

Projet de loi

portant

- a) réforme du Titre II.- du Livre 1^{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 1er du Code civil « Du mariage », rétablissant l'article 143, modifiant les articles 144, 145, 147, 148, 161 à 164, 165 à 171, 173 à 175, 176, 177, 179, 180 à 192, 194 à 199, 201, 202, 203 à 206, 212 à 224, 226, 227, introduisant les articles 146-1, 146-2, 175-1, 175-2 nouveaux et abrogeant les articles 149 à 154, 158 à 160bis, 178, le Chapitre VIII et l'article 228;
- c) modification des articles 295, 351, 383, 390, 412, 496 alinéa 1er, 509-1 alinéa 2, 730, 791, 847 à 849, 852 alinéa 3, 980, alinéa 2, 1405, 1409, 1595 et 1676, alinéa 2 et abrogation des articles 296 et 297 du Code civil;
- d) modification de l'article 66 du Code de commerce;
- e) modification des articles 265, alinéa 1er, 278 et 521 du Nouveau Code de procédure civile;
- f) introduction d'un Titre VI.bis nouveau dans la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile;
- g) introduction d'un Chapitre VII.-1 nouveau au Titre VII du Livre 1er du Code pénal;
- h) 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
- i) abrogation de la loi du 19 décembre 1972 portant introduction d'un examen médical avant mariage.

Deuxième avis complémentaire séparé du Conseil d'Etat

(20 mai 2014)

Par dépêche du président de la Chambre des députés du 19 mars 2014, le Conseil d'Etat fut saisi d'une série d'amendements parlementaires au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission juridique de la Chambre des députés.

Au texte des amendements étaient joints un texte coordonné du projet de loi tenant compte des propositions d'amendements de la Chambre des députés et des propositions de rectification technique légistique du Conseil d'Etat que la Commission juridique a fait siennes, ainsi qu'un tableau de correspondance entre le texte coordonné annexé aux amendements parlementaires complémentaires du 11 mars 2013 et le nouveau texte coordonné proposé.

Considérations générales

1. La commission juridique de la Chambre des députés propose de « suivre le Conseil d'Etat dans son raisonnement (et) de ne pas faire de distinction entre couples mariés de sexe différent et de même sexe quant à l'ouverture de l'adoption plénière ».

Dans son avis complémentaire du 4 juin 2013, le Conseil d'Etat avait rappelé que, conformément à l'article 10*bis* de la Constitution, le législateur peut instituer des différences de traitement entre conjoints homosexuels et hétérosexuels sans violer le principe de l'égalité devant la loi, à condition que les différences de traitement instituées procèdent de disparités objectives et qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but. Le Conseil d'Etat regrette que la Chambre des députés propose de supprimer l'article 367-4 du Code civil, tel qu'amendé, sans motiver le revirement de sa position quant à l'ouverture de l'adoption plénière aux couples mariés de même sexe.

De l'avis du Conseil d'Etat, la redéfinition du mariage et l'extension de l'adoption touchent à des questions fondamentales pour l'organisation et la cohésion de la société, qui méritent un débat de fonds tant au niveau de la motivation qu'en ce qui concerne l'impact sociétal des mesures proposées. Le Conseil d'Etat rappelle que, dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi initial, il a souligné l'importance que revêt l'ouverture du mariage aux couples de même sexe et « qu'il s'agirait ou s'agira là d'un changement fondamental des bases anthropologiques du mariage confrontant notre société à un changement radical de paradigme qui doit nous interpeller », et qui « aurait mérité de faire l'objet d'un débat de société large et approfondi ». Dans ces conditions, le Conseil d'Etat ne peut que regretter que tant le Gouvernement que la Chambre des députés esquivent un débat de fond sur l'ouverture du droit à l'adoption aux personnes homosexuelles et aux couples de même sexe. Dans les lignes qui suivent, le Conseil d'Etat se limite à formuler quelques considérations juridiques et il traitera plus à fond la question de la filiation lors de son avis sur le projet de loi portant réforme du droit de la filiation (doc. parl. n° 6568).

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat se doit de réitérer la conclusion de son avis séparé du 27 novembre 2012 et il demande que le législateur, avant d'ouvrir la voie du mariage traditionnel aux personnes de même sexe, examine plus à fond les conséquences de cette ouverture.

2. De l'avis du Conseil d'Etat, la question de l'accès à l'adoption plénière soulève au moins deux questions distinctes :

- Le législateur peut-il réserver l'accès à l'adoption plénière aux couples hétérosexuels sans enfreindre le principe de l'égalité devant la loi au sens de l'article 10*bis* de la Constitution ni l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des Droits de l'Homme ?
- Dans l'hypothèse où le législateur admet l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe, ou par une personne homosexuelle seule, les autorités peuvent-elles prendre en considération des attitudes et des

comportements liés à l'orientation sexuelle du ou des adoptants lors de leur décision en se référant à l'intérêt supérieur de l'enfant ?

3. L'institution de l'adoption vise à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant et non pas un droit à l'adoption pour les adoptants : la disparité de traitement est donc à analyser essentiellement dans la perspective de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Conseil d'Etat tient à rappeler dans ce contexte que la Commission nationale d'éthique a émis un avis spécifique sur les questions liées à l'adoption. Au terme d'une analyse fouillée, cet avis conclut qu'il existe « suivant l'appréciation de la C.N.E. de sérieux doutes que l'extension de l'adoption plénière aux couples de même sexe soit compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant ».

La Cour européenne des Droits de l'Homme s'est exprimée dans le même sens dans l'affaire Fretté c. France en constatant que « la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels ».

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait également citer l'avis émis par le Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK) sur la réforme de la législation relative à l'adoption en 2010. Dans cet avis, l'ORK note que la Belgique a permis l'adoption d'enfants par des couples de même sexe en 2006 et l'ORK pose la question s'il faut suivre cet exemple. L'ORK relève que « Les pédopsychiatres que nous avons consultés notent que les enfants adoptés affrontent souvent une crise d'identification à l'adolescence. La relation triangulaire entre mère, père et enfant est jugée, à leurs yeux, importante dans cette situation. Une grande bibliographie existe en la matière. Des arguments convaincants et solides sont développés tant par les défenseurs de l'homoparentalité que par les opposants. (...) L'ORK n'entend pas passer en revue toutes les considérations développées dans la littérature. Il souhaite toutefois écarter de prime abord tous les arguments qui ne touchent pas directement l'intérêt de l'enfant.

Sont ainsi irrelevants les arguments des défenseurs de l'homoparentalité comme quoi

- le refus de l'homoparentalité relèverait de l'homophobie
- le refus de l'adoption constituerait une discrimination à l'égard des couples homosexuels
- le nombre de couples homosexuels serait en augmentation constante ce qui justifierait en soi la prise en compte du droit à l'adoption.

Aux yeux de l'ORK, il n'existe pas de « droit à l'enfant », mais uniquement des droits de l'enfant ».

L'ORK ajoute également que « l'argument comme quoi il serait établi par des études scientifiques que l'homoparentalité ne serait pas préjudiciable aux enfants est contrecarré par les opposants qui soulignent – non sans raison – que les études actuellement réalisées restent sujettes à caution en l'absence du recul nécessaire pour espérer des conclusions fiables ».

- Au vu de ces avis d'experts, le Conseil d'Etat retient deux constats :
- d'une part, il n'est pas prouvé que l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle ou par un couple de même sexe est toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et
 - d'autre part, il n'est pas non plus prouvé qu'une telle adoption ne soit jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En l'état actuel des connaissances, ce débat ne peut pas être tranché d'une manière générale et il convient d'apporter la meilleure réponse possible aux cas individuels, en basant les décisions sur des considérations relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. La première question se posait dans l'optique du projet de loi initial. Les amendements parlementaires sous avis ont évacué la question en décidant que « le maintien de l'article 367-4 (du code civil) tel qu'amendé devient obsolète ». Néanmoins, il n'est pas inutile d'analyser l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire X et autres c. Autriche (n° 19010/07). Dans cette affaire, la Cour était saisie d'une demande d'adoption d'un enfant présentée par la compagne de la mère biologique de cet enfant et la Cour était appelée à statuer sur la question de savoir si les requérants en l'espèce ont été ou non victimes d'une discrimination entre couples hétérosexuels non mariés et couples homosexuels non mariés en matière d'adoption coparentale. La Cour a tranché que l'article 182 du Code civil autrichien comporte une interdiction absolue de l'adoption coparentale par un couple homosexuel, et elle a conclu que « en l'absence d'autres raisons particulièrement solides et convaincantes militant en faveur d'une telle interdiction absolue, les considérations exposées jusqu'ici donnent au contraire à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner chaque situation au cas par cas » (considérant 146). Dans son analyse, la Cour a d'ailleurs pris soin de souligner que « la présente affaire ne concerne pas la question de savoir si, eu égard aux circonstances, la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie » et que « la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général » (considéranants 132 et 133). A noter également que sept juges ont émis une opinion partiellement divergente, dans laquelle ils ont notamment rappelé que « la Convention ne garantit ni le droit de fonder une famille, ni le droit (de l'adulte) d'adopter, ni le droit à l'enfant, ni le droit d'être adopté » pour ensuite poser la « question de savoir quelle était la prétendue ingérence des autorités nationales dans la vie privée ou familiale des requérants » (considérant 3). Les sept juges ont enfin posé la question de l'intérêt supérieur de l'enfant en constatant que l'enfant « a une mère et un père : au nom de quel intérêt supérieur la substitution de son père par la compagne de sa mère aurait-elle été justifiée ? » (considérant 8). Si l'arrêt X et autres c. Autriche apporte des éléments de réponse quant à la première question posée ci-avant, en revanche, il laisse la deuxième question ouverte.

Au demeurant, il est significatif que le gouvernement autrichien a certes défendu les principes ancrés dans les textes de loi, mais qu'il a surtout développé dans son argumentaire une analyse des éléments spécifiques du dossier, en l'occurrence, le fait que l'enfant à adopter avait des liens avec

son père, que le père s'opposait à l'adoption et qu'il n'y avait pas lieu de substituer un parent adoptif au père (considérant 74).

5. Si donc, au vu des amendements parlementaires, l'adoption plénière d'un enfant devait à l'avenir être ouverte à un couple de même sexe, il reste à creuser la deuxième question formulée ci-avant.

Comme les auteurs des amendements ne font pas de distinction entre les couples de sexe différent et de même sexe quant à l'ouverture de l'adoption plénière, l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe pourra à l'avenir se faire, au même titre que toutes les autres adoptions, à savoir que l'adoption est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Se pose dès lors la question de savoir si les attitudes et les comportements liés à l'orientation sexuelle peuvent intervenir dans l'enquête préalable à l'adoption. A cet égard, il est intéressant de se reporter sur l'article 10 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (convention révisée) qui trace le cadre de l'enquête préalable à la décision d'adoption:

« L'autorité compétente ne prononce une adoption qu'après la réalisation des enquêtes appropriées concernant l'adoptant, l'enfant et sa famille. Au cours de ces enquêtes et par la suite, les données ne peuvent être collectées, traitées et communiquées que dans le respect des règles relatives au secret professionnel et à la protection des données à caractère personnel. Les enquêtes, dans la mesure appropriée à chaque cas, portent autant que possible et entre autres sur les éléments suivants :

- a. la personnalité, la santé et l'environnement social de l'adoptant, sa vie de famille et l'installation de son foyer, son aptitude à élever un enfant ;
- b. les motifs pour lesquels l'adoptant souhaite adopter un enfant ;
- c. les motifs pour lesquels, lorsque seulement l'un des deux époux ou partenaires enregistré(e)s demande à adopter l'enfant, l'autre ne s'associe pas à la demande ;
- d. l'adaptation réciproque de l'enfant et de l'adoptant, et la période pendant laquelle l'enfant a été confié à ses soins ;
- e. la personnalité, la santé et l'environnement social, ainsi que, sous réserve de restrictions légales, le milieu familial et l'état civil de l'enfant ;
- f. les origines ethnique, religieuse et culturelle de l'adoptant et de l'enfant. »

Aux termes de l'article 4 de cette convention, « l'autorité compétente attache une importance particulière à ce que l'adoption apporte à l'enfant un foyer stable et harmonieux », et « l'autorité compétente ne prononce l'adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Aux termes de ce texte, il appartient à l'autorité compétente de prendre sa décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant sur base de toutes les informations pertinentes à chaque cas concret. Si dans un cas concret le service social compétent estime que des attitudes et des comportements liés à l'orientation sexuelle du ou des demandeurs ont un impact significatif sur un ou plusieurs éléments du dossier, ces faits relèvent du dossier de l'enquête au même titre que les autres éléments liés au profil de la

personnalité de la personne adoptante, ou des personnes adoptantes. Dans un tel cas, il appartiendra à l'autorité compétente de prendre en considération tous les faits pertinents pour sa décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Bien entendu, une telle analyse doit se faire dans le strict respect des limites définies par la Cour européenne des Droits de l'Homme, notamment en ce qui concerne l'interdiction de discrimination au sens de l'article 14. Selon une jurisprudence constante de la Cour, une différence de traitement peut constituer une discrimination si la différence existe par rapport à des personnes placées dans une situation comparable ; une telle différenciation est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable. Les différences fondées sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement solides et convaincantes.

Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt de revenir sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Fretté c. France* citée ci-avant. Dans cette affaire, le plaignant avait saisi la Cour au motif que sa demande d'agrément en vue d'une adoption avait été rejetée et que le rejet était motivé par l'orientation sexuelle du plaignant. La Cour a notamment relevé que « le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 234.1 du code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels », et la Cour a estimé qu'au vu de « la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité ». Compte tenu des faits et circonstances du dossier spécifique, la Cour a retenu que « la justification avancée par le Gouvernement paraît objective et raisonnable », et elle a tranché que « la différence de traitement litigieuse n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention » (considérants 42 et 43).

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme est nuancée. Les cas concrets sont tous différents, et chaque cas mérite une appréciation toute aussi nuancée. Il appartiendra donc aux autorités appelées à trancher les cas concrets de prononcer une adoption si, et seulement si, elles estiment qu'une telle décision est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. De l'avis du Conseil d'Etat, cette décision devra être prise au vu de la situation concrète du ou des demandeurs d'adoption et de l'enfant dans chaque cas d'espèce, en tenant compte de tous les facteurs susceptibles d'affecter l'appréciation des décideurs, y compris des attitudes et des comportements liés à l'orientation sexuelle du ou des demandeurs.

Pour ce qui est de du volet technique, le présent avis se réfère à l'avis principal du Conseil d'Etat.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 mai 2014.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen