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, 160*bis* à 171, 173 à 175, 176 à 192, 194 à 199, 201 à 205, 212, 213, 223, 227, 228, 295 et introduisant les articles 146-1, 146-2, 175-1, 175-2 nouveaux;
- c) modification des articles 108, 169, 295, 313, 315 et abrogation des articles 296 et 297 du Code civil;
- d) introduction d'un Titre VI.*bis* nouveau dans la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile;
- e) introduction d'un Chapitre VII.*bis* nouveau au Titre VII du Livre 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 complémentaire du Conseil d'Etat

(4 juin 2013)

Par dépêche du 11 mars 2013, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'Etat des amendements au projet de loi sous rubrique, élaborés par la Commission juridique de la Chambre des députés. Au texte des amendements étaient joints un commentaire et un texte coordonné du projet de loi amendé.

Observations préliminaires

Le Conseil d'Etat tient tout d'abord à clarifier la situation actuelle d'un point de vue procédural et formel. Le projet de loi initial numéroté 6172 auprès de la Chambre des députés portait tant sur la réforme du mariage que sur celle de l'adoption. Au vu des discussions suscitées notamment par la question de adoption par des couples homosexuels, le projet initial fut scindé par voie d'un amendement parlementaire du 16 mai 2012 (doc. parl. n° 6172A¹). La partie dite A portant sur le mariage proprement dit a été avisée par le Conseil d'Etat le 27 novembre 2012. La partie B relative à l'adoption est reportée à plus tard (cf. les observations préliminaires exposées en mai 2012 au projet A).

Les amendements soumis au Conseil d'Etat en date du 11 mars 2013 se rapportent formellement au projet A. Le Conseil d'Etat limite son avis à ces amendements. Il est conscient que les amendements portent (en partie) sur des points qui font l'objet du projet de loi n° 6172B tel que celui-ci résulte de la scission opérée par l'amendement parlementaire précité. Le Conseil d'Etat se doit par ailleurs de renvoyer à son courrier du 1^{er} mars 2013 au président de la Chambre des députés où il a demandé des précisions sur la détermination du contenu du volet B.

Examen des amendements

Intitulé

Suite aux amendements présentés, et après vérification du texte coordonné du projet de loi itérativement modifié, le Conseil d'Etat constate que l'intitulé ne tient plus compte du dispositif finalement retenu, de sorte qu'il est nécessaire de le reformuler comme suit:

« *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, 79-1 et 95;*
- b) *réforme du Titre V.- du Livre I^{er} du Code civil „Du mariage“, rétablissant l'article 143, modifiant les articles 144, 145, 147, 148, 161 à 171, 173 à 175, 176, 177, 179 à 192, 194 à 199, 201 à 206, 212 à 219, 221 à 224, 226, 227 et introduisant les articles 146-1, 146-2, 175-1, 175-2 nouveaux;*
- c) *modification des articles 169, 315 [et introduction d'un article 367-4 nouveau du Code civil];*
- d) *abrogation des articles 296 et 297 du Code civil;*
- e) *introduction d'un Titre VIbis nouveau dans la Deuxième Partie, Livre I^{er} du Nouveau Code de procédure civile;*
- f) *introduction d'un Chapitre VIIbis nouveau au Titre VII du Livre I^{er} du Code pénal;*
- g) *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*
- h) *abrogation de la loi du 19 décembre 1972 portant introduction d'un examen médical avant mariage et modification des articles 63, 75 et 169 du Code civil ».*

Concernant l'ajout d'un article 367-4 au Code civil proposé par l'amendement 4 sous avis, le Conseil d'Etat, se voit dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel à défaut pour les auteurs de fournir un autre argument susceptible de justifier la disparité envisagée au regard de l'article 10bis de la Constitution et de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat rend ainsi attentif que la référence à l'article 367-4 devra, le cas échéant, être ôtée de l'intitulé.

Amendements 1 à 3

Ces amendements n'appellent pas d'observation.

Amendement 4

L'ajout d'un article 367-4 au Code civil pour exclure les conjoints de même sexe de l'adoption plénière est riche en substance et profond en implications juridiques. L'amendement signifie en effet que l'adoption plénière est réservée aux seuls conjoints hétérosexuels, mais que l'adoption simple est étendue à tous les conjoints, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent.

Le Conseil d'Etat insiste d'emblée sur la nécessité de compléter l'article IV du projet de loi n° 6172A par des références aux articles 345, 349, 359, 360, 367, 367-1, 368, 368-1 et 370 du Code civil aux fins d'y introduire partout la terminologie de « conjoint(s) » en remplacement de celle d'« époux ».

Le Conseil d'Etat constate qu'en réservant l'accès à l'adoption plénière aux conjoints hétérosexuels l'amendement institue une différence de traitement entre les conjoints homosexuels et hétérosexuels. Il rappelle que le législateur peut, sans violer le principe de l'égalité, qui est inscrit à l'article 10bis de la Constitution, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives, qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but. Les auteurs de l'amendement expliquent leur décision d'écarter les conjoints homosexuels de l'adoption plénière et de leur accorder uniquement l'accès à l'adoption simple, par la nécessité de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Ils justifient ce choix par les considérations formulées dans le projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption (doc. parl. n° 6172), qui opte déjà pour la solution d'ouvrir l'adoption simple aux couples homosexuels et d'exclure ces couples de l'adoption plénière. Les auteurs du projet de loi n° 6172 avancent que l'adoption simple présente par rapport à l'adoption plénière l'avantage de laisser subsister les liens avec les parents biologiques de l'enfant. L'enfant garderait ainsi une personne de référence de chaque sexe, c'est-à-dire son parent biologique, ou ses parents biologiques, et aurait par ailleurs le bénéfice d'un couple supplémentaire de parents, ses parents adoptifs.

Le Conseil d'Etat est d'accord à reconnaître que l'institution de l'adoption est à analyser dans la perspective de l'intérêt supérieur de l'enfant et non pas dans une optique d'un droit à l'adoption pour les adoptants. L'intérêt supérieur de l'enfant est d'ailleurs le principe directeur qui vaut pour toute adoption, que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent et que l'adoption soit une adoption simple ou une adoption plénière. Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard au considérant n° 54 de la décision n° 2013-669 DC du Conseil constitutionnel français du 17 mai 2013. Même à admettre que la différence de traitement opérée puisse être considérée comme procédant de disparités objectives, le Conseil d'Etat estime que la proposition d'écarter les conjoints homosexuels de l'adoption plénière exige un argumentaire établissant que l'intérêt supérieur de l'enfant impose l'existence d'un référant maternel et paternel parmi ses parents adoptifs sinon biologiques.

Il renvoie en effet à un arrêt du 19 février 2013 de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (Arrêt du 19 février 2013, *X et*

autres c. Autriche, requête n° 19010/07) dans lequel la Cour a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie familiale) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce que les requérantes qui formaient un couple homosexuel n'avaient pas été traitées comme l'aurait été un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. L'une des requérantes avait souhaité adopter le fils de sa partenaire, ce qui lui avait été refusé par les autorités autrichiennes. La Cour a constaté que la différence de traitement opérée avait été fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes et elle a jugé que le gouvernement autrichien n'avait pas fourni de raisons convaincantes pour justifier que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle et plus précisément à la protection de l'intérêt de l'enfant et qu'elle poursuivait dès lors un but légitime et proportionné à ce but. Le Conseil d'Etat retient plus particulièrement de cet arrêt l'observation de la Cour européenne des droits de l'homme conformément à laquelle les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent, tout comme les différences fondées sur le sexe, être fondées sur des raisons particulièrement solides et convaincantes (§99 de l'arrêt) et que « le principe de proportionnalité exige dès lors non seulement que la mesure soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige également de démontrer qu'il était nécessaire pour atteindre ce but (en l'espèce la protection de l'enfant) d'exclure certaines personnes (en l'espèce les personnes vivant dans une relation homosexuelle) du champ d'application de la mesure dont il s'agit » (§140 de l'arrêt). La Cour a ainsi précisément reproché au gouvernement autrichien de ne pas avoir établi le caractère préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel et de ne pas avoir établi l'affirmation que seules les familles composées de parents de sexes opposés soient capables d'élever convenablement un enfant (§142 et §146).

En l'absence d'un autre argument susceptible de justifier la disparité envisagée cadrant avec les articles 10*bis* de la Constitution et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'Etat se voit dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

D'une manière générale, le Conseil d'Etat souligne que le droit de l'adoption ne doit pas pour autant évoluer dans le sens d'accorder aux conjoints, quelle que soit leur orientation sexuelle, « un droit à un enfant adopté ». Le Conseil d'Etat rejoint à cet égard la position des auteurs du projet de loi n° 6172.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat voudrait encore attirer l'attention des auteurs de l'amendement sur un autre problème discuté en France et tenant à la situation des adoptés par rapport à la divulgation de leurs origines biologiques.

Dans un avis rendu en octobre 2012 sur l'ouverture au mariage des couples de personnes de même sexe¹, le Conseil d'Etat français a en effet

¹ http://www.lavie.fr/actualite/societe/le-conseil-d-etat-n-est-pas-chaud-pour-le-mariage-pour-tous-07-02-2013-36150_7.php; http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/02/07/les-reserves-du-conseil-d-etat-sur-le-mariage-pour-tous_1828630_3224.html

considéré que l'adoption plénière a pour effet de supprimer juridiquement la filiation par le sang pour lui substituer un nouveau lien de filiation découlant du jugement qui l'a prononcé. Par la suite, l'acte de naissance d'origine de l'enfant est remplacé par un nouvel acte établi à partir du jugement d'adoption sans aucune référence à la filiation réelle de l'intéressé. Alors que la filiation est un élément essentiel de l'identification pour chaque individu tant sur le plan biologique que social et juridique, l'état civil reconstitué mettra en évidence, par la référence à des parents de même sexe, la fiction juridique sur laquelle repose cette filiation. Le Conseil d'Etat français a donc appelé l'attention du gouvernement, d'une part, sur les conséquences de cette situation, délicate et toujours en débat, au regard de l'accès aux origines et, d'autre part, sur les précautions qu'il conviendra de prendre dans la rédaction des actes de naissance en cause.

A noter que dans sa décision précitée, le Conseil constitutionnel, statuant sur cette question, a toutefois considéré qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ; que, par suite, le grief tiré de ce que la possibilité d'une adoption par deux personnes de même sexe porterait atteinte au principe d'égalité et au droit à la protection de la vie privée doit être écarté ».

Au vu de ces considérations, le Conseil d'Etat recommande de manière générale de saisir l'occasion pour procéder à une réforme globale de l'adoption et de réfléchir sur le maintien de la dualité des régimes d'adoption. Par ailleurs, il propose de mettre en place, à l'instar de la loi française n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, un dispositif qui permettrait à l'adopté de lever le secret sur ses origines, quel que soit le type d'adoption. Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard surtout à un arrêt du 25 septembre 2012 de la Cour européenne des droits de l'homme (*Godelli c. Italie*, requête n° 33783/09) duquel il découle que la loi doit donner à un enfant adopté la possibilité de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret (sur l'identité des parents biologiques).

Amendements 5 et 6

Ces amendements n'appellent pas d'observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 juin 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen