un mariage mixte. Comme le relevait la *Gazette des Communes* en 1994, « certains maires ont fait du mariage présumé de complaisance l'emblème de la lutte locale contre l'immigration clandestine. Au risque d'entraver le droit de convoler en justes noces... ».

Le paragraphe 3 prévoit que les décisions de sursis à la célébration du mariage et de renouvellement du sursis pourront être contestées par les futurs époux devant les juridictions compétentes. Dans un souci d'une bonne technique législative, les auteurs proposent de réglementer la procédure de la mainlevée judiciaire au niveau du Nouveau Code de procédure civile. Le Conseil d'Etat approuve cette démarche qu'il avait lui-même recommandée dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010 dans le cadre du projet de loi portant réforme du divorce (doc. parl. n° 5155).

Point 8

Ce point modifie l'article 176 du Code civil en reprenant la terminologie de l'article 176 du Code civil français. Les prescriptions déjà actuellement requises concernant l'acte d'opposition sont maintenues. L'interdiction de l'huissier de justice qui a établi l'acte d'opposition est supprimée au motif que le régime disciplinaire des huissiers de justice est réglée par la loi modifiée du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice. Le Conseil d'Etat peut se rallier à cette approche.

Le nouvel alinéa 3 prévoit que le délai de caducité d'un an de l'acte d'opposition ne s'appliquera pas à l'acte d'opposition du ministère public, qui ne cessera de produire ses effets que sur décision du tribunal. Comme c'est en tant que gardien de l'ordre public que le ministère public peut s'opposer à la célébration du mariage, il est cohérent que sa décision persiste dans le temps, les candidats au mariage ayant en toute hypothèse la possibilité de saisir le tribunal d'une demande de mainlevée de l'opposition.

Points 9 et 10

Les auteurs proposent de donner un nouveau libellé à l'article 177 du Code civil prévoyant un renvoi au Nouveau Code de procédure civile en ce qui concerne la procédure de la mainlevée judiciaire de l'opposition qui devra être réglementée, à l'instar de la procédure de mainlevée du sursis à la célébration du mariage et de son renouvellement, au Nouveau Code de procédure civile. De ce fait, la suppression de l'article 178 s'impose. Le Conseil d'Etat marque son accord à cette façon de procéder.

Point 11

L'article 180 prévoit dans sa version actuelle une nullité relative au mariage pour le cas où le consentement d'un des époux a été vicié par l'erreur ou la violence. Désormais, ce consentement pourra également être vicié par la contrainte, comme le précise l'ajout proposé à l'article 180, premier alinéa du Code civil qui introduit la notion de crainte révérencielle, c'est-à-dire la crainte qu'inspire une personne en raison de l'autorité qui lui appartient et du respect qui lui est dû. Ainsi, le droit matrimonial se démarque désormais du droit commun des obligations où la crainte révérencielle envers un ascendant n'est pas un vice du consentement (article 1114 du Code civil).

Actuellement, l'action en nullité relative du mariage en raison d'un vice du consentement ne peut être exercée que par le seul époux victime. Le projet de loi prévoit que, dorénavant, l'action en nullité en raison d'un vice du consentement peut être intentée non seulement par l'époux victime, mais également par le ministère public. Les auteurs soulignent que cette modification s'explique par le rôle de gardien de l'ordre public du procureur d'Etat.

La création d'un nouveau vice du consentement avec l'extension de compétence du procureur d'Etat devra constituer un moyen supplémentaire pour combattre les mariages forcés.

Le Conseil d'Etat marque son accord à ces modifications.

Point 12

Les auteurs prévoient le prolongement du délai de recevabilité de la demande en nullité de mariage prévu à l'article 181 du Code civil de six mois à un an. Le projet de loi ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil (doc. parl. n° 5155) prolonge les délais de recevabilité de l'action en nullité du mariage de six mois et d'un an figurant aux articles 183 et 185 du Code civil, à cinq ans. Les auteurs dudit projet soutiennent qu'ils désirent aligner les délais prévus aux articles 183 et 185 du Code civil sur le délai de l'article 181 du Code civil tel qu'il devrait être modifié par le projet de loi sous examen. Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du présent projet de loi ne reprennent pas le délai de cinq ans qui est prévu à l'article 181 du Code civil français et par lequel le législateur français a aligné la prescription de l'action en nullité relative du mariage sur celle de l'action en nullité relative du contrat (article 1304 du Code civil). Le Conseil d'Etat se prononce également en faveur d'un tel alignement, d'autant plus qu'il permettrait de garantir la cohérence entre les deux projets de loi. Par ailleurs, il marque son étonnement quant à la nouvelle approche adoptée par le Gouvernement dans le projet de loi n° 6172 portant réforme du mariage et de l'adoption, lequel vise à revenir au délai initial de six mois pour la recevabilité de l'action en nullité du mariage prévue à l'article 185 du Code civil. Avant l'adoption du présent projet de loi par la Chambre des députés, il est impérieux que le Gouvernement s'explique sur la démarche qu'il entend adopter en définitive. Effectuer des modifications à rebours crée une insécurité juridique intolérable.

Point 13

Deux nouveaux cas de nullité absolue au mariage sont ajoutés à l'article 184 du Code civil, à savoir le mariage de complaisance visé par l'article 146 et le mariage par procuration visé par l'article 146-1 nouveau. Même si le délai de prescription de trente ans n'est pas prévu expressément par le libellé de l'article, c'est ce délai de prescription qui s'applique à défaut de délai plus court introduit par le législateur. Le Conseil d'Etat marque son accord à cette modification qui vise à renforcer les moyens destinés à lutter contre les mariages simulés.

Article II

Cet article vise à modifier le Nouveau Code de procédure civile en y introduisant des dispositions en vue de réglementer la procédure de la mainlevée judiciaire du sursis à la célébration du mariage et de son renouvellement ainsi que la procédure de la mainlevée judiciaire de l'opposition. Par ailleurs, il procède à une renumérotation des titres VII à XVI du Livre 1^{er} de la deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile.

Point 1

Les auteurs proposent d'introduire un nouveau titre VII au Livre 1^{er} de la deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile comportant trois articles qui règlent la procédure des différentes demandes de mainlevée. Dans un souci d'harmonisation et de simplification, les différentes demandes en mainlevée seront soumises à la même autorité juridictionnelle et au même régime procédural qui est un régime d'urgence. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité de régler le moindre détail de la procédure prévue aux articles 1007-1, 1007-2 et 1007-3 et notamment la reprise des formalités exigées en première instance lors de la requête d'appel. Le Conseil d'Etat estime qu'il serait préférable de faire un renvoi à la procédure prévue en matière de référé, plutôt que de multiplier les procédures.

Point 2

Sans observation.

Article III

Le point 1 de l'article III prévoit la modification du titre VII du Livre II du Code pénal par l'ajout d'un nouveau chapitre VIII intitulé « Des mariages et partenariats forcés ou de complaisance ». Les articles 387 et 388 nouveaux visent à ériger en infraction pénale les mariages et partenariats conclus exclusivement à des fins migratoires avec aggravation de la peine lorsqu'un but lucratif a été poursuivi ou lorsqu'une contrainte a été exercée sur une personne afin de l'inciter à contracter mariage. Afin de souligner le caractère préventif du dispositif proposé, toute tentative visant à commettre lesdits délits est également réprimée pénalement.

Comme il est admis que les sanctions civiles et administratives n'ont pas permis de freiner efficacement le détournement de l'institution matrimoniale, de nombreux pays ont adopté des sanctions pénales en matière de mariages simulés en vue de lutter contre l'augmentation des unions frauduleuses et de dissuader les filières qui les exploitent. Le législateur français vient même d'introduire un nouvel article L 623-1 au Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour sanctionner pénalement les mariages dits « gris », c'est-à-dire les mariages où la bonne foi du conjoint est trompée volontairement par un étranger sans intention matrimoniale, alors qu'il estime que la vigilance et les sanctions à l'égard des mariages « gris » méritent d'être renforcées dans un contexte où les filières de mariages « blancs » sont peu à peu démantelées.

Tant la législation française que la législation belge en matière d'entrée et de séjour des étrangers comportent des sanctions pénales à l'égard des personnes contractant un mariage à des fins migratoires. Tout en s'inspirant de ces législations, le projet sous avis introduit les sanctions du mariage et du partenariat de complaisance dans le Code pénal et non pas dans la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. Ceci peut surprendre, alors que les auteurs proposent de limiter la pénalisation du détournement ou de la tentative de détournement de l'institution du mariage aux seules fins migratoires, même si au plan civil le mariage de complaisance entraînant l'annulation ne viserait pas

seulement le mariage contracté dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour, mais également celui contracté pour obtenir un autre avantage, professionnel, social, fiscal ou successoral.

Article 387

Cet article propose d'incriminer le fait de contracter un mariage ou un partenariat aux seules fins, d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour. Il s'agit donc d'instituer un délit spécifique de participation à un mariage de complaisance ou à un partenariat de complaisance pour les deux conjoints ou partenaires. Si les auteurs ont inclus le partenariat de complaisance dans le dispositif, ils n'entendent cependant pas incriminer le fait de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir ou de faire obtenir une autorisation de séjour comme l'a fait le législateur français, ni incriminer les adoptions de complaisance motivées par cette même finalité.

L'élément matériel de l'infraction consiste dans le fait que les parties ont conclu ou tenté de conclure un mariage ou partenariat et l'élément moral existe dans le chef de l'un ou des deux époux voulant obtenir ou faire obtenir un titre de séjour. Lors de l'adoption de cette disposition en droit français, le Gouvernement français a argué que pour garantir que la lutte contre les mariages de complaisance ne se fasse au détriment des droits fondamentaux des personnes d'origine étrangère, la formule « aux seules fins » d'obtenir un titre de séjour ou d'acquérir la nationalité française « a été utilisée par le législateur qui a ainsi défini l'infraction de manière particulièrement exigeante. Il appartiendra à la partie poursuivante de démontrer, à partir de faits objectifs, que la personne poursuivie n'a agi que dans le but exclusif d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française. Le juge répressif ne prononcera de condamnation que pour autant qu'il estimera que l'infraction, ainsi définie, a été commise. »⁹

Dans un souci de cohérence avec la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de remplacer le terme « titre de séjour », qui ne vise en droit luxembourgeois que l'autorisation de séjour d'un ressortissant de pays tiers qui ne dispose pas d'un droit dérivé à la libre circulation des personnes, par les mots « un avantage sur le plan de l'autorisation du séjour ». De par cette terminologie plus large est inclus le droit de séjour des conjoints et partenaires des citoyens de l'Union européenne, y compris des Luxembourgeois.

Article 388

Cet article prévoit une peine aggravée en cas de contrepartie financière pour un des époux ou partenaires. A côté de cette nouvelle incrimination spécifique aux mariages et partenariats simulés, d'autres incriminations peuvent viser certains comportements punis par ce nouvel

⁹ Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 - Observations complémentaires du Gouvernement (2003-484 DC).

article. Ainsi, l'article 143¹⁰ de la loi sur la libre circulation des personnes et l'immigration précitée sanctionne le fait d'aider sciemment un ressortissant de pays tiers d'entrer ou de séjourner sur le territoire luxembourgeois, notamment en contrepartie d'un avantage patrimonial. La qualification de faux ou d'usage de faux pourrait, le cas échéant, aussi entrer en ligne. Le Conseil d'Etat rappelle par ailleurs sa préférence pour l'utilisation du terme « avantage sur le plan de l'autorisation du séjour » qu'il a exprimée à l'endroit de l'article 387.

Article 389

Les auteurs proposent une infraction spécifique relative au mariage ou au partenariat forcé. Ils suivent ainsi la recommandation du Conseil de l'Europe qui a proposé aux Etats d'ajouter dans leur législation pénale une infraction spécifique relative au mariage forcé pour lutter contre ce phénomène. L'article sous revue s'inspire de l'article 391^{sexies} du Code pénal belge qui prévoit des sanctions pénales à l'encontre de toute personne qui, par des violences ou des menaces, a contraint quelqu'un à contracter un mariage, ou a tenté de le faire. Cette disposition s'appuie sur le principe de la protection du droit de la victime de se marier librement et sur celui de la protection de sa liberté, de sa dignité et de son intégrité physique. Une disposition analogue a été créée en droit français¹¹.

Point 2

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 15 février 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder

¹⁰ « **Art. 143.** Toute personne qui, par aide directe ou indirecte, a sciemment facilité ou tenté de faciliter l'entrée ou le transit irréguliers ou, dans un but lucratif, le séjour irrégulier d'un ressortissant de pays tiers sur ou par le territoire luxembourgeois, ou le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, est punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 500 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement. »

¹¹ Code pénal:

« **Art. 222-13.** Les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises: (...) »

6°*bis* Contre une personne, en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union ou afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union; »