



11 novembre 2010

AVIS I/78/2010

relatif au 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 les salaries du secteur privé
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

..... AVIS

Par lettre du 31 juillet 2010, réf. : N° L-17/10, Monsieur François Biltgen, ministre de la Justice, a soumis le projet de loi sous rubrique à l'avis de la Chambre des salariés.

1. Le présent projet de loi a pour objet la réforme de la législation sur le mariage et de celle sur l'adoption.

2. En ce qui concerne la législation relative au mariage, le projet prévoit son ouverture aux personnes d'un même sexe. Les auteurs du projet expliquent que cette ouverture répond à une demande sociale qui fait partie d'un mouvement de renforcement du principe d'égalité, dont la mise en oeuvre passe à la fois par la lutte contre les discriminations, le renforcement des droits existants et la création de nouveaux droits.

3. Quant à la législation relative à l'adoption, les modifications projetées visent d'un côté la législation relative à l'adoption simple et d'un autre côté celle relative à l'adoption plénière.

3.1. En ce qui concerne l'adoption simple, il est notamment proposé de l'ouvrir à deux personnes mariées de même sexe ainsi qu'aux partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 de sexe différent et de même sexe, de fixer l'âge des adoptants à 25 ans pour les deux adoptants et d'étendre l'adoption de l'enfant du conjoint à l'adoption de l'enfant du partenaire.

Les auteurs du projet expliquent que les modifications proposées reposent sur les considérations émises par la Commission Nationale d'Ethique (CNE) et le Ombuds Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK), partagées par le Gouvernement.

Aussi bien l'ORK que le CNE mettent en avant l'intérêt primordial de l'enfant à adopter. Raison pour laquelle l'extension de l'adoption aux couples du même sexe peut être admise pour l'adoption simple, le lien avec les parents biologiques n'étant pas rompu.

3.2. En ce qui concerne l'adoption plénière, le projet de loi procède à quelques adaptations ponctuelles, tendant notamment à mettre le texte de loi en conformité avec une décision de la Cour constitutionnelle.

1. Quant à la réforme du mariage

4. Les dispositions du code civil sont modifiées de façon à autoriser dorénavant le mariage entre personnes de sexe différent ou de même sexe.

L'âge minimal requis pour pouvoir se marier est en outre fixé pour les personnes des deux sexes à 18 ans. A ce jour le code civil permet aux femmes de se marier dès 16 ans et aux hommes dès 18 ans. Il s'agit donc de mettre fin à cette inégalité de traitement. Aussi, comme il ressort du projet de loi no 5914 qui lui prévoit également de relever l'âge du mariage des femmes à 18 ans, il s'agit aussi de ne pas permettre le mariage d'une personne mineure et cela dans l'intérêt supérieur du mineur.

La CSL ne peut qu'approuver ces nouvelles règles relatives à l'âge des personnes admises à se marier.

5. Outre ces modifications majeures, le projet de loi procède à l'adaptation, notamment terminologique, de différentes autres dispositions du code civil.

6. Ainsi par exemple, à ce jour l'article 148 du code civil stipule que « *Le fils et la fille qui n'ont pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. En cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement. S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux qui aura obtenu la garde de l'enfant, est obligatoire.* »

Le projet de loi prévoit que désormais, la personne qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ne pourra contracter mariage sans le consentement de ses pères et mères qui exercent l'autorité parentale. L'ajoute de cette précision relative à l'autorité parentale aura son importance en cas de demande de mariage d'un mineur ayant fait l'objet d'une adoption simple. Dans une telle situation, seuls les parents adoptifs devront consentir au mariage. Les parents biologiques ne seront pas concernés étant donné qu'ils ne jouiront pas de l'autorité parentale face à leur enfant.

7. Le code civil prévoit en outre qu'en ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la soeur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré. Cette règle doit être adaptée à la nouvelle situation qui permet aussi le mariage entre personnes du même sexe.

Cette règle sera ainsi à l'avenir libellée comme suit : « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frères, entre soeurs, entre le frère et la soeur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.* »

8. Il en est encore de même en ce qui concerne l'interdiction de mariage entre oncles, tantes, nièces et neveux.

9. L'article 185 du code civil prévoit que le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué:

- 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent;
- 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois.

10. A l'heure actuelle, l'article 185 point 2° du Code civil sert à éviter qu'un mariage puisse encore être annulé une fois qu'un enfant a été conçu par le couple de mariés.

Afin que cette disposition ne puisse cependant pas être détournée et appliquée dans les cas de fécondation in vitro au bénéfice d'un couple de femmes mariées, il est précisé qu'il s'agit exclusivement d'une protection en cas d'un enfant conçu entre mari et femme.

11. En ce qui concerne l'obligation alimentaire qui existe à ce jour entre gendres et belles-filles et beaux-parents, le texte est reformulé pour étendre cette obligation à des beaux-parents de même sexe.

2. Quant à la réforme de l'adoption

2.1. Quant à l'adoption simple

12. Le projet de loi modifie les dispositions actuelles en matière d'adoption simple pour tenir compte de l'ouverture de cette forme d'adoption aux couples de même sexe.

13. Actuellement la loi prévoit que l'adoption simple peut être demandée par toute personne âgée de plus de vingt-cinq ans.

Lorsque l'adoption est demandée par deux époux, l'un doit être âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt et un ans au moins. Aucune condition d'âge n'est néanmoins requise lorsqu'il s'agit de l'adoption par l'un des époux de l'enfant légitime, naturel ou adoptif de son conjoint.

L'adoptant doit en outre avoir quinze ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter. Si ce dernier est l'enfant de son conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans.

Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire, à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

L'adoption ne peut être demandée avant que l'adopté n'ait atteint l'âge de trois mois. Lorsque la filiation d'un enfant mineur est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit.

Lorsque la filiation d'un enfant mineur n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, celui-ci donne le consentement à l'adoption.

S'il a plus de quinze ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption.

L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits et obligations, notamment ses droits héréditaires.

L'adoptant est seul investi, à l'égard de l'adopté, de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui d'administrer les biens. L'adopté et ses descendants ont dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime sans acquérir cependant la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant.

14. Alors qu'à ce jour l'adoption simple n'est possible que pour deux époux ou pour une personne seule, ces règles sont donc désormais reformulées pour ouvrir l'adoption simple aux adoptants de même sexe.

Précisions aussi encore que les partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, de sexe différent et de même sexe, auront désormais la possibilité d'adopter un enfant.

15. La condition d'âge pour une personne adoptant seule demeure inchangée et reste fixée à 25 ans.

Or, dans l'hypothèse de l'adoption par deux personnes, celles-ci doivent désormais être âgées chacune de 25 ans.

Suivant les auteurs du projet, la différence d'âge n'a plus de raison d'être. Augmenter la condition d'âge à 25 ans pour les deux adoptants correspond à une volonté de garantir la maturité des adoptants ainsi qu'à la volonté de les traiter de façon égalitaire.

16. En ce qui concerne la règle qui veut que le consentement de l'adopté est exigé si celui-ci a plus de quinze ans, il sera désormais prévu que le mineur « capable de discernement » doit consentir personnellement à son adoption.

Les auteurs du projet expliquent que la notion d'« enfant capable de discernement » est reprise de l'article 388-1 du Code civil relatif à l'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts. La notion de discernement restera ainsi soumise à l'appréciation des tribunaux.

Les auteurs du projet expliquent que l'âge de 15 ans semble assez élevé. Bien que l'instauration d'un âge minimum serait bénéfique, le Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille (SSI/CIR) préconise une flexibilité dans les lois afin d'intégrer le consentement des enfants plus jeunes selon l'évolution de leurs capacités. Le droit de l'enfant d'être consulté est un principe bien ancré dans l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 approuvée par le Luxembourg par la loi du 20 décembre 1993 qui dispose: « *Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.* »

17. La loi prévoit actuellement que l'adoption confère à l'adopté le nom de l'adoptant. Avec la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants, la possibilité conférée avant au tribunal de pouvoir décider que l'adopté conservera son nom à la demande d'une des parties avait été supprimée.

Alors que la suppression de cette possibilité ne laisse plus le choix à l'adopté de garder le nom sous lequel il est néanmoins connu depuis toute sa vie et avec lequel il s'identifie, les auteurs du projet proposent donc de réintroduire cette faculté

2.2. Quant à l'adoption plénière

18. A ce jour l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, dont l'un est âgé de vingt-cinq ans, l'autre de vingt et un ans au moins, à condition que les adoptants aient quinze ans de plus que l'enfant qu'ils se proposent d'adopter et que l'enfant à adopter soit âgé de moins de seize ans.

L'adoption peut encore être demandée par un époux au profit de l'enfant de son conjoint, à condition que l'adoptant ait dix ans de plus que l'enfant qu'il se propose d'adopter et que ce dernier soit âgé de moins de seize ans.

Si l'enfant à adopter a plus de 16 ans, mais a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge, l'adoption plénière peut être demandée, si les conditions en sont remplies pendant toute la minorité de l'enfant.

L'adoption plénière confère à l'adopté et à ses descendants les mêmes droits et obligations que s'il était né du mariage des adoptants. Cette filiation se substitue à sa filiation d'origine, et l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang.

Toutefois, l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux.

L'adoption plénière est irrévocable.

19. Alors que l'adoption plénière n'est à ce jour pas ouverte aux couples homosexuels, la terminologie actuelle de l'article 367 du code civil relatif à l'adoption plénière doit être modifiée. Ainsi l'expression « époux non-séparés de corps » sera remplacée par « deux conjoints de sexe différent non-séparés de corps ».

Les conditions d'âge des adoptants sont adaptées aux règles de l'adoption simple : les deux conjoints devront avoir 25 ans.

20. Un nouvel article 367-4 stipulant que « *Une nouvelle adoption peut être prononcée, soit après le décès du ou des adoptants, soit encore après le décès de l'un des adoptants, à condition que la demande soit présentée par le nouveau conjoint de l'adoptant survivant, soit pour des causes graves pouvant justifier une nouvelle adoption dans l'intérêt de l'enfant.* » est ajouté afin de mettre la législation relative à l'adoption plénière en conformité avec l'arrêt no 25/05 du 7 janvier 2005 de la Cour constitutionnelle.

Cet arrêt a notamment décidé que « *l'article 349 du Code civil, en ce qu'il limite la possibilité de l'adoption simple d'un enfant plénièrement adopté aux seules hypothèses de la mort de l'un ou des deux adoptants n'est pas conforme à l'article 10bis de la Constitution.* »

La Cour s'est fondée sur l'article 368 du Code civil afin d'assimiler l'enfant né d'un mariage à un enfant adopté plénièrement par deux époux. Elle a poursuivi son raisonnement en disant que la restriction prévue à l'article 349 créerait « *une disproportion entre la situation de l'enfant plénièrement adopté et celle de l'enfant légitime qui peut bénéficier d'une adoption* ».

Dans sa motivation, la Cour a considéré que « *dans le cas d'une adoption plénière, irrévocable, effaçant tout lien de parenté antérieur de l'adopté et assimilant celui-ci à l'enfant légitime, la loi, en n'admettant comme seule exception à la prohibition édictée que la mort de l'un ou des deux parents adoptifs sans prévoir d'autres causes graves anéantissant l'objectif de la prohibition et pouvant justifier une seconde adoption dans l'intérêt de l'enfant, crée une disproportion entre la situation de l'enfant plénièrement adopté et celui de l'enfant légitime qui peut bénéficier d'une adoption* ».

Le Gouvernement a donc décidé d'ajouter aux deux exceptions anéantissant l'objectif de la prohibition déjà prévues à l'article 349, celle « *soit pour des causes graves pouvant justifier une nouvelle adoption dans l'intérêt de l'enfant* ». Il est donc laissé à l'appréciation du tribunal de juger au cas par cas si une seconde adoption est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La CSL se demande si la situation visée par l'arrêt du 7 janvier 2005 est couverte par la modification proposée par le législateur. Le nouvel article 367-4 du code civil, tel que proposé ne précisera en effet pas que la notion de « nouvelle adoption » couvre aussi l'hypothèse d'une adoption simple. Tel que formulé dans le projet de loi, l'article 367-4 semble régler la question d'une nouvelle adoption plénière après une première adoption plénière.

3. Autres modifications

21. Le projet de loi procède encore à l'adaptation terminologique d'un certain nombre d'autres dispositions légales, afin de les harmoniser suite aux modifications préconisées en matière de mariage et d'adoption ou alors pour garantir une meilleure égalité de traitement entre hommes et femmes.

22. Relevons en outre qu'il est proposé d'étendre la compétence du juge national aux délits prévus aux articles 367-1 et 367-2 du Code pénal aux infractions commises en dehors du territoire luxembourgeois par un luxembourgeois ou par un étranger trouvé au Luxembourg. Dans le cas d'une adoption internationale, ces infractions risquent en effet d'être commises le plus souvent en dehors du Luxembourg. En matière d'adoption internationale, il s'agit ainsi pour le Luxembourg, en tant que pays d'accueil, d'agir activement contre l'enlèvement, la vente et la traite d'enfants.

23. Alors que l'adoption simple est étendue à tous les couples de sexe différent ou de même sexe remplissant les conditions légales, le bénéfice du congé d'accueil leur est aussi attribué.

Il est en outre proposé de remplacer les termes « un enfant non encore admis à la première année d'études primaires » par « un enfant mineur » et ce pour abolir la limite d'âge dans le cas des enfants adoptés. La phase d'attachement peut s'avérer particulièrement délicate dans le cas d'adoption d'enfants qui perdent leur entourage familial, leurs copains d'école, leurs personnes de

référence et qui sont introduits dans un environnement différent. Il paraît ainsi important d'accorder aussi le congé d'accueil dans le cas d'adoption d'enfant plus âgés.

* * *

24. La CSL marque son accord au présent projet de loi.

Elle tient néanmoins à préciser qu'elle n'a pas souhaité aviser le projet de loi du point de vue de la politique sociétale. Raison pour laquelle le présent avis ne contient aucun commentaire quant à l'intérêt, à la nécessité, la justification ou la non-justification société aux des mesures proposées.

La CSL s'exprime néanmoins clairement en faveur du principe d'égalité de traitement et approuve ainsi expressément la suppression d'inégalités de traitement par le présent projet de loi.

Luxembourg, le 11 novembre 2010

Pour la Chambre des salariés,

La direction



René PIZZAFERRI



Norbert TREMUTH

Le président



Jean-Claude REDING

L'avis a été adopté à l'unanimité.