

Madame le Ministre de la Justice
Ministère de la Justice
13, rue Erasme
L-2934 Luxembourg

Luxembourg, le 14 mai 2013

Par courrier
et par e-mail à l'adresse info@mj.public.lu

LETTRE OUVERTE A MADAME LE MINISTRE DE LA JUSTICE

Madame le Ministre,

Nous avons l'honneur de vous écrire en notre qualité de membres de la *European Commission on Sexual Orientation Law* ("ECSOL"), un groupe d'experts qui s'intéresse aux questions juridiques concernant l'orientation sexuelle. Une liste des membres de notre groupe peut être consultée sous l'adresse internet <<http://www.sexualorientationlaw.eu/members/index.html>>.

Nous suivons avec intérêt les projets de loi concernant la réforme du mariage (n° 6172A) et de l'adoption (n° 6172B), projets dont nous nous félicitons en principe. Cependant, il y a un aspect en particulier de ces mesures de réforme qui nous semble problématique.

Parmi les amendements proposés par la Commission juridique de la Chambre des députés (document parlementaire n° 6172A/04), il y a un nouvel article 367-4 du Code civil, qui disposerait que "*L'adoption plénière prévue aux articles 367 et 367-1 ne peut pas être demandée par des conjoints de même sexe.*" Dans sa dépêche du 11 mars 2013 au Président du Conseil d'Etat, le Président de la Chambre des députés précise que cette nouvelle disposition est proposée "[a] *fin de tenir compte de l'approche fondamentale adoptée par le Gouvernement en ce qui concerne l'exclusion de l'adoption plénière dans le chef des conjoints de même sexe [...]*".

Nous regrettons cet amendement proposé par la Commission juridique ainsi que l' "approche fondamentale" du Gouvernement qu'il reflète. En effet, une disposition excluant les couples mariés homosexuels de l'adoption plénière serait contraire à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (la "CEDH"). Par ailleurs, elle isolerait le Grand-Duché de Luxembourg sur le plan international.

Les couples mariés homosexuels, ainsi que leurs enfants, sont dans une situation comparable à celle des couples mariés hétérosexuels et leurs enfants. Bloquer l'accès des couples mariés homosexuels à l'adoption plénière revient à traiter différemment des personnes placées dans des situations comparables.

Selon la Cour de Strasbourg, "[u]ne [...] *différenciation* [dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables] *est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.*" (*X c/ Autriche*, §98)

La Cour de Strasbourg a maintes fois dit que, "*comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves*" (*Schalk et Kopf c/ Autriche*, §97, *Karner c/ Autriche*, §37, *L. et V. c/ Autriche*, §45, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, §90 et *X c/ Autriche*, §99).

Dans le cas de l'adoption, la notion clé qu'on retrouve dans les instruments internationaux pertinents, et notamment à l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, est celle de l'intérêt supérieur de l'enfant (*X c/ Autriche*, §146). Or, rien n'indique que l'adoption plénière par un couple homosexuel marié soit moins dans l'intérêt de l'enfant que l'adoption plénière par un couple hétérosexuel marié.

Dans le récent arrêt du 19 février 2013 dans l'affaire *X c/ Autriche*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a décidé qu'une interdiction en droit national de l'adoption par le second parent dans un couple homosexuel non marié, l'adoption par le second parent dans un couple hétérosexuelle non marié étant permise, était contraire à la CEDH. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a notamment relevé "*l'incapacité du Gouvernement [autrichien] à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le Gouvernement reconnaît que les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale [...]*" (§146).

Si le législateur décidait conformément aux propositions actuelles de la Commission juridique de bloquer l'accès à l'adoption plénière par les couples mariés homosexuels, c'est l'Etat luxembourgeois qui aurait la charge de la preuve concernant l'affirmation qu'une adoption plénière par un couple marié homosexuel serait contraire à l'intérêt de l'enfant dans une éventuelle affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Or, les travaux parlementaires ne contiennent aucun élément permettant de venir à cette conclusion. Aucune étude scientifique ne permet d'affirmer que l'adoption plénière par un couple homosexuel marié est *a priori*, sans considérer les circonstances de l'espèce, contraire à l'intérêt de l'enfant.

Dans son appréciation de la conformité d'une disposition nationale à la CEDH, la Cour de Strasbourg prend souvent le "consensus européen" en compte. A ce titre, il est à noter que parmi les huit Etats membres du Conseil de l'Europe qui ont ouvert le mariage aux couples du même sexe, seul le Portugal a adopté une législation qui restreint l'accès des couples mariés homosexuels à l'adoption. Les projets de loi en voie d'adoption au Royaume-Uni et en France concernant le mariage ne contiennent pas non plus de discrimination concernant l'adoption telle qu'elle est proposée par la Commission juridique. Ladite proposition de la Commission juridique se trouve donc en dehors du "consensus européen".

La CEDH telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg permet aux Etats d'exclure les couples homosexuels du mariage. Cependant, une fois qu'un Etat fait le choix d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, il ne peut pas maintenir des différences de traitement concernant notamment l'adoption qui sont fondées uniquement sur l'orientation sexuelle.

Dans ses arrêts *Maruko* et *Römer*, la Cour de justice de l'Union européenne a qualifié de discriminations directes fondées sur l'orientation sexuelle des différences de traitement entre couples hétérosexuels mariés et couples homosexuels dans un partenariat enregistré si en droit national le mariage et le partenariat enregistré sont des institutions qui mettent leurs bénéficiaires dans une situation comparable. En l'espèce, l'institution dont profiteraient les couples hétéro- et homosexuels selon le projet de loi n° 6172A, c'est-à-dire le mariage, ne les mettent pas dans une situation comparable, mais dans une situation identique. *A fortiori*, le nouvel article 367-4 proposé par la Commission juridique érigerait donc en droit luxembourgeois une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

Si les propositions actuelles de la Commission juridique étaient adoptées, le Luxembourg agirait en violation de ses engagements internationaux et risquerait une condamnation par la Cour de Strasbourg. Indépendamment de toute considération politique, personne ne peut souhaiter ce résultat.

Nous sommes dès lors d'avis que les projets de loi n° 6172A et 6172B doivent être modifiés de façon à ce que les couples mariés homosexuels aient également accès à l'adoption plénière.

La présente est une lettre ouverte. En particulier, copie en est adressée pour information à Monsieur le Président de la Commission juridique et Monsieur le Rapporteur des projets de loi n° 6172A et 6172B.

Nous vous prions d'agréer, Madame le Ministre, l'expression de notre très haute considération.

Helmut Graupner

Paul Borghs m.p.

Hervé Hansen m.p.