

Projet de loi

portant

- a) réforme du Titre II.- du Livre I^{er} du Code civil „Des actes de l'état civil“ et modifiant les articles 34, 47, 57, 63, 70, 71, 73, 75, 76, 79 et 95;
- b) réforme du Titre V.- du Livre I^{er} du Code civil „Du mariage“ et rétablissant l'article 143 et modifiant les articles 144, 145, 147 à 154, 158 à 160, 160bis à 171, 173 à 175, 176 à 192, 194 à 199, 201 à 205, 212, 213, 223, 227, 228, 295 et introduisant les articles 146-1, 146-2, 175-1, 175-2 nouveaux;
- c) modification des articles 108, 169, 295, 313, 315 et abrogation des articles 296 et 297 du Code civil;
- d) introduction d'un Titre VIbis nouveau dans la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile;
- e) introduction d'un Chapitre VIIbis nouveau au Titre VII du Livre I^{er} du Code pénal;
- f) abrogation de la loi du 23 avril 1827 concernant la dispense des prohibitions du mariage prévues par les articles 162 à 164 du Code civil; et
- g) abrogation de la loi du 19 décembre 1972 portant introduction d'un examen médical avant mariage.

Avis séparé du Conseil d'Etat

(27 novembre 2012)

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

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

- * l'avis de la Commission nationale pour la protection des données, par dépêche du 12 octobre 2010;
- * l'avis de la Chambre de commerce, par dépêche du 13 octobre 2010;

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

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

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

- du Code civil;
- du Nouveau Code de procédure civile;
- du Code pénal (doc. parl. *n° 5908*; réf. *CE n° 48.099*), sur lequel le Conseil d'Etat a rendu son avis, le 15 février 2011 (cf. doc. parl. *n° 5908³*).

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

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

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

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

Considérations générales

Dans ses observations préliminaires, la commission parlementaire souligne qu'elle propose la scission du projet de loi *n° 6172* en deux projets distincts et que dans le cadre des amendements soumis au Conseil d'Etat, le

seul volet de la réforme du mariage, à savoir le projet de loi n° 6172A, est abordé. Le volet relatif à la réforme de l'adoption, à savoir le projet de loi n° 6172B serait entamé dans un deuxième temps. Toutefois, la commission parlementaire propose d'inclure d'ores et déjà les modifications d'ordre terminologique nécessaires en vue de la réforme de la filiation à réaliser dans le cadre du projet de loi n° 6172B.

Dans le souci d'assurer la cohérence des modifications législatives proposées et d'éviter tout risque de contradiction, la commission parlementaire propose de regrouper dans un seul texte les projets de loi n°s 5908, 5914 et 6172A. Le Conseil d'Etat note que l'article I^{er}, point 1, tirets 1 et 2 du projet de loi n° 6039 portant modification de certaines dispositions du Code civil, est intégré au présent projet de loi amendé et que la modification proposée à l'endroit de l'article 108 du Code civil par le projet de loi n° 5867 sur la responsabilité parentale est reprise dans le texte sous avis avec néanmoins un autre libellé. Comme les amendements touchent donc également les projets de loi n°s 6039 et 5867 précités, il aurait été utile d'en faire état dans l'entête des amendements sous avis.

*

Le volet du texte sous avis ayant trait au mariage homosexuel apporte sans doute la réforme la plus fondamentale au mariage depuis son instauration en 1804 en tant qu'institution de droit civil par le Code civil. Le Conseil d'Etat constate qu'il s'agirait d'un changement fondamental des bases anthropologiques du mariage, confrontant notre société à un changement radical de paradigme qui doit nous interpeller et qui, selon lui, devrait faire d'abord l'objet d'un débat démocratique¹ de société large et approfondi. Car la nature profonde de cette réforme mérite, au-delà de toutes considérations politiques, sociales et sociologiques qui en constituent la cause immédiate, que l'on s'interroge sur toutes les conséquences qu'implique l'ouverture de la forme du mariage actuelle aux couples de même sexe.

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

¹ Selon Paul Ricoeur, « est démocratique, une société qui se reconnaît divisée, c'est-à-dire traversée par des contradictions d'intérêt et qui se fixe comme modalité d'associer à parts égales chaque citoyen dans l'expression de ces contradictions et la mise en délibération de ces contradictions, en vue d'arriver à un arbitrage », *Dictionnaire de la langue française*, « Démocratie ».

Historique

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

Dans le contexte de la désagrégation progressive de l'Empire romain, c'est l'Église qui, depuis le Bas-Empire, assume la tutelle sociale de l'institution mariage en fixant ses principes, dont les plus importants étaient la liberté nécessaire des époux et l'indissolubilité de l'union. Pour l'Église, le mariage est à la fois, et de manière indissociable, contrat et sacrement. Cette position est définitivement fixée par le concile de Trente.

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

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

Traditionnellement, seul le mariage avait pour effet de rendre légitime la filiation et de conférer aux enfants les droits qui en découlent, la consécration du principe d'égalité comme fondement du mariage s'étant également traduite, par la suite, par la reconnaissance de droits familiaux en

dehors de l'institution maritale². Le mariage n'est donc plus aujourd'hui l'unique porte d'entrée juridique dans la vie de famille.

Définition

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

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

Le lexique des termes juridiques Dalloz définit le mariage comme étant une « union légitime de l'homme et de la femme résultant d'une déclaration reçue en forme solennelle par l'officier d'état civil qui a reçu auparavant les consentements des futurs époux, en vue de la création d'une famille et d'une aide mutuelle dans la traversée de l'existence »³.

Le dictionnaire juridique électronique le définit à son tour et écrit qu'« au plan du droit civil, le mariage est l'institution par laquelle un homme et une femme s'unissent pour vivre en commun et fonder une famille ».⁴

Un autre écrit encore que « le mariage est l'institution par laquelle un homme et une femme s'unissent pour vivre en commun et fonder une famille. Concernant l'âge du mariage, la loi dispose que l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. Le mariage civil (mariage à la mairie) est un contrat. C'est le concept juridique du mariage en tant qu'institution gouvernementale ».⁵

Pour le juriste Daniel Sterckz⁶, le mariage est un contrat-statut, car les effets du contrat, bien que contracté librement, échappent à la libre volonté des cocontractants. Le caractère d'ordre public est souligné par le rôle de l'officier de l'état civil et par la solennité de la célébration. Ce contrat-statut établit une communauté de vie caractérisée par la cohabitation, la fidélité et l'appui mutuel.

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

² Cf. « La famille, le mariage et l'union maritale », introduction par Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat de France au colloque du comité de coopération judiciaire France/Irlande/Royaume-Uni en mai 2011.

³ Lexique des termes juridiques, édition Dalloz, 2003.

⁴ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/mariage.php>

⁵ <http://dictionnaire-juridique.jurimodel.com/mariage.html>

⁶ Daniel Sterckz, Le mariage en droit civil, De Boeck&Larcier, 2004.

Différentes positions

1. Supprimer le mariage, forme surannée

Le CEPS-Instead a publié une étude⁷ de Maria Valentova, intitulée « Perception of marriage in Luxembourg ». Après des réflexions sur les facteurs multiples ayant conduit à l'apparition de formes diversifiées d'unions et de cohabitation entre personnes, ces unions se caractérisant plus par leur évolutivité que par leur durabilité, l'auteur relève certains éléments factuels: entre 1999 et 2008, le taux de mariage est tombé de 4,9 à 3,9 pour mille habitants et par an, plaçant le Luxembourg au dernier rang d'un échantillon de 15 pays de l'Union européenne. Un facteur déterminant dans cette baisse est l'introduction du partenariat par la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. On constate que mariage et procréation sont de plus en plus perçus comme non nécessairement liés. Une minorité des personnes interrogées dans le cadre de l'étude du CEPS, 32 % en 1999 et 38 % en 2008, a considéré que le mariage était une forme surannée et dépassée d'union. Pour les personnes qui décident de se marier, les facteurs déterminants ne semblent plus être des motivations d'ordre économique ou de statut, mais de l'ordre des seuls sentiments.».

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

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

2. Ouvrir le mariage aux partenaires de même sexe

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

Des données statistiques qui évaluent le nombre de personnes homosexuelles vivant une relation stable et revendiquant le droit au mariage sont inexistantes au Luxembourg. Certains estiment qu'une faible minorité,

⁷ Cahier n° 2011-03

2-3% des homosexuels, serait intéressée à se lier par le mariage, les autres y étant indifférents, ou encore opposés⁸.

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

Toujours est-il que l'aspiration de certains à vivre une relation stable qui soit reconnue par la société est à prendre au sérieux. La non-reconnaissance officielle de ces liens est actuellement expérimentée par les personnes concernées comme une discrimination. Ceci dans le contexte du passé où, trop longtemps, les personnes homosexuelles furent montrées du doigt. Le Conseil d'Etat s'exprime fermement contre toute forme d'homophobie et souhaite que le débat démocratique préconisé ne donne pas lieu à des dérives de ce genre.

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

3. Réserver le mariage aux couples hétérosexuels

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

Ouvrir le mariage, réservé aujourd'hui entre un homme et une femme, à deux personnes de même sexe, sans modifier⁹ les liens entre conjugalité et création d'une famille, soulève des questions fondamentales.

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

⁸ Philippe Arino, « L'homosexualité en vérité »; Frédéric Aimard Editeur, octobre 2012; Xavier Bongibault, collectif « Plus gay sans mariage ».

⁹ A la fin de la célébration, un livret de famille basé sur la Convention créant un livret de famille international, signée à Paris le 12 septembre 1974 et ratifiée par le Luxembourg, sera remis au couple tant hétéro qu'homosexuel.

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

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

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

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

Conclusions

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

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

- à l'aide médicale à la procréation,
- à la gestation pour autrui,
- aux dons anonymes de gamètes,
- aux manipulations génétiques,
- à l'adoption d'enfants?

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

Que ces questions soient traitées d'abord dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour lequel la lisibilité de sa filiation et l'inscription dans une histoire et une lignée sont essentielles pour la construction de son identité, est une évidence et une obligation qui découle de la Convention internationale des droits de l'enfant.

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

Examen des articles

Article 1^{er}. - Modifications du Code civil

Article 1^{er}

Cet article regroupe les modifications apportées au Livre I^{er}, titre II intitulé « *Des actes de l'état civil* ».

Ad 1) art. 34

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

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

Article 2. - Le Livre I^{er}, Titre V, intitulé « Du mariage »

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

Ad 1)

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

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

Ainsi délibéré en séance plénière, le 27 novembre 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen