



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 5867

Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

Date de dépôt : 11-04-2008

Date de l'avis du Conseil d'État : 17-05-2011

Auteur(s) : Monsieur Luc Frieden, Ministre de la Justice

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
11-04-2008	Déposé	5867/00	<u>4</u>
06-01-2009	Avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg - Dépêche du Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg au Ministre de la Justice (6.1.2009)	5867/01	<u>41</u>
09-02-2009	1) Avis du Procureur Général d'Etat - Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (26.1.2009) 2) Avis du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg 3) Dépêche du Président d [...]	5867/02	<u>50</u>
08-12-2010	Avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (16.11.2010)	5867/03	<u>95</u>
17-05-2011	Avis du Conseil d'Etat (17.5.2011)	5867/04, 5304/03, 5553/03	<u>104</u>
29-12-2011	Avis de la Chambre des Salariés (15.12.2011)	5867/05	<u>119</u>
07-06-2016	Arrêté Grand-Ducal de retrait du rôle des affaires (1.6.2016)	5867/06	<u>131</u>
08-06-2016	Commission juridique Procès verbal (34) de la reunion du 8 juin 2016	34	<u>134</u>
01-06-2016	Commission juridique Procès verbal (33) de la reunion du 1 juin 2016	33	<u>344</u>
20-04-2016	Commission juridique Procès verbal (25) de la reunion du 20 avril 2016	25	<u>353</u>
13-04-2016	Commission juridique Procès verbal (24) de la reunion du 13 avril 2016	24	<u>362</u>
22-03-2016	Commission juridique Procès verbal (21) de la reunion du 22 mars 2016	21	<u>371</u>
15-03-2016	Commission juridique Procès verbal (19) de la reunion du 15 mars 2016	19	<u>382</u>
08-10-2014	Commission juridique Procès verbal (29) de la reunion du 8 octobre 2014	29	<u>389</u>
14-03-2012	Commission juridique Procès verbal (27) de la reunion du 14 mars 2012	27	<u>412</u>
07-03-2012	Commission juridique Procès verbal (24) de la reunion du 7 mars 2012	24	<u>425</u>
29-02-2012	Commission juridique Procès verbal (23) de la reunion du 29 février 2012	23	<u>437</u>
29-02-2012	Commission juridique Procès verbal (22) de la reunion du 29 février 2012	22	<u>444</u>
15-02-2012	Commission juridique Procès verbal (21) de la reunion du 15 février 2012	21	<u>453</u>
14-02-2012	Commission juridique Procès verbal (20) de la reunion du 14 février 2012	20	<u>461</u>
13-02-2012	Commission juridique Procès verbal (19) de la reunion du 13 février 2012	19	<u>473</u>
08-02-2012	Commission juridique Procès verbal (18) de la reunion du 8 février 2012	18	<u>492</u>

Date	Description	Nom du document	Page
08-02-2012	Commission juridique Procès verbal (17) de la reunion du 8 février 2012	17	<u>496</u>
01-02-2012	Commission juridique Procès verbal (16) de la reunion du 1 février 2012	16	<u>504</u>
25-01-2012	Commission juridique Procès verbal (15) de la reunion du 25 janvier 2012	15	<u>515</u>
18-01-2012	Commission juridique Procès verbal (14) de la reunion du 18 janvier 2012	14	<u>524</u>
11-01-2012	Commission juridique Procès verbal (13) de la reunion du 11 janvier 2012	13	<u>534</u>

5867/00

N° 5867

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

* * *

*(Dépôt: le 11.4.2008)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (31.3.2008).....	1
2) Texte du projet de loi.....	2
3) Exposé des motifs	10
4) Commentaire des articles	12

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi relatif à la responsabilité parentale.

Château de Berg, le 31 mars 2008

Le Ministre de la Justice,

Luc FRIEDEN

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Art. I. Les dispositions suivantes du code civil sont modifiées comme suit:

- 1) Dans le Livre Ier au Titre IX, l'intitulé du Titre IX „De l'autorité parentale“ est modifié comme suit:

„Titre IX. – De la responsabilité parentale“

- 2) Dans le Livre Ier, au Titre IX, le Chapitre 1er et l'intitulé du Chapitre 1er „De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant“ comprenant les articles 371 à 381 sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes:

„Chapitre 1er. – De la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant

Section Ire. – Dispositions générales

Art. 371. L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

Il reste sous leur responsabilité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

Art. 372. La responsabilité parentale est l'ensemble des droits et devoirs, ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et de visite.

Les parents associent l'enfant à la prise de décision le concernant en fonction de son âge et de son degré de maturité.

Art. 372-1. Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.

Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur.

Art. 373. L'enfant ne peut quitter la maison familiale sans la permission de ses père et mère et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

Art. 374. L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à ce droit.

A défaut d'accord des parents et si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge des tutelles fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

Section II. – Des principes généraux de l'exercice de la responsabilité parentale

Art. 375. Les père et mère exercent en commun la responsabilité parentale.

Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre parent, celui-ci reste seul investi de l'exercice de la responsabilité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant.

La responsabilité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le juge des tutelles.

Art. 375-1. A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant.

Art. 375-2. Est privé de l'exercice de la responsabilité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause.

Art. 375-3. Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de la responsabilité parentale, l'autre l'exerce seul.

*Section III. – De l'exercice de la responsabilité parentale
par les parents séparés*

Art. 376. La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de la responsabilité parentale.

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge compétent en vertu de l'article 377 qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Art. 376-1. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge compétent en vertu de l'article 377 peut confier l'exercice de la responsabilité parentale à l'un des deux parents.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves.

Ce parent, privé de l'exercice de la responsabilité parentale, conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 372-1.

Art. 376-2. En cas de séparation des parents ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre ou à la personne à laquelle l'enfant est confié.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée visée à l'article 378 ou, à défaut, par le juge compétent en vertu de l'article 377.

Art. 376-3. Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou en partie entre les mains de l'enfant majeur.

Section IV. – De l'intervention du juge des tutelles

Art. 377. Le juge des tutelles est compétent pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre des Titres IX et X du Livre Ier sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce ou de filiation.

En outre, le juge des tutelles est compétent pour statuer dans le cadre de l'article 302 alinéa 2 et de l'article 160bis.

Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents.

Il peut notamment ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire du Grand-Duché de Luxembourg sans l'autorisation des deux parents.

Le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l'article 388-1.

Art. 378. Les parents peuvent saisir le juge, compétent en vertu de l'article 377, afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de la responsabilité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention, sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement.

Art. 378-1. Le juge, compétent en vertu de l'article 377, peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale ainsi que sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Art. 378-2. En cas d'accord des parents sur le choix de la résidence de l'enfant, en application des articles 378 et 378-1, celle-ci peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Toutefois, en cas de désaccord entre les parents sur le choix de la résidence de l'enfant, le juge, compétent en vertu de l'article 377, fixe la résidence habituelle de l'enfant au domicile de l'un d'eux en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

Art. 378-3. En cas de désaccord des parents, le juge compétent en vertu de l'article 377 s'efforce de concilier les parties.

A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de la responsabilité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.

Art. 378-4. Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, le juge compétent en vertu de l'article 377 prend en considération:

- 1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure;
- 2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1;
- 3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre;
- 4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant;
- 5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 378-5.

Art. 378-5. Avant toute décision fixant les modalités d'exercice de la responsabilité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge compétent en vertu de l'article 377 peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.

Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

Art. 378-6. Les dispositions contenues dans la convention homologuée, visée à l'article 378, ainsi que les décisions relatives à l'exercice de la responsabilité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge compétent en vertu de l'article 377, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

Section V. – De l'intervention des tiers

Art. 379. La séparation des parents ne fait pas obstacle à la dévolution de la responsabilité parentale prévue à l'article 375-3, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer la responsabilité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette responsabilité par l'effet du jugement prononcé contre lui.

Néanmoins, le juge, compétent en vertu de l'article 377, peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de la responsabilité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et statue conformément aux articles 378-1 et 378-4.

Dans des circonstances exceptionnelles, le juge, compétent en vertu de l'article 377, qui statue sur les modalités de l'exercice de la responsabilité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette responsabilité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié.

Art. 380. Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, la responsabilité parentale continue d'être exercée par les père et mère; toutefois la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et son éducation.

Le juge, compétent en vertu de l'article 377, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

Art. 380-1. S'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer la responsabilité parentale, il y aura lieu à l'ouverture d'une tutelle ainsi qu'il est dit à l'article 390 ci-dessous.

Art. 380-2. Le tribunal qui statue sur l'établissement d'une filiation peut décider de confier provisoirement l'enfant à un tiers qui sera chargé de requérir l'organisation de la tutelle.

Art. 381. Dans tous les cas prévus au présent titre, la tutelle peut être ouverte lors même qu'il n'y aurait pas de biens à administrer.

Elle est alors organisée selon les règles prévues au Titre X.“

- 3) Dans le Livre Ier, au Titre IX, l'intitulé du Chapitre II „De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant“ est modifié comme suit:

„Chapitre II. – De la responsabilité parentale relativement aux biens de l'enfant“

- 4) Dans le Livre Ier, au Titre IX, au Chapitre II, les articles 383 et 384 sont modifiés comme suit:

„Art. 383. L'administration légale est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun la responsabilité parentale et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge des tutelles, soit par le père, soit par la mère, selon les dispositions du chapitre 1er ci-avant.

La jouissance légale appartient aux père et mère conjointement ou à celui des père et mère qui exerce l'administration légale.

Art. 384. Le droit de jouissance cesse:

1° par les causes qui mettent fin à la responsabilité parentale, ou même plus spécialement par celles qui mettent fin à l'administration légale;

2° par les causes qui emportent l'extinction de tout usufruit.“

- 5) Dans le Livre Ier, au Titre IX, l'intitulé du Chapitre III „De la délégation de l'autorité parentale“ est modifié comme suit:

„Chapitre III. – De la délégation de la responsabilité parentale“

- 6) Dans le Livre Ier, au Titre IX, au Chapitre III, les dispositions des articles 387-1, 387-2, 387-3 alinéas 1 et 2, 387-4, 387-5 et 387-6 sont modifiées comme suit:

„Art. 387-1. Aucune renonciation, aucune cession portant sur la responsabilité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous et lorsque cette renonciation ou cette cession n'est pas contraire aux intérêts de l'enfant.

Art. 387-2. Un tribunal peut, quand il est appelé à statuer sur les droits et obligations de la responsabilité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur, avoir égard aux accords que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement.

Art. 387-3 alinéas 1 et 2. Les père et mère, ensemble ou séparément, le tuteur autorisé par le conseil de famille, ou l'administrateur public peuvent, quand ils ont remis l'enfant mineur à un particulier digne de confiance ou à un établissement agréé à cette fin par arrêté grand-ducal, renoncer en tout ou en partie à l'exercice de la responsabilité parentale. En cas de partage de l'exercice de la responsabilité parentale avec le tiers délégataire, la présomption de l'article 375-1 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire.

En ce cas, délégation, totale ou partielle, de la responsabilité parentale résulte du jugement qui est rendu par le tribunal d'arrondissement sur la requête conjointe des délégants et du délégataire.

Art. 387-4. La délégation de la responsabilité parentale peut aussi avoir lieu quand le mineur a été recueilli sans l'intervention des père et mère ou du tuteur. Mais il faut, dans ce cas, que le particulier ou l'établissement, après avoir recueilli l'enfant, en ait fait la déclaration au procureur d'Etat du lieu. Cette déclaration est faite dans les huit jours.

Le procureur d'Etat, dans le mois qui suit, en donne avis aux père et mère ou au tuteur. La notification qui leur est ainsi faite ouvre un nouveau délai de trois mois à l'expiration duquel, faute par eux de réclamer l'enfant, ils sont présumés renoncer à exercer sur lui leur autorité. Le particulier

ou l'établissement qui a recueilli l'enfant peut alors présenter une requête au tribunal afin de se faire déléguer totalement ou partiellement la responsabilité parentale.

Art. 387-5. Dans le cas où l'enfant est recueilli par un établissement, la délégation de la responsabilité parentale peut opérer soit au profit de la personne morale, soit au profit d'un préposé appartenant au personnel de l'établissement.

Art. 387-6. En cas de délégation de la responsabilité parentale, le juge peut, en considération des ressources des parents, leur imposer la charge de tout ou partie des frais nécessités par le placement.

Lorsque, en cas de délégation volontaire ou forcée, totale ou partielle, de la responsabilité parentale dans les cas visés aux articles 387-3 à 387-5 les frais d'entretien sont en tout ou en partie à la charge directe ou indirecte de l'Etat ou d'une autre personne morale de droit public, ces frais peuvent être récupérés en tout ou en partie sur les père et mère ou, à leur défaut, sur les ascendants, en considération de leurs revenus disponibles."

- 7) Dans le Livre Ier, au Titre IX, l'intitulé du Chapitre IV „De la déchéance de l'autorité parentale“ est modifié comme suit:

„Chapitre IV. – Du retrait total ou partiel de la responsabilité parentale“

- 8) Dans le Livre Ier, au Titre IX, au Chapitre IV, les articles 387-9, 387-10, 387-11 et 387-13 sont modifiés comme suit:

„Art. 387-9. Peuvent se voir retirer totalement la responsabilité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant. Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part de responsabilité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants.

Peuvent se voir retirer totalement la responsabilité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou par un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Il en est de même pour le père ou la mère qui épouse une personne déchue de la responsabilité parentale.

L'action en retrait total de la responsabilité parentale est portée devant le tribunal d'arrondissement, soit par le ministère public, soit par le tuteur de l'enfant.

Art. 387-10. Le retrait total de la responsabilité parentale prononcé en vertu de l'article 387-9 porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à la responsabilité parentale; à défaut d'autre détermination, il s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement. Il emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait.

Le jugement peut, au lieu du retrait total, se borner à prononcer un retrait partiel de la responsabilité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie. Il peut aussi décider que le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale n'aura d'effet qu'à l'égard de certains des enfants déjà nés.

Art. 387-11. Si le retrait total ou partiel est prononcé contre les père et mère ou le survivant d'eux, le juge des tutelles procède à l'organisation de la tutelle.

Si le conseil de famille ne trouve pas la personne à laquelle il estime pouvoir confier la tutelle, le juge des tutelles procède conformément à l'article 433 du code civil.

Art. 387-13. Ceux qui ont encouru le retrait, peuvent, sur leur demande, et en justifiant de circonstances nouvelles, être réintégrés, en tout ou en partie, dans leurs droits par le tribunal du domicile ou de la résidence habituelle de celui à qui ces droits ont été confiés.

Cette demande n'est pas recevable avant l'expiration d'un an à compter du jour où la décision est devenue irrévocable; en cas de rejet de la demande, elle ne pourra être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an. Aucune demande ne sera recevable, lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption."

- 9) Dans le Livre Ier, au Titre X, au Chapitre II, les dispositions des articles 389, 389-1, 389-2, 389-4, 389-5, 389-6, 389-7, 390 alinéa 1 et 443 sont modifiées comme suit:

„**Art. 389.** Si la responsabilité parentale est exercée en commun par les deux parents, ceux-ci sont administrateurs légaux des biens de leurs enfants mineurs non émancipés. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce la responsabilité parentale.

En cas de désaccord entre le père et la mère exerçant conjointement l'administration légale, la décision est prise par le juge des tutelles, saisi à la requête de l'un d'eux, l'autre entendu ou dûment convoqué.

Art. 389-1. L'administration légale est pure et simple quand les deux parents exercent en commun la responsabilité parentale.

Art. 389-2. L'administration légale est placée sous le contrôle du juge des tutelles lorsque l'un ou l'autre des deux parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de la responsabilité parentale; elle l'est également, en cas d'exercice unilatéral de la responsabilité parentale.

Art. 389-4. Dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation.

Art. 389-5. Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

A défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles.

Les administrateurs ne peuvent, même d'un commun accord, ni échanger, avec ou sans soulte, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter d'emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles. La vente des immeubles et le partage des biens appartenant en tout ou en partie à un mineur se feront conformément aux dispositions spéciales réglant la matière.

Si l'acte cause un préjudice au mineur, les parents en sont responsables solidairement.

Art. 389-6. Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, l'administrateur doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Il peut faire seul les autres actes.

Art. 389-7. Les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur, et sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre „De la responsabilité parentale“, notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens.“

„**Art. 390 alinéa 1.** La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de la responsabilité parentale.“

„**Art. 443.** Sont exclus ou destitués de plein droit des différentes charges de la tutelle:

1° ceux qui ont été condamnés à une peine criminelle ou à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit par application des articles 11 à 13 du code pénal.

Ils pourront, toutefois, être admis à la tutelle de leurs propres enfants, sur avis conforme du conseil de famille.

2° ceux qui ont été déchus de la responsabilité parentale.“

- 10) Dans le Livre Ier, au Titre VIII, au Chapitre I, à la Section II, les dispositions des articles 351 alinéa 2, 351-2 alinéa 1 et 360 sont modifiées comme suit:

„**Art. 351 alinéa 2.** Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou s'il a perdu ses droits de responsabilité parentale, le consentement de l'autre suffit.“

„**Art. 351-2 alinéa 1.** Lorsque les père et mère de l'enfant mineur sont décédés, s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou s'ils ont perdu leurs droits de responsabilité parentale, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant.“

„**Art. 360.** L’adoptant est seul investi, à l’égard de l’adopté, de tous les droits de la responsabilité parentale, inclus celui d’administrer les biens et de consentir au mariage de l’adopté.

Lorsque l’adoption a été faite par deux époux ou que l’adoptant est le conjoint du père ou de la mère de l’adopté, les droits visés à l’alinéa qui précède sont exercés par le ou les adoptants suivants les dispositions des Titres IX et X du Livre Ier.

Lorsqu’il n’y a qu’un adoptant ou que l’un des deux adoptants décède, il y a lieu à administration sous contrôle judiciaire.

Lorsque l’adoptant ou le survivant des adoptants décède, est déclaré absent ou perd l’exercice de la responsabilité parentale, il y a lieu à ouverture d’une tutelle.“

- 11) Dans le Livre Ier, au Titre III, l’article 108 est modifié comme suit:

„**Art. 108.** Le mineur non émancipé est domicilié chez ses père et mère.

Si les père et mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside.

Le majeur incapable est domicilié chez son tuteur.“

- 12) Dans le Livre Ier, au Titre VI, au Chapitre IV, l’article 302 est modifié comme suit:

„**Art. 302.** Le tribunal statuant sur le divorce confiera soit aux deux parents l’exercice de la responsabilité parentale commune sur les enfants, soit à l’un ou à l’autre des parents la responsabilité parentale, suivant ce qu’exigera l’intérêt des enfants, conformément aux articles 376 à 376-1 et 389, soit à une tierce personne, parente ou non, conformément à l’article 379.

En cas de divorce prononcé sur base des articles 229, 230, 231 et en cas de divorce par consentement mutuel, le juge des tutelles pourra toujours, dans la suite, déterminer, modifier ou compléter les modalités d’exercice de la responsabilité parentale pour le plus grand avantage de l’enfant.

Un droit de visite et d’hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des père et mère qui n’exerce pas la responsabilité parentale.

Le tribunal peut notamment ordonner l’inscription sur le passeport des parents de l’interdiction de sortie de l’enfant du territoire du Grand-Duché de Luxembourg sans l’autorisation des deux parents.

Dans l’intérêt des enfants mineurs, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l’article 388-1.“

- 13) Dans le Livre Troisième, au Titre IV, au Chapitre II, les dispositions de l’article 1384 alinéa 2 sont modifiées comme suit:

„**Art. 1384 alinéa 2.** Le père et la mère, en tant qu’ils exercent la responsabilité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs résidant avec eux.“

- 14) Dans le Livre Ier, au Titre V, au Chapitre Ier, les dispositions de l’article 160bis sont modifiées comme suit:

„**Art. 160bis.** Lorsque dans les cas prévus aux articles 148 à 150, 158 à 160, le consentement au mariage d’un enfant mineur est refusé, le juge des tutelles peut, sur la demande du Procureur d’Etat ou de l’un des parents ou des deux, autoriser l’enfant à contracter mariage s’il juge le refus abusif.

Le juge des tutelles est saisi conformément aux dispositions des articles 1047 et suivants du nouveau code de procédure civile.“

Art. II. Dans la Deuxième Partie du nouveau code de procédure civile, au Livre Ier, au Titre XII, les dispositions suivantes sont modifiées comme suit:

- 1) L’intitulé du Titre XII „De la tutelle et de l’autorité parentale“ est modifié comme suit:

„*Titre XII. – De la tutelle et de la responsabilité parentale*“

- 2) Au paragraphe Ier, les dispositions des articles 1047 et 1048 sont modifiées comme suit:

- a) A l’article 1047 la première phrase de l’alinéa 2 est modifiée comme suit:

„**Art. 1047 alinéa 2.** Dans les cas prévus aux articles 377 et 389-5 du code civil, le juge de tutelles, saisi à la requête de l’un des père et mère, convoquera les parties à comparaître devant lui.“

b) A l'article 1048 les alinéas 2 et 3 sont modifiés comme suit:

„**Art. 1048 alinéa 2.** En outre, dans le cas de l'article 389-5 du code civil, elles sont notifiées au parent qui n'a pas consenti à l'acte et, dans le cas de l'article 468 du même code, au subrogé tuteur.“

„**Art. 1048 alinéa 3.** Dans le cas prévu à l'article 377 du code civil la décision est notifiée au père et à la mère.“

3) L'intitulé du Paragraphe II „De la délégation et de la déchéance de l'autorité parentale“ est modifié comme suit:

„*Paragraphe II. De la délégation et du retrait de la responsabilité parentale*“

4) Au paragraphe II, les dispositions des articles 1063 alinéa 1, 1067 alinéa 1, 1069, 1070 alinéa 1, 1073, 1074 alinéa 1, 1075 alinéa 1, 1078 alinéa 1 et 1079 sont modifiées comme suit:

„**Art. 1063 alinéa 1.** L'action aux fins de délégation partielle ou totale de la responsabilité parentale est portée devant le tribunal d'arrondissement du domicile ou de la résidence habituelle du mineur.“

„**Art. 1067 alinéa 1.** Pendant l'instance, le tribunal peut ordonner toute mesure provisoire relative à l'exercice de la responsabilité parentale qu'il juge utile.“

„**Art. 1069.** Un extrait sommaire de toute décision de délégation partielle ou totale de la responsabilité parentale ainsi que de toute décision y mettant fin est transmis au parquet général à fin de conservation au répertoire civil et d'inscription dans un fichier.“

„**Art. 1070 alinéa 1.** L'action en retrait de la responsabilité parentale est intentée par le ministère public devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile, du domicile ou de la résidence du père ou de la mère. A défaut de domicile ou de résidence connus au pays du père ou de la mère, l'action est portée devant le tribunal de l'arrondissement dans lequel se trouvent les enfants.“

„**Art. 1073.** En tout état de cause, le tribunal peut, d'office ou à la requête des parties, prendre toutes les mesures provisoires relatives à l'exercice de la responsabilité parentale qu'il juge utiles. Il peut de même, en tout état de cause, révoquer ou modifier ces mesures.“

„**Art. 1074 alinéa 1.** Une expédition de tout jugement qui a prononcé le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale est aussitôt transmise par les soins du procureur d'Etat au juge des tutelles dans le ressort duquel les père et mère avaient leur dernier domicile ou leur dernière résidence.“

„**Art. 1075 alinéa 1.** Les dispositions des articles 1066 et 1067 sont applicables à la procédure relative au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale.“

„**Art. 1078 alinéa 1.** Les père, mère ou ascendant, ainsi que le ministère public, peuvent se pourvoir en cassation contre l'arrêt rendu sur l'action en retrait total ou partiel. Le recours est introduit, instruit et jugé comme en matière correctionnelle. Le délai pour se pourvoir est de quinze jours à partir de la notification.“

„**Art. 1079.** Un extrait sommaire de toute décision de retrait total ou partiel de la responsabilité parentale ainsi que de toute décision y mettant fin est transmis au parquet général à fin de conservation au répertoire civil et d'inscription dans un fichier.“

Art. III. Disposition abrogatoire

Le règlement grand-ducal du 31 juillet 1979 déterminant la procédure à suivre devant le tribunal de la jeunesse lorsqu'il est saisi en application de l'article 302, alinéa 2 du code civil est abrogé.

Art. IV. Dispositions diverses et transitoires

A. Dans toutes les dispositions légales et réglementaires en vigueur au moment où la présente loi prend effet, l'expression „autorité parentale“ est remplacée par celle de „responsabilité parentale“.

B. Dispositions transitoires

1) Les dispositions de la présente loi s'appliquent à tout enfant né après l'entrée en vigueur de la présente loi et à toute procédure judiciaire introduite après l'entrée en vigueur de la présente loi, pour autant que la loi luxembourgeoise soit applicable et sous réserve des dispositions qui suivent.

- 2) En ce qui concerne les enfants mineurs nés hors mariage dont la filiation est légalement établie à l'égard de la mère et du père avant l'entrée en vigueur de la présente loi, les parents pourront opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune, en procédant à une déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

La déclaration conjointe doit être faite dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

- 3) En ce qui concerne les enfants mineurs nés hors mariage dont la filiation est légalement établie à l'égard d'un parent avant l'entrée en vigueur de la présente loi et à l'égard de l'autre parent après l'entrée en vigueur de la présente loi, les parents pourront opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune, en procédant à une déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

La déclaration conjointe doit être faite dans le délai d'un an à compter de l'établissement de la deuxième filiation après l'entrée en vigueur de la présente loi.

- 4) En ce qui concerne les procédures judiciaires introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi, les parents peuvent durant l'instance en cours opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune à l'égard de leurs enfants.

A cet effet une déclaration conjointe peut être faite devant le juge ou la juridiction compétente saisie de l'instance en cours.

- 5) En ce qui concerne les décisions judiciaires ayant statué sur la responsabilité parentale et passées en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur de la présente loi, les parents peuvent opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune à l'égard de leurs enfants mineurs en faisant une déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

La déclaration conjointe doit être faite dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. V. Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit sa publication au Mémorial.

*

EXPOSE DES MOTIFS

La réforme relative à la responsabilité parentale s'impose pour différentes raisons qu'on peut classer en deux grandes catégories:

– La première tient au poids des faits. Elle comporte elle-même plusieurs aspects:

En effet, le mariage est entré en concurrence avec d'autres formes d'unions. Si, à l'origine, le droit de la responsabilité parentale a été codifié autour du mariage, le contexte se trouve aujourd'hui entièrement rénové. Certes, quantitativement, le mariage domine encore, mais pas de façon considérable. Familles en mariage et familles hors mariage constituent donc les réalités à gérer présentement et en fonction des situations de fait, la ressemblance entre les unes et les autres est plus ou moins marquée.

En outre, le fait que l'Europe ne comporte plus les frontières intérieures de jadis, que les familles mêlent parfois les nationalités et cela d'autant plus facilement que les carrières professionnelles sont volontiers entreprises à l'étranger, que les mères travaillent comme les pères, qu'évolue à la hausse le nombre des séparations parentales suivies ou non de reconstitution familiale emportant la fondation d'une nouvelle famille en mariage ou hors mariage avec un conjoint ou un partenaire qui est de même nationalité ou non, que les grands-parents vivent jusqu'à un âge plus reculé et soient prêts à être associés à l'éducation voire à la prise en charge matérielle de leurs petits-enfants et notamment à l'occasion d'une séparation entre père et mère, qu'on constate une maturité plus développée chez les jeunes gens, voilà quelques facteurs qui contribuent à modifier plus ou moins substantiellement le contexte de la réflexion sur la responsabilité parentale de nos jours.

– A cela s'ajoute la part croissante du droit communautaire qui investit désormais le droit de la famille (notamment le Règlement „Bruxelles II“ et l'extension envisagée „Bruxelles IIbis“) et l'in-

fluence des conventions internationales. On aborde ainsi la deuxième catégorie de raisons: les raisons juridiques liées à la hiérarchie des normes. Qu'il s'agisse des constitutions ou des conventions et accords internationaux, ces règles supérieures à la loi interne imposent des principes fondamentaux en droit des personnes et de la famille et peuvent assigner des objectifs aux politiques législatives en ce domaine. On citera aussi bien les principes d'égalité entre homme et femme, entre le père et la mère, entre les enfants nés en mariage ou hors mariage, ou le droit pour chacun à une vie privée et familiale, ou encore le droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec chacun de ses père et mère.

Confronté au poids des faits et lié par les engagements internationaux, le législateur est conduit à procéder à une réforme dans le domaine de la responsabilité parentale.

On peut s'interroger sur le sens de la notion même de responsabilité parentale.

Certains pays font mentionner que les devoirs des parents passent avant leurs droits, alors que d'autres font prévaloir les droits sur les devoirs.

Cependant, en définitive, tous s'accordent pour reconnaître que les prérogatives et les obligations des père et mère tendent à leur permettre d'assumer leur responsabilité parentale et cela, dans l'intérêt de l'enfant.

Ce n'est dès lors pas un hasard si c'est dans les textes internationaux assurant la promotion des valeurs démocratiques et la protection des droits de l'homme que s'est trouvé originairement affirmé le principe juridique de la responsabilité éducative commune des deux parents.

Le 8 juillet 1986, le Parlement européen a voté une résolution dans laquelle il fait appel aux tribunaux des pays membres, de veiller avant tout au bien-être des enfants principalement lors de l'attribution de la garde de ceux-ci et d'assurer la coresponsabilité des parents dans l'éducation des enfants même après la séparation des parents en recourant le plus possible à la garde conjointe.

Depuis la proclamation de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant signée à New York le 20 novembre 1989, un droit commun de l'enfance a été fondé incluant l'écoute de l'enfant. Cette convention a été approuvée par la loi du 20 décembre 1993 au Luxembourg.

En considération de ce qui précède, le Gouvernement entend prendre en considération autant le père que la mère, sans omettre l'enfant, chacun pour lui-même et tous ensemble pour la famille qu'ils forment. Ils visent à favoriser l'épanouissement de la vie familiale créée entre eux et à la protéger contre les atteintes portées par l'un d'eux ou par des tiers. Ils tendent à préserver les liens et les relations entre l'enfant et chacun de ses père et mère, y compris après la rupture quand ceux-ci avaient eu une vie commune en mariage ou en concubinage.

Le Gouvernement a donc été amené à s'orienter vers un système de coparentalité par-delà la rupture du couple. Il s'agit de consacrer l'exercice en commun de la responsabilité parentale par les père et mère, que la famille soit fondée sur le mariage ou non et par-delà la rupture du couple le cas échéant. Dans ce système les père et mère sont et demeurent parents autant l'un que l'autre et peu importe qu'ils soient ou aient été mariés ou non. Ils partagent l'autorité et la responsabilité liées à la paternité et à la maternité. L'absence de cohabitation entre eux ou la cessation de celle-ci n'élève pas d'obstacle radical à la coparentalité si ce n'est des aménagements qui peuvent s'avérer nécessaires lorsqu'ils ne partagent pas un même toit auprès de leur enfant. La coparentalité après la séparation, c'est le prolongement évident du partage des tâches et l'égalité des responsabilités.

Un des traits majeurs de l'évolution actuelle consiste donc à rechercher autant que possible un équilibre dans la participation de chacun des père et mère à l'exercice de la responsabilité parentale et ceci en vertu du principe de l'égalité parentale et du principe de non-discrimination.

Les législations relatives à la responsabilité parentale ont évolué en ce sens dans nos pays voisins:

En 1997, l'Allemagne a instauré la responsabilité parentale conjointe en cas de séparation durable entre les parents.

En Belgique, une loi consacrant l'autorité parentale conjointe a été votée le 13 avril 1995.

La France, quant à elle, a changé sa législation à ce sujet le 4 mars 2002 par la loi No 2002-305 et a fait de l'autorité parentale commune le principe.

De plus, les mentalités ont profondément évolué au sujet de l'hébergement alterné d'un enfant chez chacun de ses parents. Il s'inscrit dans une conception plus égalitaire du rôle des parents, où mère et père sont appelés à des tâches égales.

C'est dans cette optique que le projet de loi a entendu introduire le concept de résidence alternée.

L'objectif de ce projet de loi consiste, en outre, à procéder à une restructuration partielle du chapitre relatif à la responsabilité parentale de manière à clarifier ce thème d'une importance majeure et touchant à plusieurs domaines de droit civil.

Le Gouvernement a entendu, à part remplacer les notions d'autorité parentale par celles de responsabilité parentale, maintenir la subdivision du Titre IX. „De la responsabilité parentale“ en quatre chapitres: les deux premiers traitant de la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant, respectivement de la responsabilité parentale relativement aux biens de l'enfant, et les deux derniers relatifs à la délégation de la responsabilité parentale et au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale.

Par contre, pour plus de clarté, le chapitre Ier a été subdivisé en cinq sections différentes relatives aux dispositions générales, aux principes généraux de l'exercice de la responsabilité parentale, à l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés, à l'intervention du juge des tutelles et à l'intervention des tiers. Ces cinq sections permettent une meilleure structuration des différents aspects tenant à la responsabilité parentale et aux différents intervenants en cette matière.

Toute cette restructuration aboutit à une renumérotation des articles de ce chapitre.

Il est à noter que les termes de l'actuel titre du chapitre III „De la déchéance de l'autorité parentale“ ont été remplacés par les termes „Du retrait total ou partiel de la responsabilité parentale“ qui tout en ayant les mêmes effets enlèvent cependant quelque peu ce caractère trop péjoratif qui est attaché à la notion de déchéance.

Le Gouvernement a jugé utile de procéder par la même occasion à la modification de certains autres articles du code civil et du nouveau code de procédure civile étant donné les larges ramifications que le projet de loi entraîne dans ces autres matières.

Les auteurs du projet entendent préciser que la réforme fondamentale de l'instauration de la responsabilité parentale conjointe des père et mère, quelque soit leur statut matrimonial, s'applique à tous les enfants qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage.

La terminologie relative à la „filiation légitime ou naturelle« ou à un „enfant légitime ou naturel“ qui, à l'heure actuelle, ne semble plus appropriée, n'a pas été modifiée dans ce projet-ci. Pour sa révision, il est renvoyé à la réforme du droit de la filiation dont l'élaboration est en cours et qui sera finalisée pour le premier semestre 2008.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article I.

Tous les articles du code civil qui font l'objet de modifications sont regroupés dans cet article I par opposition à l'article II qui opère les modifications tenant au nouveau code de procédure civile.

1) Les termes „autorité parentale“ figurant dans l'intitulé du Titre IX „De l'autorité parentale“ du Livre Ier sont remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

En effet, vu l'influence croissante du droit communautaire dans le domaine de la Justice, y compris du droit de la famille, le Gouvernement entend aligner les termes de la législation luxembourgeoise sur ceux de la législation européenne qui utilise l'expression „responsabilité parentale“.

La législation française, quant à elle, continue d'utiliser les termes „autorité parentale“, ce qui s'explique par le fait que la nouvelle loi relative à l'autorité parentale a déjà été votée en 2002, alors que l'entrée en vigueur du Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale est postérieure.

Il convient de préciser, en outre, que l'expression „responsabilité parentale“ couvre non seulement la responsabilité relative à la personne de l'enfant, mais aussi celle relative aux biens de l'enfant.

2) Dans le Livre Ier au Titre IX, le Chapitre 1er et son intitulé „De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant“ comprenant les articles 371 à 381 sont remplacés par de nouvelles dispositions.

Le Gouvernement entend introduire de profonds changements relatifs à la responsabilité parentale et une restructuration complète de ce chapitre a semblée opportune.

La modification des termes „autorité parentale“ est une suite logique découlant directement des réformes en matière de responsabilité parentale au niveau international et, plus spécialement, au niveau européen.

L'expression „responsabilité parentale“, qui s'inspire de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, est substituée à celle de „d'autorité parentale“.

Cette notion a également déjà été utilisée par la *Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants* et englobe des institutions ayant globalement la même fonction, comme l'autorité parentale ou la puissance paternelle, mais dont la terminologie n'a pas été harmonisée avec la *Convention des droits de l'enfant*.

Le terme de responsabilité parentale couvre l'ensemble des droits et devoirs qui appartiennent aux père et mère en vertu de la loi, en vue d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement. Cette responsabilité s'étend non seulement à la personne des enfants mineurs (garde, éducation, fixation de la résidence, surveillance notamment des relations de l'enfant), mais aussi à leurs biens (administration légale, représentation). En effet, le texte entend englober également des institutions comme la tutelle, la curatelle et l'administration légale.

La responsabilité parentale est exercée normalement par les parents, mais elle peut l'être en tout ou en partie par des tiers, en cas de décès, d'incapacité, d'inaptitude ou d'indignité des parents, ou en cas d'abandon de l'enfant par ses parents.

Le Gouvernement s'est inspiré dans le présent projet dans une large mesure de la législation française en vigueur en matière de responsabilité parentale, aussi bien quant à la structure que quant au contenu, tout en maintenant certaines dispositions spécifiques au droit luxembourgeois.

Chapitre Ier.– De la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant

Une *section Ire* intitulée „Dispositions générales“ est introduite qui regroupe les articles 371 à 374.

L'article 371 du code civil reprend les termes de l'actuel article 371.

En outre, l'actuel alinéa 1 de l'article 372 du code civil devient l'alinéa 2 de l'article 371 et n'appelle pas d'autres commentaires, mis à part le fait que le terme „autorité“ a été remplacé par celui de „responsabilité“. Il semble adéquat de regrouper ces textes.

L'article 372 a non seulement pour objet de remplacer les termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“, mais également de donner une nouvelle définition de la responsabilité parentale.

L'objectif de cet article est de rappeler à chacun des parents ses droits et ses devoirs découlant de la responsabilité parentale et leur finalité, qui réside dans l'intérêt de l'enfant.

Cet article permet de mettre en application l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui dispose que: „La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant“.

La responsabilité parentale est définie comme un ensemble de droits et de devoirs attribués aux parents pour protéger ce dernier. Cette notion de responsabilité parentale englobe non seulement les droits qu'ont les parents vis-à-vis de leurs enfants, mais également les obligations qu'ils ont à leur égard.

Cette notion comprend également le droit de garde et de visite.

En France, il n'est plus fait référence à la notion de garde, les auteurs de la loi relative à l'autorité parentale ayant estimé que cette notion a été source de confusion, la garde ne constituant qu'un des aspects de l'autorité parentale. A ainsi disparu la disposition figurant à l'article 371-1 du code civil français conférant aux parents de l'enfant „le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation“. La notion de garde pouvait être définie comme le droit de fixer la résidence de l'enfant, le fait de l'avoir avec soi, par opposition à la notion de surveillance définie comme le droit de le prendre en charge.

Le Gouvernement luxembourgeois a préféré cependant s'aligner sur les dispositions contenues dans les législations européennes ou internationales qui ont non seulement adopté l'expression „responsabilité parentale“, mais ont maintenu les termes de „droit de garde et de visite“. En effet, la part croissante du droit communautaire qui investit désormais le droit de la famille (notamment le Règlement „Bruxelles II bis“ No 2201/2003) et l'influence des conventions internationales, telle que la Convention de La Haye de Droit International Privé de 1996, (qu'il s'agisse des constitutions ou des conventions et accords internationaux) imposent, par respect de la règle de la hiérarchie des normes, des principes fondamentaux en droit des personnes et de la famille et peuvent assigner des objectifs aux politiques législatives en ce domaine.

„La responsabilité parentale est définie comme un ensemble de droits et devoirs, ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et de visite.“

Au niveau européen, et plus particulièrement dans les dispositions du Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) 1347/2000, le droit de garde est défini comme les droits et obligations portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décider de son lieu de résidence.

Il s'agit en l'occurrence de la prise en charge de l'enfant, d'assurer ses soins, mais aussi et surtout de vivre auprès de l'enfant et d'entretenir avec lui une relation d'attachement.

Cette fonction implique que le parent qui exerce la responsabilité parentale prenne, dans la vie quotidienne de l'enfant, les décisions éducatives qui sont liées à la présence de l'enfant chez lui ou auprès de lui.

Le devoir de protection de la sécurité de l'enfant permet aux parents de déterminer le lieu où il vivra. L'enfant est, en principe, domicilié à la résidence de ses père et mère.

Parmi les droits et obligations des parents figure le devoir d'éducation qui consiste à prendre les décisions importantes relatives à l'entretien, l'éducation et la formation de l'enfant, c'est-à-dire les décisions qui ne sont pas liées à la vie quotidienne de l'enfant et qui ne se rattachent dès lors pas à l'exercice de la garde de l'enfant.

Le droit de visite est défini au niveau européen comme le droit d'emmener l'enfant pour une période déterminée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

Le dernier alinéa de cet article dispose que les parents associent l'enfant aux décisions le concernant en fonction de son âge et de sa maturité.

Cette disposition s'inspire directement de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui oblige les Etats parties à garantir „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“. Elle est à rapprocher de l'article 388-1 du code civil, qui prévoit que le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant.

Est affirmée ainsi l'exigence d'une mise en oeuvre, au sein de la famille, d'une „démocratie parentale“: les décisions qui concernent l'enfant capable de discernement doivent, dans la mesure du possible, recueillir son adhésion.

Article 372-1.

Cet article prévoit expressément l'obligation pour les parents de contribuer financièrement à l'entretien et à l'éducation des enfants.

En effet, l'alinéa 1er précise que chacun des parents est tenu de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre, ainsi que des besoins de l'enfant.

A l'heure actuelle, l'obligation des parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants n'est prévue de manière explicite que dans le cadre de la famille „légitime“ issue des liens du mariage. Elle figure à l'article 203 du code civil selon lequel: „les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants“. L'article 213 du code civil prévoit, en outre, que les époux concourent „à élever les enfants et à préparer leur établissement“.

En application de l'article 214, les époux doivent contribuer à cette charge à proportion de leurs facultés respectives, sauf disposition contraire d'une convention matrimoniale.

La jurisprudence a élargi cette obligation aux parents d'enfants nés hors mariage, étant donné qu'ils sont sur un pied d'égalité avec les enfants nés dans le mariage dans leur rapport avec les père et mère.

Dans le cadre du divorce, les articles 303, respectivement 303-1 du code civil prévoient déjà que les père et mère sont tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de leurs ressources, même si les enfants sont majeurs, en cas d'études en cours ou en cas d'infirmité.

Le Gouvernement a entendu généraliser à l'alinéa 1 de cet article l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation à tous les père et mère, quelque soit leur statut, qu'ils soient mariés ou non, séparés ou non.

Cette obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation n'est pas liée à l'exercice de la responsabilité parentale, mais au fait d'être parent.

L'alinéa 2 indique que cette obligation perdure, en tant que de besoin, lorsque l'enfant est majeur.

L'abaissement de la majorité à 18 ans combiné à l'accroissement de la durée des études tend à donner une importance croissante à l'entretien des enfants majeurs par leurs parents.

Dans nos pays voisins les recours des enfants contre leurs parents sont de plus en plus fréquents. Les bourses d'études sont, en effet, le plus souvent accordées en fonction des revenus des parents. Certains jeunes adultes ne pouvant obtenir une bourse du fait des ressources trop élevées de leurs parents poursuivent eux-mêmes ces derniers en justice pour obtenir une contribution que leurs parents refusent de leur accorder.

La jurisprudence assigne aux parents le devoir de continuer à poursuivre le financement des études de leurs enfants, à proportion de leurs moyens. Les juridictions vérifient cependant le caractère sérieux des études poursuivies et les possibilités réelles qu'elles offrent de procurer effectivement une profession à l'enfant.

L'expression „ne cesse pas de plein droit“ prévue à l'alinéa 2 du nouvel article doit être regardée à la lumière de cette jurisprudence.

En outre, il y a lieu de ne pas perdre de vue que l'alinéa 2 s'applique également aux cas d'enfants restant à charge des parents pour cause d'infirmité.

Article 373.

Dans cet article, qui reprend partiellement la philosophie de l'actuel article 373, il y a lieu de remplacer les termes „maison paternelle“ par les termes „maison familiale“.

En effet, la loi du 6 février 1975 ayant aboli la puissance paternelle et ayant consacré l'autorité parentale commune pendant le mariage, ce changement de terminologie s'impose.

Le Gouvernement a entendu supprimer le bout de phrase relatif à l'intervention du juge des tutelles en cette matière. En effet, les dissentiments relatifs à la responsabilité parentale relevant, sauf exceptions, de la compétence du juge des tutelles comme énoncé ci-après à l'article 377 de la section IV de ce chapitre, il est superfluetatoire de mentionner l'intervention du juge des tutelles à cet endroit.

Par contre, il a été jugé nécessaire de préciser que l'enfant ne peut être retiré de la maison familiale *que dans les cas déterminés par la loi.*

Article 374.

La philosophie de l'article 374 consiste à mettre en évidence le droit de l'enfant et son intérêt.

Le droit d'entretenir des relations avec les grands-parents existe déjà sous la législation actuelle, mais l'accent est mis actuellement sur l'interdiction faite aux parents de l'enfant de faire obstacle à de telles relations, sauf à invoquer l'intérêt de l'enfant. La notion de „motifs graves“ n'est plus maintenue car, d'après la jurisprudence française, elle est de nature à susciter des conflits au sein de la famille, qui sont traumatisants pour l'enfant. Il est donc préconisé de la remplacer par le seul critère de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, dans la nouvelle rédaction de l'alinéa 1 de cet article, l'intérêt de l'enfant, ainsi que son droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, sont mis en évidence. Sont visés l'ensemble de ses ascendants, dont font partie les membres des deux lignées.

Il est indéniable qu'il est bénéfique pour l'enfant de fréquenter ses ascendants dans la mesure où ceux-ci représentent un élément de stabilité important lors de la séparation des parents et ont un rôle actif à jouer dans l'éducation de l'enfant.

Etant donné que le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants a été ainsi généralisé par la rédaction du nouvel article 374 et que seul l'intérêt de l'enfant peut y faire obstacle, il n'a pas semblé nécessaire de faire référence à l'intervention du juge comme c'est le cas actuellement. En effet, les dissentiments relatifs à la responsabilité parentale relèvent, sauf exceptions, de la compétence du juge des tutelles et sont traités à la section IV de ce chapitre.

Il est à relever que le Gouvernement approuve non seulement un élargissement des possibilités de relations avec la famille, mais aussi avec les tiers, ce qui se reflète à l'alinéa 2 de cet article qui traite des relations avec les tiers. Eu égard aux tendances actuelles de recrudescence des familles recomposées, il faut admettre que des conjoints non-parents accomplissent de fait des actes quotidiens relatifs à l'éducation de l'enfant.

Sans vouloir aller jusqu'à créer un véritable droit des tiers à entretenir des relations avec l'enfant, cet alinéa supprime néanmoins la nécessité de circonstances exceptionnelles et il ne vise plus de façon restrictive un droit de correspondance ou un droit de visite. Il indique plutôt qu'en considération de l'intérêt de l'enfant, le juge peut fixer les modalités des relations avec un tiers, parent ou non.

L'alinéa 2 remplace donc la prise en considération d'une „situation exceptionnelle“ par la notion „d'intérêt de l'enfant“ comme critère de l'appréciation par le juge, des modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, à partir du moment où il aura constaté que cette relation répond à l'intérêt de l'enfant. Le juge restera, en tout état de cause, maître de la constatation de cet intérêt.

Cet article permet de valider des situations se présentant actuellement sans aucune base juridique, ne serait-ce que le droit d'aller chercher un enfant à l'école par exemple.

Une *section II* intitulée „*Des principes généraux de l'exercice de la responsabilité parentale*“ est introduite.

Section II. – Des principes généraux de l'exercice de la responsabilité parentale

Article 375.

A travers la réécriture de cet article les règles de dévolution de l'exercice de la responsabilité parentale sont modifiées.

En effet, sous le droit actuel, les règles d'attribution de la responsabilité parentale varient selon la situation matrimoniale des parents, c'est-à-dire selon que la filiation établie est *légitime ou naturelle*. Dans ce dernier cas, l'attribution de la responsabilité parentale sur l'enfant né hors mariage est fixée à l'article 380 du code civil. Même si le père et la mère ont reconnu l'un et l'autre l'enfant, la mère a le monopole de la responsabilité parentale et le père nécessite le consentement de la mère qui se traduit par une déclaration conjointe devant le juge des tutelles pour pouvoir exercer la responsabilité parentale sur son enfant. D'où une inégalité entre parents que la Cour Constitutionnelle avait condamnée dans un arrêt du 29 mars 1999 comme non conforme au principe d'égalité inscrit à l'article 11(2) de la Constitution.

Dorénavant les termes de l'article 375 alinéa 1 énoncent le principe que la responsabilité parentale est exercée en commun par les père et mère, quelque soit leur condition juridique.

Ceci ne pose pas de problèmes en ce qui concerne les enfants nés dans le mariage que les parents soient mariés, divorcés ou séparés.

En revanche, en ce qui concerne les enfants nés hors mariage la question se pose différemment. En effet, la divisibilité de la filiation hors mariage oblige à faire une distinction, selon que la filiation de l'enfant est établie à l'égard de chacun de ses père et mère ou seulement à l'égard de l'un d'eux.

Dorénavant, le principe est que la responsabilité parentale est exercée automatiquement en commun dès lors que la filiation de l'enfant né hors mariage est établie à l'égard de ses deux parents.

Il s'agit en l'occurrence de reconnaître sa part au père dans l'exercice de la responsabilité parentale en supprimant le monopole de la mère et en instituant un partage de la responsabilité parentale entre les deux.

Ce principe de l'exercice en commun et de plein droit par les père et mère vise un enfant né hors mariage dont la filiation maternelle et paternelle est légalement établie avant l'âge d'un an.

L'alinéa 2 de cet article énonce que par exception à ce principe, l'exercice de la responsabilité parentale est attribué à un seul des parents dans deux hypothèses:

- en premier lieu, lorsque la filiation étant déjà établie envers un parent, qui détient et exerce seul la responsabilité parentale, elle vient à être établie à l'égard du deuxième parent plus d'un an après la naissance de l'enfant;
- en second lieu, lorsque la filiation est déclarée en justice, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas été volontairement établie par un parent et qu'il a fallu exercer une action en justice contre lui à cette fin.

Ces exceptions se justifient par le désintérêt pour l'enfant que semble montrer une reconnaissance tardive ou une déclaration judiciaire de la filiation en l'absence de reconnaissance volontaire. En effet, l'exercice en commun de la responsabilité parentale ne se justifie que si la filiation est établie à l'égard des deux parents par un mode extrajudiciaire. Si tel n'est pas le cas, seul le parent à l'égard duquel la filiation a été établie par un mode extrajudiciaire doit, en principe, exercer la responsabilité parentale.

Un corollaire des dispositions de cet article est qu'en cas de reconnaissance tardive (ou *judiciaire*) de l'enfant, l'attribution unilatérale de la responsabilité parentale est conférée, non plus systématiquement à la mère, mais au parent qui aura en premier reconnu l'enfant. Il faut toutefois reconnaître que cette mesure a une portée plus symbolique que pratique, le cas d'un enfant reconnu en premier lieu par son père avant de l'être tardivement par sa mère se présentant très rarement.

En somme, dans les deux hypothèses de reconnaissance de l'enfant par le second parent, volontairement plus d'un an après sa naissance ou judiciairement, l'exercice commun de l'autorité parentale des parents non mariés reste soumis à l'obligation d'une déclaration conjointe devant le juge des tutelles. Ceci est l'objet de l'alinéa 3 de cet article.

A défaut d'accord des parents, l'un d'eux est recevable à faire une demande en ce sens au juge des tutelles.

L'actuel article 380 du code civil énonce, en outre, la faculté de demander une modification des modalités d'exercice de la responsabilité à la demande des parents ou du ministère public. Cette faculté sera traitée à l'article 378-6.

Article 375-1.

L'objet de l'article 375-1 du projet est le même que celui de l'actuel article 375-2 du code civil et trouve désormais sa place à la section relative aux principes généraux puisque la présomption de consentement s'applique à tous les parents, mariés ou non.

Les termes „chacun des époux“ sont remplacés par les termes „chacun des parents“.

Ceci entraîne que, même en l'absence de vie commune, cette présomption de droit d'agir s'applique à tous les parents, qu'ils soient mariés ou non, divorcés ou séparés, exerçant la responsabilité parentale commune.

En principe, les décisions relatives à la responsabilité parentale doivent être prises en commun.

Cependant, dans l'exercice quotidien de la responsabilité parentale, lorsque les père et mère vivent ensemble, chacun est présumé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un „acte usuel“ relatif à la personne de l'enfant. Il s'agit d'actes de faible gravité relatifs à la vie quotidienne du mineur (vie scolaire, loisirs, soins médicaux et interventions chirurgicales bénignes, ...). De façon à être sûr que, pour les actes les plus importants de l'éducation de l'enfant, chacun des parents aura réellement exprimé son accord, le législateur a limité, déjà sous l'actuel article 375-2, le champ d'application de la présomption aux „actes usuels“ de la responsabilité parentale.

Tout comme dans l'actuel article 375-2, cette présomption ne joue cependant qu'à l'égard des tiers de bonne foi. Un tiers ne peut être considéré de bonne foi que s'il peut raisonnablement penser que chacun des père et mère est effectivement d'accord avec l'acte accompli par un seul des parents. Dans ce cas, il est autorisé à traiter avec un seul des parents.

Cette présomption légale n'est qu'une présomption simple qui cède devant la preuve du contraire produite par le parent qui critique l'acte. Celui-ci a la charge d'établir que l'acte accompli n'entre pas dans la catégorie des actes usuels (le tiers étant alors dans l'obligation de s'assurer du consentement des deux parents) ou que le tiers était de mauvaise foi car informé du désaccord des parents à propos de l'acte en cause. Dans ces conditions, le tiers peut voir sa responsabilité engagée.

Il reste à noter que le devoir d'information envers l'autre parent subsiste. Ainsi, même s'il n'est pas nécessaire d'informer ce parent sur tous les détails des actes de la vie courante, il n'en demeure pas moins qu'il devra être tenu au courant de la plupart des actes concernant la vie quotidienne de l'enfant.

En ce qui concerne les actes non usuels soumis au consentement des 2 parents, il reste à souligner qu'il s'agit des actes qui engagent l'avenir de l'enfant et en ce sens doivent être pris d'un commun accord. En effet, si ces actes non usuels étaient inclus dans le champ d'application de cet article, ils bénéficieraient de la présomption légale d'accord du 2eme parent.

Or, il s'agit d'actes graves ou importants qui sont censés engager l'avenir de l'enfant et relèvent de ce fait de l'accord des 2 parents.

Ceci surtout parce que dorénavant, même en cas de séparation des parents, la responsabilité parentale est exercée en commun et qu'il y aurait une certaine contradiction à laisser un parent décider seul d'actes importants relatifs à l'avenir de l'enfant.

Article 375-2.

Le Gouvernement s'est inspiré des dispositions françaises en la matière en rendant le libellé de l'actuel article 376 plus simple.

Le Gouvernement est conscient du fait que certains motifs justifient la perte de l'exercice de la responsabilité parentale, mais une énumération limitative lui semble inadaptée de nos jours.

La France a supprimé la référence à la notion d'*éloignement*, estimant que, compte tenu des moyens modernes de communication, cette situation ne devait pas entraîner une perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale. Les auteurs du présent projet entendent suivre cette voie.

Ainsi, si l'éloignement d'un parent ne suffit plus à justifier la perte automatique de la responsabilité parentale, il n'en reste pas moins que certains motifs peuvent constituer „toute autre cause“ de perte de la responsabilité parentale.

Ainsi, le Gouvernement entend reprendre, non pas le libellé précis du paragraphe 2° de l'actuel article 376, mais la philosophie: par exemple, le fait pour un parent d'entraver sans raisons et de manière répétée l'exercice de la responsabilité parentale de l'autre parent peut entraîner la perte de la responsabilité parentale dans son chef.

Il est maintenu que la preuve des différents motifs de perte de l'exercice de la responsabilité parentale doit être faite.

Article 375-3.

Les articles 376 et 377 actuels étant liés, les modifications de l'actuel article 376 ont comme corolaire une modification de l'actuel article 377.

Le nouvel article 375-3 reprend l'esprit de l'actuel article 377 alinéa 1, tout en modifiant l'expression „l'exercice de l'autorité parentale est dévolue en entier à l'autre“ par une terminologie plus moderne.

L'alinéa 2 de l'actuel article 377 est supprimé étant donné que la subdivision à l'actuel article 376 entre les différents motifs de perte de la responsabilité parentale a été supprimée.

Une *section III* intitulée „*De l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés*“ est introduite.

Section III.– De l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés

Article 376.

A l'alinéa 1 de cet article, le principe est posé que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de la responsabilité parentale, non seulement lorsqu'il s'agit d'un divorce, mais aussi lorsqu'il s'agit d'une séparation entre parents non mariés, partenaires ou concubins. Ainsi, tous les parents sont concernés par ce principe, qu'ils aient été mariés ou non.

Le Gouvernement a prévu un droit commun de la séparation parentale, à savoir un régime uniforme qui règle la question de l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant de parents séparés, que ceux-ci aient été mariés ou non.

Il s'agit d'une avancée importante en ce qui concerne l'égalité des familles. Après la séparation des parents, en écho avec la Convention internationale des droits de l'enfant (*article 9-3*), est affirmé le droit de l'enfant au maintien des liens avec ses deux parents, ceux-ci ayant la responsabilité de favoriser ce maintien.

Le projet de loi part du postulat selon lequel l'exercice en commun de la responsabilité parentale est, en général, conforme à l'intérêt de l'enfant.

L'alinéa 2 de cet article précise qu'au-delà de l'exercice de la responsabilité parentale, le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents séparés doit être favorisé par les père et mère, chacun devant respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent. Cette règle s'impose non seulement au parent avec lequel réside l'enfant, mais aussi au parent qui ne vit pas avec l'enfant ou qui n'exerce pas la responsabilité parentale.

Ainsi, le changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il est susceptible de modifier l'exercice de la responsabilité parentale, s'il n'est pas subordonné à l'accord de l'autre parent, doit néanmoins être communiqué en temps utile à l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent peut saisir le juge, compétent en vertu de l'article 377, qui statue conformément à l'intérêt de l'enfant. De ce fait, en cas de désaccord, le juge est fondé à intervenir et il peut modifier les modalités d'exercice de la responsabilité parentale.

Il ne s'agit en aucun cas d'interdire à un parent de déménager, mais de simplement permettre aux deux parents d'en discuter, afin de trouver des solutions adaptées. En pratique, le juge pourrait se servir d'un tel fondement textuel pour sanctionner les coups de force de l'un des parents. On pourrait imaginer que l'inexécution de cette obligation d'information serait, en cas de litige, susceptible d'être sanctionnée, le juge pouvant par exemple fixer la résidence chez l'autre parent.

Il y a lieu de faire référence à l'article 2 paragraphe 11) du Règlement (CE) du Conseil 2201/2003 (Bruxelles IIbis) qui donne une définition de la garde conjointe dans le contexte du déplacement ou du non-retour illicite d'un enfant.

En effet, il y a déplacement ou non-retour d'un enfant lorsqu'il y a eu violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur en vertu du droit de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour.

En outre, il y a déplacement ou non-retour d'un enfant lorsque le droit de garde était exercé effectivement, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. La garde est considérée comme étant exercée conjointement lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut, conformément à une décision ou par attribution de plein droit, décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale.

En dernier lieu, il convient d'ajouter que compte tenu des éléments de l'espèce, le juge répartira les frais de déplacement provenant du fait que les parents vivent, géographiquement parlant, éloignés l'un de l'autre. Le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant s'en trouvera ajusté.

Article 376-1.

Ce qui était jusqu'à présent le principe en cas de séparation des parents, à savoir l'exercice exclusif de la responsabilité parentale par un seul parent et le droit de visite et de surveillance accordé à l'autre, devient dorénavant l'exception.

En effet, d'après l'alinéa 1 de cet article, en cas de séparation des parents, l'exercice unilatéral de la responsabilité parentale reste possible. Cependant il s'agit d'une atteinte au principe de coparentalité qui doit rester exceptionnelle.

Ce n'est que si l'intérêt de l'enfant le commande que le juge compétent en vertu de l'article 377 attribue l'exercice de la responsabilité parentale à un seul des parents.

Les situations familiales suivantes justifiant l'exercice de la responsabilité parentale par un seul parent sont envisageables:

- Un des parents éprouve des difficultés sérieuses (état dépressif, fragilité psychologique, maladie mentale) ou fait montre de carences graves (maltraitance, désintéressement de l'enfant) dans l'exercice de ses responsabilités parentales.

- Il peut y avoir un état provisoirement irréductible de conflit entre les parents, de sorte que les parents se trouvent systématiquement en désaccord à propos de leurs enfants empêchant ainsi l'un ou l'autre parent de prendre les décisions qui s'imposent à propos de la personne ou des biens de l'enfant. Il appartiendra au juge de confier l'exercice des prérogatives de la responsabilité parentale à celui des deux parents qui paraîtra le moins déraisonnable dans la gestion du conflit.
- Il faudra protéger, dans l'intérêt de l'enfant, les mères qui seraient confrontées à des pères qui, davantage soucieux d'imposer leur autorité que de prendre réellement en charge l'éducation de leurs enfants, pourraient revendiquer l'exercice conjoint de la responsabilité parentale comme un moyen de retrouver, à l'égard de leur ex-épouse ou ex-compagne, un pouvoir qu'ils ne supporteraient toujours pas d'avoir perdu.
- Enfin, il y a des cas de défaillance ou de démission d'un des parents qui laissera spontanément la pleine responsabilité à l'autre des parents.

Dans ces cas d'exercice exclusif de la responsabilité parentale, le parent titulaire exclusif de la responsabilité parentale prend seul les décisions concernant la personne de l'enfant.

L'alinéa 2 de cet article dispose cependant que le parent, qui n'exerce pas la responsabilité parentale, continue d'exercer certaines prérogatives de la responsabilité parentale. Il est titulaire d'un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves.

Ce droit de visite et d'hébergement implique pour le parent n'exerçant pas la responsabilité parentale un droit d'hébergement de l'enfant, mais aussi un droit de continuer à communiquer avec son enfant, pendant les périodes où il séjourne chez l'autre parent.

Ce droit de communiquer signifie à la fois un droit de correspondre avec l'enfant, par écrit ou par téléphone, et un droit de rencontrer l'enfant.

Le juge peut ainsi aménager une ou plusieurs possibilités pour ce parent de communiquer avec son enfant en dehors des périodes dites d'hébergement de l'enfant.

Le Gouvernement a entendu préserver, jusqu'à la limite du possible, le lien de l'enfant avec ce parent non-titulaire de l'exercice conjoint de la responsabilité parentale. Ce n'est dès lors que s'il y a une cause impérieuse et grave que le juge se résoudra à prononcer la rupture ou la suspension des rapports entre l'enfant et un des parents. Pour priver un parent de ses droits parentaux, il faut que la mesure prise par le juge réponde à une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

En outre, l'alinéa 3 de cet article précise que le parent qui n'exerce pas la responsabilité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier.

Ce droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant appartient au parent n'exerçant pas la responsabilité parentale et n'a donc pas à être demandé au juge.

Le Gouvernement est conscient du fait que dans certaines situations familiales l'exercice exclusif de la responsabilité parentale par un seul parent est le seul moyen de remédier à des situations dans lesquelles la mésentente et les désaccords entre les parents sont trop accentués et empêchent la négociation d'un consensus à propos des décisions éducatives qui doivent être prises pour l'enfant. Mais l'attribution à un seul des parents de la responsabilité de ces décisions éducatives n'empêchera pas l'autre parent de rester titulaire d'un droit de surveillance de l'éducation de l'enfant.

En outre, le parent n'exerçant pas la responsabilité parentale doit être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant.

Il en résulte que le parent qui exerce le droit d'éducation ne peut pas refuser de transmettre lui-même à la demande du parent titulaire du droit de surveillance les informations qui sont relatives soit au mode d'éducation et de formation de l'enfant (informations relatives à son orientation scolaire et à ses résultats scolaires, aux activités parascolaires et sportives de l'enfant, à son état de santé et aux traitements médicaux), soit à la nature exacte des décisions éducatives qu'il compte prendre ou qu'il a prises à propos de l'enfant.

Il en résulte également que les tiers, sous réserve du respect des règles du secret professionnel, ne peuvent s'abstenir de transmettre à ce parent titulaire du droit de surveillance qui les contacte ou les interroge les informations dont ils disposent eux-mêmes. On songe par exemple au directeur de l'école ou au professeur de l'enfant qui ne pourront pas refuser de lui communiquer par écrit les renseignements utiles à la scolarité de l'enfant (calendrier, options agenda et horaire des activités, bulletins et appréciation des professeurs) ou de le rencontrer pour répondre à ses questions.

Ce parent a un droit de recours (voir l'article 378-6) devant le juge, compétent en vertu de l'article 377, qui a pour objet de faire contrôler (par le juge) la conformité à l'intérêt de l'enfant d'une décision éducative prise par le parent qui exerce seul le droit d'éducation.

Outre les droits de surveillance sur l'entretien et l'éducation de l'enfant, ainsi que le droit d'être informé sur les choix importants concernant l'enfant, le parent n'exerçant pas la responsabilité parentale doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 372-1, à savoir l'obligation de contribuer à l'entretien et l'éducation de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent ainsi que des besoins de l'enfant.

Article 376-2.

L'alinéa 1 de cet article prévoit qu'en cas de séparation entre l'enfant et ses parents l'obligation de contribuer à l'entretien et l'éducation de l'enfant, prévue à l'article 372-1, continue. L'un des parents devra verser à l'autre ou à la personne à laquelle l'enfant est confié (lorsque l'enfant a été confié à un tiers) sa contribution. Cette mesure est destinée à responsabiliser les parents.

Lorsque les parents vivent ensemble avec l'enfant, l'obligation parentale d'entretien est, en principe, exécutée en nature.

Par contre, la séparation des parents ou le départ de l'enfant du foyer modifie le régime de la contribution. Elle est exécutée en valeur et prend la forme d'une pension alimentaire.

A la suite de la séparation des parents, la pension alimentaire est à la charge du parent qui n'exécute plus en nature son obligation d'entretien. Elle est versée au parent qui assume la charge de l'enfant. Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, c'est à celui-ci que sera versée la pension alimentaire.

Le versement d'une pension alimentaire n'est pas exclu dans le cadre d'une résidence de l'enfant fixée en alternance au domicile de chacun des parents, même en cas d'alternance paritaire.

L'alinéa 2 de cet article prévoit que les parents peuvent fixer les modalités et les garanties de cette pension alimentaire dans une convention (visée à l'article 378) qu'ils soumettent à homologation du juge compétent en vertu de l'article 377.

Le juge peut refuser d'homologuer la convention s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant.

L'alinéa 2 précise, en outre, qu'en dehors de toute convention et à défaut d'accord entre les parents, le montant de la contribution à l'entretien de l'enfant est fixé par le juge compétent en vertu de l'article 377.

En application de l'article 378-6 le juge, compétent en vertu de l'article 377, peut toujours être saisi à l'effet de statuer sur une modification des dispositions relatives à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Article 376-3.

Cet article est à mettre en relation avec l'alinéa 2 de l'article 372-1 en ce qu'il prévoit que l'obligation d'entretien et d'éducation envers un enfant ne cesse pas de plein droit à la majorité de l'enfant. Le parent qui assume la charge de l'enfant majeur à titre principal a la faculté de demander à l'autre parent de contribuer financièrement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. En cas de séparation des parents ou en cas d'exercice unilatéral de la responsabilité parentale, il est du devoir de chacun des parents de subvenir aux besoins de l'enfant, même majeur. L'entretien et l'éducation de l'enfant majeur continue donc d'être une obligation pour le parent, même s'il n'assume pas à titre principal la charge de l'enfant.

En outre, il est permis aux parents ou au juge de décider que tout ou partie de cette contribution soit versée entre les mains de l'enfant majeur.

Une section IV intitulée „*De l'intervention du juge des tutelles*“ est introduite.

Section IV.– De l'intervention du juge des tutelles

Article 377.

L'alinéa 1 de cet article prévoit qu'en principe c'est le juge des tutelles qui règle les questions relatives à la responsabilité parentale qui lui sont soumises, sous réserve des compétences attribuées à

une autre juridiction en vertu de cet alinéa, et en vertu de l'alinéa 2 de cet article. Les questions relatives à la responsabilité parentale relèvent donc de sa compétence, qu'il s'agisse de questions relatives au Titre IX ou X du Livre Ier du code civil.

Le juge des tutelles est donc compétent pour régler les questions qui lui sont soumises en matière de responsabilité parentale tant en ce qui concerne la personne de l'enfant que l'administration de ses biens. La procédure en matière de tutelles est réglée par les articles 1047 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Ceci est le cas s'il y a désaccord entre les parents, pendant leur vie commune, qu'ils soient mariés ou non.

Même en cas de séparation des parents, le juge des tutelles restera compétent pour statuer sur les questions relatives à la responsabilité parentale qui lui sont soumises. Cependant ceci ne vaut qu'en cas de séparation de parents non mariés.

En effet, en cas de divorce, le tribunal statuant sur le fond en vertu de l'article 302 et le juge statuant sur les mesures provisoires en vertu des articles 267 à 271 du code civil, ainsi que des articles 1029 et 1070 du nouveau code de procédure civile, sont compétents pour régler les questions relatives à la responsabilité parentale.

En cas de divorce, les dispositions actuelles de l'article 302 alinéa 1 qui donnent compétence au juge statuant sur le divorce pour régler les effets du divorce restent applicables.

De même, en vertu de l'article 342-2 du code civil, le tribunal d'arrondissement restera compétent pour statuer en matière de filiation sur les questions de la responsabilité parentale.

Par contre, le juge des tutelles deviendra désormais compétent en vertu de l'alinéa 2 de cet article 377 pour statuer sur les modifications à intervenir après divorce, alors qu'actuellement c'est le tribunal de la jeunesse qui est compétent en la matière. L'article 302 y relatif est modifié en ce sens par le numéro 12) du projet de loi relatif au Chapitre IV „Des effets du divorce“ du Titre VI „Du divorce“.

Le Gouvernement estime qu'il est plus cohérent de réunir les questions de responsabilité parentale et d'administration légale des biens dans les mains d'une seule juridiction, de sorte que les questions y relatives, sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation, sont soumises au juge des tutelles.

Par ailleurs, le juge des tutelles deviendra désormais compétent en vertu de l'article 160bis du code civil pour statuer sur le refus des parents de donner leur consentement au mariage de leur enfant mineur.

En outre, en cas de séparation des parents, il veille à ce que l'enfant puisse maintenir des liens effectifs et continus avec ses deux parents.

Il est important de souligner que dans le projet de loi No 5155 portant réforme du divorce et plus précisément à la section III „Des conséquences du divorce pour les enfants“ du chapitre III „Des conséquences du divorce“ figurent déjà des propositions quant à la responsabilité parentale commune.

Etant donné que dans ce projet-ci figurent également des propositions visant à créer une égalité entre tous les parents, il a semblé judicieux de s'inspirer de la législation française sur la responsabilité parentale conjointe. Ainsi, le présent projet de loi prévoit de regrouper et régler au Chapitre I du Titre IX du Livre premier du code civil toutes les dispositions relatives à la responsabilité parentale applicables.

Il s'ensuit que les dispositions regroupées relatives à la responsabilité parentale commune seront applicables à tous les parents, qu'ils soient mariés ou non, séparés ou divorcés.

L'alinéa 4 de l'article 377 prévoit, à l'instar des dispositions françaises, que le juge peut ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire luxembourgeois sans l'autorisation des deux parents.

L'objet de cette disposition est de réduire le risque d'enlèvement d'enfants par le parent étranger, ces cas dramatiques d'enlèvement international d'enfants se multipliant malheureusement de nos jours.

L'alinéa 5 de cet article prévoit que le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant, tels que prévu par l'article 388-1. Le juge compétent statuera par des mesures prenant en considération spécialement l'intérêt des enfants.

Article 378.

L'alinéa 1 dispose qu'en cas de séparation des parents, *mariés ou non*, tous les parents ont désormais la faculté de régler par une convention les modalités d'exercice de la responsabilité parentale. Cette convention peut donc concerner aussi bien l'enfant né dans le mariage que celui né hors des liens du mariage.

Le Gouvernement a entendu favoriser les accords entre les parents. Cette convention étant déjà prévue *en cas de divorce par consentement mutuel* et y ayant fait ses preuves, le Gouvernement a estimé utile que tous les parents puissent recourir à cette mesure, s'ils le désirent.

Les accords parentaux homologués sont le mode privilégié de règlement des conflits familiaux.

Cette convention doit énoncer les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixer la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Ce système permet de responsabiliser les parents en leur permettant de prendre en main les conséquences de leur séparation. Les solutions élaborées en commun seront sans doute mieux respectées, mieux assumées, que des décisions imposées de l'extérieur.

Les limites à l'utilisation de ces accords sont mentionnées à l'alinéa 2 de cet article qui dispose que le juge pourra homologuer cette convention, sauf si l'intérêt de l'enfant n'est pas suffisamment préservé. Il appartient donc au juge de le contrôler.

Le deuxième cas de figure où le juge peut refuser l'homologation de la convention concerne les cas de vice du consentement des parents. Si la convention est entachée d'un tel vice, la convention ne sera pas homologuée par le juge.

Le juge compétent est celui énoncé à l'article 377, à savoir le juge des tutelles, sauf en cas de divorce où le juge statuant sur la demande de divorce reste compétent pour statuer sur les effets du divorce.

En outre, le juge des tutelles sera désormais compétent également pour modifier les modalités après divorce, tandis que le tribunal d'arrondissement continuera à statuer sur les questions relatives à la responsabilité parentale en matière de filiation.

Article 378-1.

Le juge peut être amené à statuer sur les cas de désaccords entre les parents relatifs à l'exercice de la responsabilité parentale.

Ceci peut être, en vertu de l'article 377, le juge des tutelles en cas de séparation des parents, qu'il s'agisse de parents non mariés et séparés ou bien de parents mariés et séparés de fait; ou alors le juge statuant sur la demande de divorce, s'il s'agit de parents mariés en instance de divorce ou bien encore le juge des tutelles ayant compétence pour statuer sur les difficultés survenant après divorce des parents.

Ainsi, en cas de séparation des parents et en dehors de toute convention entre les parents, le juge peut être saisi par le parent le plus diligent à l'effet de fixer les modalités d'exercice de la responsabilité parentale ainsi que la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Cette faculté de saisine du juge appartient de même au ministère public et celui-ci peut, lui-même, être saisi par un tiers, parent ou non. La saisine du juge par le ministère public semble utile en cas de carence des parents.

Si l'enfant est confié à un tiers, il semble utile que celui-ci puisse saisir le juge. Cette intervention ne sera toutefois possible que par l'intermédiaire du ministère public.

En effet, s'il n'est pas dans l'intérêt des parents et de l'enfant qu'un tiers puisse à tout moment demander directement un changement des modalités de l'exercice de la responsabilité parentale, il est cependant utile que les tiers aient la possibilité d'intervenir.

Le juge statuera en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Article 378-2.

Cet article traite de la question de la résidence habituelle de l'enfant.

Dans la convention soumise à homologation dont il est question à l'article 378, les parents peuvent fixer la résidence de leur enfant: Les parents ont la possibilité de choisir la résidence en alternance au domicile de chacun des parents ou bien de fixer la résidence au domicile de l'un d'eux.

La rédaction de cet article permet d'inscrire le principe de la résidence alternée dans la loi, ce qui n'est en fait qu'une application concrète du principe de coparentalité.

Cependant il ressort de l'alinéa 2 de cet article que le juge ne peut fixer la résidence alternée qu'en cas d'accord entre les parents sur ce point. Le juge statuera en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Le Gouvernement a entendu préserver l'intérêt de l'enfant en rendant une convention homologuée obligatoire entre les parents qui optent pour la résidence alternée de l'enfant. Cette obligation incombe donc à tous les parents, qu'ils aient été mariés ou non.

Pendant longtemps la résidence alternée était considérée avec réticence. Cette approche était principalement fondée sur le fait que l'autorité parentale, notion d'ordre public, ne pouvait „changer de tête“, en fonction de la personne ayant la responsabilité de la garde. La généralisation de l'exercice en commun de la responsabilité parentale et la distinction entre garde et la responsabilité parentale fait tomber cet argument.

La résidence alternée n'impose pas un partage strictement égal du temps de résidence de l'enfant au domicile de chacun des parents, mais permet également des formules souples correspondant aux actuels „droits de visite“ élargis. Le système peut donc fonctionner en alternance non paritaire.

Le Gouvernement est conscient des avantages et des inconvénients que comporte le choix de la résidence alternée pour un enfant.

Afin de garantir que le mode de résidence alternée puisse être vécu de manière optimale par l'enfant et par ses parents, il convient de préciser dans la convention les conditions exactes de cette résidence alternée.

Le juge vérifiera que les conditions nécessaires à la fixation d'une résidence alternée sont remplies: il faut que cette résidence alternée corresponde à l'intérêt de l'enfant, qu'il y ait proximité des résidences des deux parents et une bonne entente entre eux.

Le juge doit vérifier en premier lieu si la résidence alternée correspond à l'intérêt de l'enfant. Une telle mesure ne pourra, en tout état de cause, pas concerner tous les enfants.

D'un côté, l'enfant risque d'être perturbé par un constant déménagement d'une résidence à l'autre, ce qui entraîne, pour lui, un risque de perdre le contact avec ses amis.

Mais d'un autre côté, ce mode permet à l'enfant de vivre, de manière alternée, avec ses deux parents, c'est-à-dire de maintenir des relations régulières dans la vie quotidienne avec chacun de ses deux parents. Ceci est bénéfique tant pour l'enfant que pour les parents qui ont la possibilité de mieux profiter de leur temps de présence auprès de l'enfant.

Il incombera également au juge de vérifier la proximité géographique des résidences des deux parents.

En effet, l'enfant doit rester en mesure de rejoindre facilement son école, la résidence alternée ne pouvant en aucun cas impliquer la fréquentation de deux écoles.

De plus, un mode de résidence alternée irrégulier ou changeant tous les jours de la semaine serait difficilement concevable et d'ailleurs douteux du point de vue de l'intérêt de l'enfant. Par contre, un mode permettant à l'enfant de vivre avec l'un des parents pendant les jours de classe et avec l'autre en dehors des jours de classe ou le week-end pourrait être envisageable.

En ce qui concerne le cas de parents dont l'un, à la suite d'une séparation, déménage à l'étranger, il convient de se poser la question si une résidence alternée d'une année sur deux auprès de l'un des parents peut être une solution acceptable pour l'enfant. La doctrine et la jurisprudence étrangères sont partagées sur ces questions.

En outre, le juge compétent aura à vérifier la bonne entente entre les parents, condition en l'absence de laquelle la résidence alternée ne saurait être mise en pratique.

De ce fait, la résidence alternée ne saurait être envisageable dans les séparations très conflictuelles. En effet, pour que la résidence alternée soit pleinement profitable pour l'enfant, il faut que les parents soient capables de différencier leur conflit de leur parentalité. La résidence alternée n'est pas envisageable en cas de désaccord entre les parents sur ce point.

L'alinéa 2 de cet article précise qu'en cas de désaccord entre les parents quant au choix de cette résidence de l'enfant, le juge aura à fixer la résidence habituelle de l'enfant. Il fixera la résidence, au vu de l'intérêt de l'enfant, au domicile de l'un d'eux.

Le juge compétent est celui énoncé à l'article 377, à savoir le juge des tutelles, sauf en cas de divorce où le juge statuant sur la demande de divorce reste compétent pour statuer sur les effets du divorce. En outre, le juge des tutelles sera désormais compétent pour modifier les modalités après divorce.

Dans tous les cas, le juge pourra demander l'avis de l'enfant conformément à l'article 388-1 du code civil.

Article 378-3.

L'alinéa 1 de cet article précise que le juge saisi par un parent à l'effet de statuer sur une difficulté relative à l'exercice de la responsabilité parentale, tentera de concilier les parents. Ceci sera le cas aussi bien pendant la vie commune des parents qu'après leur séparation, sauf que le juge compétent varie selon la situation matrimoniale des parents conformément à l'article 377.

L'usage de la médiation familiale pour résoudre les conflits entre parents est recommandé. L'alinéa 2 de cet article révèle que la médiation reste un acte volontaire, tandis qu'il ressort de l'alinéa 3 de cet article que l'information sur l'objet et le déroulement de la mesure de médiation par le médiateur peut être obligatoire.

Afin de diminuer l'impact des conflits familiaux sur l'enfant et privilégier la préservation de liens familiaux entre les parents et les enfants, les auteurs du projet estiment que la médiation familiale doit obtenir une part plus importante dans le règlement de conflits familiaux.

A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de la responsabilité parentale, le juge peut ainsi proposer une mesure de règlement amiable du conflit familial et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Ce terme de „règlement amiable du conflit familial“ a été choisi par le Gouvernement aux vues de la législation européenne et notamment du considérant 25 du Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil susvisé.

A l'heure actuelle, de telles structures, auxquelles le juge des tutelles peut recourir, existent déjà, par exemple le Centre de médiation asbl, le centre de médiation sociofamiliale de la Fondation Pro-Familia et le service Familjen-Center-CPF de l'asbl Consultation et Préparation familiale.

Le juge compétent est celui énoncé à l'article 377, à savoir le juge des tutelles, sauf en cas de divorce où le juge statuant sur la demande de divorce reste compétent pour statuer sur les effets du divorce. En outre, le juge des tutelles sera désormais compétent pour modifier les modalités après divorce.

En conclusion, le juge doit essayer de concilier les parties et leur proposer le recours à une médiation familiale. En cas d'échec, le juge devra régler lui-même les conséquences de la séparation des parents, lorsqu'il se prononce sur la responsabilité parentale.

Article 378-4.

Cet article énumère les éléments non limitatifs sur lesquels les juges pourront se baser afin de déterminer les modalités d'exercice de la responsabilité parentale.

Le juge aura différents moyens à sa disposition, tels que l'expertise ou l'enquête sociale, qui constitueront autant de critères susceptibles de fonder sa décision.

Ainsi, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre sera prise en compte par le juge. Autrement dit, le fait pour un parent de faire obstacle aux relations entre son enfant et l'autre parent sera un élément négatif qui sera pris en considération par le juge.

Parmi ces éléments figurent également l'avis de l'enfant mineur exprimé dans les conditions prévues à l'article 388-1.

Article 378-5.

Le juge a la possibilité de faire effectuer une enquête sociale par toute personne qualifiée.

Les enquêtes sociales ordonnées par le juge ont pour but de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt.

Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, il peut demander une contre-enquête.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

Article 378-6.

Afin de garantir une certaine flexibilité en la matière, les auteurs du projet ont entendu réserver au juge le moyen de réviser, de compléter ou d'adapter une convention homologuée antérieurement, afin de réadapter ses dispositions aux nécessités et changements intervenus du cas d'espèce. Les décisions judiciaires relatives à la responsabilité parentale sont donc toujours provisoires et en ce sens sujettes à des modifications ultérieures.

L'intervention du juge n'est pas limitée dans le temps, mais il lui est permis de statuer à tout moment et ceci à la demande d'un des parents ou des deux ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

Déjà à l'heure actuelle, à côté du droit d'action des parents, le ministère public dispose du droit d'intervenir devant le juge des tutelles en vertu de l'actuel article 380.

Ces modifications concernent de même les décisions relatives à l'exercice de la responsabilité parentale prises par le juge des tutelles en l'absence de toute convention.

Ce droit de recours devant le juge permet, nous l'avons vu sous l'article 376-1, au parent titulaire du droit de surveillance de l'éducation de l'enfant de faire vérifier si le parent titulaire du droit d'éducation n'a pas exercé ses prérogatives parentales au mépris de l'intérêt et des droits de l'enfant.

Cet article 378-6 permet aussi aux parents, à travers l'article 376-2, de faire modifier la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant établie sous forme d'une pension alimentaire.

Une *section V* intitulée „*De l'intervention des tiers*“ est introduite.

*Section V.– De l'intervention des tiers**Article 379.*

Les termes de l'alinéa 1 de cet article correspondent à l'actuel article 378-1, mis à part le fait que l'expression „le divorce ou la séparation de corps“ a été remplacée par celle de „la séparation des parents“ étant donné que tous les parents sont visés par cette réforme peu importe leur situation matrimoniale.

Le Gouvernement entend maintenir l'enfant après séparation des parents autant que possible auprès de ses parents dans son milieu familial habituel. La dévolution de la responsabilité parentale prévue à l'article 375-3 joue même si celui des père et mère qui demeure en état d'exercer la responsabilité parentale avait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette responsabilité parentale par un jugement.

L'alinéa 2 de cet article précise cependant que le juge peut décider, en cas de circonstances exceptionnelles et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment si l'un des parents est privé de la responsabilité parentale, de confier l'enfant à un tiers, ce tiers étant choisi de préférence dans sa parenté. Il s'agit de l'hypothèse où un parent perd l'exercice de la responsabilité parentale ou en est provisoirement privé. Les termes de l'alinéa 2 de l'actuel article 378-1 ont été sensiblement modifiés, afin de faire ressortir le caractère exceptionnel d'une telle procédure.

La décision de confier l'enfant à un tiers revient normalement au juge des tutelles, mais l'alinéa 2 de cet article précise que le juge est saisi et statue conformément aux articles 378-1 et 378-4. Le juge compétent varie selon le statut matrimonial des parents. Il est renvoyé aux développements figurant sous l'article 377.

En effet, sous la législation actuelle (l'actuel article 378-1 alinéa 2), compétence est donnée au tribunal de la jeunesse pour désigner un tiers comme gardien de l'enfant; en application de l'article 302 alinéa 2 du code civil, le tribunal de la jeunesse est compétent pour modifier des décisions en matière de responsabilité parentale, prises après divorce. Désormais, compétence est donnée au juge des tutelles.

Le juge est saisi conformément à l'article 377 et statue conformément à l'article 378-1 (à savoir il est saisi par un parent ou par les deux ou par le ministère public, qui peut, lui-même, être saisi par un tiers, parent ou non).

La rédaction de l'alinéa 2 de cet article est à rapprocher des dispositions sur la délégation de la responsabilité parentale qui définissent les tiers délégataires comme des particuliers dignes de confiance.

Le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant en vertu de l'article 388-1 du code civil.

L'alinéa 3 de cet article reprend les termes de l'alinéa 3 de l'actuel article 378-1, sauf que les termes „après divorce ou séparation de corps“ ont été remplacés par les mots „après séparation des parents“.

Article 380.

Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, la responsabilité parentale continue d'être exercée par les père et mère. Toutefois la présomption de l'article 375-1 relative aux actes usuels s'applique aux tiers auxquels l'enfant a été confié. Ainsi, le tiers bénéficie de la présomption selon laquelle chacun des titulaires de la responsabilité parentale est réputé agir avec l'accord de l'autre à l'égard des tiers de bonne foi.

Ceci implique que pour les actes non usuels, il faudra l'accord du délégant.

Le juge, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

Article 380-1.

Cet article reprend les termes de l'actuel article 379 du code civil et n'appelle pas d'autres commentaires.

Article 380-2.

En cas d'établissement judiciaire de la filiation, le tribunal a la faculté de confier l'enfant provisoirement à un tiers. Ce tiers peut se voir alors confier la responsabilité parentale par décision du juge et a, dans ce cas, pour obligation de requérir l'organisation d'une tutelle.

Article 381.

Cet article est inchangé.

3) L'intitulé du Chapitre II du Titre IX du Livre Ier „De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant“ est modifié comme suit:

„Chapitre II.– De la responsabilité parentale relativement aux biens de l'enfant“

4) L'objet de cette disposition est de procéder à la modification des articles 383 et 384 du Chapitre II du Titre IX du Livre Ier:

Article 383.

La modification de l'alinéa 1 de cet article a été rendue nécessaire par le fait que la responsabilité parentale commune constitue le principe dorénavant. Les parents d'enfants nés hors mariage bénéficiant de l'application du même principe de l'exercice de la responsabilité parentale commune que les parents d'enfants nés dans le mariage. Dès lors l'administration légale exercée par les deux parents ne tombe plus d'office sous le contrôle du juge des tutelles, hormis les cas de désaccord entre les parents.

La terminologie de cet article a été sensiblement modifiée pour plus de clarté.

Ainsi, le mot „conjointement“ a été ajouté à l'alinéa 2 afin de mettre l'accent sur le fait que la jouissance légale est exercée en commun par les deux parents.

Article 384.

Les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

5) L'intitulé du Chapitre III du Titre IX du Livre Ier „De la délégation de l'autorité parentale“ est modifié comme suit:

„Chapitre III.– De la délégation de la responsabilité parentale“

6) L'objet de cette disposition concerne la modification des dispositions des articles 387-1, 387-2 et 387-3 alinéas 1 et 2, 387-4, 387-5 et 387-6 du Chapitre III du Titre IX du Livre Ier:

Article 387-1.

Les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 387-2.

Suite à la modification de l'article 372 donnant une définition de la responsabilité parentale adaptée à la législation européenne, le terme „garde“ a été remplacé par l'expression „droits et obligations de la responsabilité parentale“.

En outre, le terme „pactes“ a été remplacé par le terme „accords“, ce qui correspond à une terminologie plus adaptée.

Article 387-3 alinéas 1 et 2.

L'alinéa 1 de cet article est complété. En cas de partage de tout ou partie de l'exercice de la responsabilité parentale avec le tiers délégataire, la présomption de l'article 375-1 relative aux actes usuels est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire.

Le délégataire est autorisé à faire seul les actes usuels de la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant et bénéficie de la présomption selon laquelle chacun des titulaires de la responsabilité parentale est réputé agir avec l'accord de l'autre à l'égard des tiers de bonne foi. Par contre, les actes non usuels exigent l'accord du délégant.

Quelque soit l'étendue de la délégation, les parents conservent un droit de surveillance de l'éducation de l'enfant.

A l'alinéa 2, les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 387-4.

Les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 387-5.

Les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 387-6.

Les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

7) L'intitulé du Chapitre IV „De la déchéance de l'autorité parentale“ du Titre IX du Livre Ier est modifié comme suit:

„Chapitre IV.– Du retrait total ou partiel de la responsabilité parentale“

Les auteurs du projet ont voulu substituer au terme „déchéance“, à connotation péjorative, le terme „retrait“ qui est considéré à la fois plus adéquat et soulignant mieux que cette mesure a surtout pour objet la protection de l'enfant (et plus une sanction prononcée contre les parents „fautifs“). En effet, le retrait de la responsabilité parentale consiste dans le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale elle-même et non seulement de l'exercice de la responsabilité parentale.

8) L'objet de cette disposition est de modifier les articles 387-9, 387-10, 387-11 et 387-13 du Chapitre IV du Titre IX du Livre Ier:

Article 387-9.

Cet article traite du retrait de la responsabilité parentale.

- Le retrait de la responsabilité parentale prononcé par un jugement pénal:

Les père et mère peuvent se voir retirer totalement la responsabilité parentale, par un jugement pénal, s'ils sont condamnés soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme auteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant.

Dans certains cas, les ascendants peuvent se voir également retirer totalement la responsabilité parentale pour la part de responsabilité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants.

Les ascendants, en particulier les grands-parents, peuvent également se voir retirer totalement leurs droits (notamment le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant).

- Le retrait de la responsabilité parentale prononcé par un jugement civil:

Les père et mère peuvent se voir retirer totalement la responsabilité parentale s'ils mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou usage de stupéfiants.

Les père et mère peuvent également se voir retirer totalement la responsabilité parentale s'ils mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou de manque de direction.

L'alinéa 3 de cet article prévoit que le ministère public ou le tuteur peuvent saisir le tribunal d'arrondissement pour toute action en retrait de la responsabilité parentale. Le Gouvernement s'est inspiré de la législation française qui prévoit ce droit d'action à l'initiative du tuteur de l'enfant.

En France, le législateur a même accordé un tel droit d'action à un membre de la famille. Les auteurs du présent projet sont néanmoins d'avis qu'une telle action ne devrait pas pouvoir être intentée par un membre de la famille, étant donné que ces situations sont extrêmement délicates et favoriseraient la mésentente au sein des familles.

Pendant l'instance, le tribunal peut prendre des mesures provisoires relatives à l'exercice de la responsabilité parentale, ordonner des enquêtes sociales, entendre les différentes parties (notamment les parents, tuteur ou toute autre personne auquel l'enfant a été confié).

Si le tribunal décide de retirer l'exercice de la responsabilité parentale à un seul des parents, l'autre exerce seul cette autorité.

Lorsque le tribunal décide du retrait partiel ou total de la responsabilité parentale ou du droit de garde, et que l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de la responsabilité parentale, il peut confier l'enfant provisoirement à un tiers (membre de la famille ou non) qui organisera la tutelle. Les parents conservent en général des relations personnelles avec l'enfant.

Article 387-10.

L'objet de cet article est de remplacer les actuelles dispositions par une formule plus générale englobant tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à la responsabilité parentale.

Le retrait total porte donc sur l'exercice de la responsabilité parentale et sur ses différents attributs tant patrimoniaux que personnels (notamment la perte des droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation, du droit de consentir au mariage et à l'émancipation).

Dans le cadre d'un retrait partiel de la responsabilité parentale, le jugement peut se limiter à retirer certains attributs fondamentaux de la responsabilité parentale, tout en maintenant des droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation et certaines prérogatives telles que le droit de consentir à l'adoption et à l'émancipation. Les parents peuvent demander à conserver des relations personnelles avec l'enfant.

Cet article énonce, par ailleurs, qu'à défaut d'autre détermination, il s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement.

En outre, ceci emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait.

Le deuxième alinéa énonce que le retrait peut être seulement partiel au cas où le jugement se borne à prononcer un retrait partiel de la responsabilité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie.

Le jugement de retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, limité ou non à certains attributs, peut également n'avoir d'effet qu'à l'égard de certains des enfants déjà nés.

Article 387-11.

A l'article 387-11 les termes „la déchéance totale ou partielle“ sont remplacés par les termes „le retrait total ou partiel“.

Article 387-13.

A l'article 387-13 les termes „la déchéance“ sont remplacés par les termes „le retrait“.

En outre, le Gouvernement s'est inspiré de la législation française en exigeant des circonstances nouvelles pour se voir restituer des droits relatifs à la responsabilité parentale. En effet, un retrait de la responsabilité parentale est un acte extrêmement grave, de sorte que les parents ne sauraient être

réintégrés dans leurs droits sans justifier de circonstances nouvelles permettant d'apprécier si une telle réintégration dans leurs droits est donnée.

En contrepartie, la demande en restitution des droits peut être présentée après expiration du délai d'un an, alors que le libellé actuel prévoit un délai de 5 ans à compter du jour où la décision de retrait est devenue irrévocable.

Les décisions relatives aux enfants peuvent être modifiées par le tribunal si des changements sont intervenus dans la situation des parents ou de celle de l'enfant. Ainsi, si le parent déchu de la responsabilité parentale est en mesure de prouver qu'il a remédié aux manquements ayant entraîné la déchéance de sa responsabilité parentale et qu'il peut désormais assumer ses responsabilités à l'égard de l'enfant, le tribunal peut la lui restituer dans la mesure où cela sera conciliable avec l'intérêt de l'enfant.

Il est proposé, en s'inspirant de la législation française en la matière, qu'en cas de rejet de la demande, elle ne pourra être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an. Aucune demande ne sera recevable, lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption.

9) Cette disposition a pour objet de modifier dans le Livre Ier, au Titre X „De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation“, au Chapitre II „De la tutelle“ les dispositions des articles 389, 389-1, 389-2, 389-4, 389-5, 389-6, 389-7, 390 alinéa 1 et 443:

Article 389.

Cet article est reformulé étant donné que la responsabilité parentale commune est devenue un principe général applicable à tous les parents, qu'ils soient mariés ou non, divorcés ou séparés.

En vertu du principe nouvellement consacré de la responsabilité parentale commune exercée par tous les parents, une modification des termes de l'alinéa 1 de l'article 389 s'impose en ce sens que la référence faite aux enfants légitimes ou naturels devient superfétatoire.

A l'actuel article 389 alinéa 2 l'hypothèse d'un désaccord entre les parents exerçant conjointement la responsabilité parentale est énoncée.

En vertu de l'article 377, sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce ou de filiation, la compétence du juge des tutelles est énoncée, étant donné qu'il est compétent pour régler les questions tenant à la responsabilité parentale tant en ce qui concerne la personne de l'enfant que l'administration de ses biens. Il est compétent en cas de désaccords entre parents qu'ils exercent la responsabilité parentale en commun ou à titre exclusif.

Le Gouvernement a cependant estimé que l'hypothèse du désaccord entre parents devait être maintenue et réglée par l'alinéa 2 de cet article.

L'alinéa 3 actuel est supprimé, puisque également en cas de divorce le principe de la responsabilité parentale commune constitue désormais la règle et que de ce fait les parents sont tous deux administrateurs légaux.

Le projet de loi No 5155 portant réforme du divorce a prévu, à l'époque, une modification des termes de l'article 389 alinéa 3.

Cependant, étant donné que le présent projet procède à une réforme globale en matière de responsabilité parentale, la modification de l'article 389 prévue par le projet de loi No 5155 est reprise dans son principe. Il reste qu'en cas de divorce, c'est le juge statuant sur le divorce qui est compétent en matière de responsabilité parentale.

Ainsi se justifie la nouvelle formulation de cet article en ce sens que les deux parents sont administrateurs légaux en cas de responsabilité parentale exercée en commun.

Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui a l'exercice exclusif de la responsabilité parentale.

Article 389-1.

Les termes de cet article sont modifiés en ce sens que l'administration légale est pure et simple quand les deux parents exercent la responsabilité parentale et ceci peu importe leur situation matrimoniale. La référence faite par l'actuel article aux parents non divorcés ou séparés devient ainsi sans objet.

En vertu du principe de la responsabilité parentale commune cet article s'applique tant aux enfants nés dans le mariage qu'à ceux nés hors mariage.

Les autres hypothèses de l'actuel article 389-1, à savoir ceux dont référence est faite à l'article 376, sont couvertes par l'article 389-2 du projet de loi.

Article 389-2.

Les cas d'administration légale placée sous le contrôle du juge des tutelles ont été sensiblement modifiés, et ceci plus précisément concernant les paragraphes 2° et 3° de l'actuel texte.

En effet, comme souligné précédemment, le cas d'un divorce est placé désormais sous le principe de la responsabilité parentale commune et est régi de ce fait en règle générale par l'article 389-1. Le paragraphe 2° devient donc sans objet.

Seuls tombent sous le coup de l'article 389-2 les cas où l'exercice de la responsabilité parentale est exercée à titre exclusif par l'un des parents, que ce soit du fait du décès de l'un des parents, du fait que l'un des parents ait été privé de l'exercice de la responsabilité parentale ou encore que l'un des parents exerce unilatéralement la responsabilité parentale.

Le paragraphe 3° de l'actuel article 389-2 ne se justifie plus étant donné que les enfants nés dans le mariage et hors mariage sont régis par le même principe, à savoir celui de la responsabilité parentale commune des parents, sous réserve des dispositions de l'article 375.

Il s'agit donc de soumettre au contrôle du juge des tutelles les cas de responsabilité parentale exercés à titre exclusif que ce soit le cas d'un enfant né dans le mariage dont l'un des parents exerce à titre exclusif la responsabilité parentale ou celui d'un enfant né hors mariage dont l'un des parents se trouve seul investi de cette responsabilité parentale.

Article 389-4.

Les auteurs du projet ont entendu marquer une différence entre les articles traitant des actes d'administration et des actes de dispositions que les parents peuvent faire. A cet effet, il convient de préciser que le principe en soi reste le même, mais que les articles 389-4 et 389-5 font la distinction entre les actes que les parents peuvent faire.

Comme le principe est que les parents sont désormais tous les deux administrateurs légaux s'ils exercent en commun la responsabilité parentale, et ceci peu importe leur statut matrimonial, chacun d'eux peut faire seul les actes qu'un tuteur pourrait faire sans autorisation.

Dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation.

Ainsi, chacun des parents peut faire seul les actes de pure administration. Pour tous les autres actes ils doivent agir ensemble. Cette situation sera traitée à l'article suivant.

L'objet de la modification du libellé de cet article est que l'accent est mis sur le fait que les deux parents sont désormais administrateurs légaux et que chacun a le pouvoir d'agir seul pour les actes d'administration.

Le libellé de cet article a été modifié en conséquence. L'alinéa 1 de l'article 389-5 est traité désormais à l'article 389-4, étant donné qu'il s'agit des actes d'administration.

Article 389-5.

L'alinéa 1 de cet article ayant été traité à l'article 389-4, la modification de cet article en est une conséquence logique. Les dispositions relatives aux actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille font désormais l'objet de l'alinéa 1 de cet article. Les parents agiront ensemble.

L'alinéa 2 de cet article est une reprise de l'actuel alinéa 3, mis à part le fait que l'expression „A défaut de consentement d'un des père et mère“ a été remplacée par „A défaut d'accord entre les parents“.

L'alinéa 3 de cet article est une reprise de l'actuel alinéa 4 avec la précision que les termes „même conjointement“ ont été remplacés par ceux „d'un commun accord“. Les nouveaux termes sont censés souligner que malgré l'accord des deux parents certains actes ne peuvent se faire sans l'autorisation du juge des tutelles.

Le Gouvernement a entendu préciser dans un alinéa 4 que si l'acte cause un préjudice au mineur, les parents en sont responsables solidairement.

Article 389-6.

La dernière phrase de cet article a été ajoutée pour plus de précision et est un corollaire de la modification du libellé de l'article 389-4 qui traite de l'administration légale pure et simple.

Article 389-7.

La modification de cet article n'a pour objet que de modifier les termes se référant au titre „De la responsabilité parentale“.

Article 390 alinéa 1.

La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de la responsabilité parentale.

Cette modification de l'alinéa 1 a été rendue nécessaire par la modification du libellé de l'article relatif à la privation de la responsabilité parentale. En effet, l'actuel article 376 ayant été modifié, il a paru plus simple de ne pas reprendre les différents cas de privation de la responsabilité parentale, mais de s'y référer d'une manière plus générale.

Les auteurs du projet entendent préciser, au sujet de l'alinéa 2 de cet article, que le terme „enfant naturel“ qui, à l'heure actuelle, ne semble plus approprié, n'a pas été modifié dans ce projet-ci. Pour la modification de ce terme, il est renvoyé à la réforme du droit de la filiation.

Article 443.

Au paragraphe 1° le libellé a été quelque peu modifié en ce sens que la numérotation des articles 31 à 33 du code pénal a été revue. En effet, la loi relative au régime des peines a changé la numérotation de ces articles relatifs à l'interdiction des droits en matière criminelle et les a remplacés par les articles 11 à 13 du code pénal.

Au paragraphe 2° les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

10) Cette disposition a pour objet au Chapitre I „De l'adoption simple“ du Titre VIII „De l'adoption“ de modifier les dispositions des articles 351 alinéa 2, 351-2 alinéa 1 et 360:

Article 351 alinéa 2.

A l'alinéa 2 de cet article les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 351-2 alinéa 1.

A l'alinéa 1 de cet article les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 360.

A l'alinéa 1 de cet article les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

L'alinéa 2 est modifié en ce sens que les mots „père et mère légitimes“ ont été remplacés.

En effet, la généralisation de l'exercice en commun de la responsabilité parentale s'étend à la filiation adoptive. Les dispositions des Titres IX et X du Livre Ier du code civil sont applicables.

L'alinéa 3 n'a pas été modifié.

A l'alinéa 4 les termes „autorité parentale“ ont été remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

11) Cette disposition a pour objet de modifier l'article 108 au Titre III intitulé „Du domicile“ du Livre Ier „Des personnes“.

Cette disposition détermine le domicile du mineur et celui du majeur incapable.

Article 108.

L'alinéa 1 de l'article 108 nouveau fixe le domicile de l'enfant mineur auprès de celui de ses parents.

En cas de domiciles distincts des parents, le domicile de l'enfant mineur sera fixé au domicile du parent chez lequel il réside. Ceci peut être le cas par exemple s'il y a séparation des parents exerçant la responsabilité parentale conjointe, et si le domicile de l'enfant a été fixé en alternance chez l'un ou l'autre des parents. C'est l'objet de l'alinéa 2 de cet article.

En outre, il convient de préciser qu'en cas de séparation des parents n'exerçant pas la responsabilité parentale conjointe, le domicile de l'enfant est fixé au domicile du parent exerçant l'autorité parentale exclusive.

La disposition de l'article 108 prévoit aussi dans un alinéa 3 que le majeur incapable est domicilié chez son tuteur.

L'objet de cet alinéa 3 est de traiter le domicile du majeur incapable séparément, bien que le sens de l'actuelle disposition y relatif ne change pas. C'est une reprise de la dernière phrase de l'actuel article 108. En outre, les termes „majeur interdit“ ont été changés en „majeur incapable“ et correspondent à une terminologie plus précise.

12) L'objet de cette disposition est de modifier l'article 302 figurant au Chapitre IV „Des effets du divorce“ du Titre VI „Du divorce“.

Le Gouvernement estime utile de modifier les dispositions de l'actuel article 302 dans le présent projet, car cette disposition est importante et elle forme un ensemble cohérent avec le présent projet et ceci bien que cette disposition fasse déjà l'objet d'une proposition de modification dans le projet de loi portant réforme du divorce, projet au No 5155 déposé à la Chambre des Députés.

La responsabilité parentale est définie par l'article 372 comme un ensemble de droits et obligations conférés aux parents à l'égard de leur enfant. Ces droits et obligations comprennent le droit de garde et de visite.

L'exercice en commun de la responsabilité parentale par les deux parents est devenu la règle.

La modification des articles énumérés à l'alinéa 1 de l'actuel article 302 est une suite logique de la restructuration des articles relatifs au chapitre I „De la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant“.

En effet, il a été nécessaire de remplacer à l'actuel article 302 la référence à l'article 378 par celle aux articles 376 à 376-1 et 379, tout en maintenant la référence à l'article 389 déjà prévue à l'heure actuelle.

A l'alinéa 2 les termes de „droit de garde“ ont été remplacés par les termes „les modalités d'exercice de la responsabilité parentale“. La notion de „garde“ semble trop restrictive, étant donné que normalement depuis la réforme les deux parents exercent la responsabilité parentale. Le fait d'employer les termes „modalités d'exercice de la responsabilité parentale“ englobe tous les attributs de la responsabilité parentale et non seulement le droit de garde.

En outre, la compétence du juge des enfants prévue actuellement par l'alinéa 2 a été transférée au juge des tutelles. A l'heure actuelle, les questions relatives à la responsabilité parentale envers des enfants nés hors mariage relèvent de la compétence du juge des tutelles, alors que les mêmes questions envers des enfants nés dans le mariage, mais dont les parents ont divorcé, sont soumises à la compétence du juge des enfants. Le Gouvernement estime en effet qu'il est plus cohérent de soumettre au même juge tous les litiges relatifs aux enfants de parents séparés.

Le statut matrimonial des parents n'aura plus d'influence sur la compétence du juge ayant à traiter des questions relatives à la responsabilité parentale.

A l'alinéa 3 la modification de l'actuel libellé s'explique par le fait que la notion de „garde“ semble trop restrictive, étant donné que dorénavant les deux parents exercent la responsabilité parentale. En effet, la notion de garde semble indiquer qu'il est fait référence uniquement à la résidence de l'enfant, alors qu'est visé plutôt l'exercice à titre exclusif de la responsabilité parentale. En effet, est visé à cet alinéa 3 le cas où l'un des deux parents n'exerce pas la responsabilité parentale, c'est-à-dire où l'autre parent l'exerce à titre exclusif, cas prévu à l'article 376-1 du projet de loi.

L'alinéa 4 est ajouté à cet article et est une reprise de l'alinéa 4 du nouvel article 377. En effet, il a semblé important au Gouvernement d'insérer cette nouvelle disposition également en matière de divorce. Le tribunal peut ainsi ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire luxembourgeois sans l'autorisation des deux parents. L'objet de cette disposition est de réduire le risque d'enlèvement d'enfants par le parent étranger, ces cas dramatiques d'enlèvement international d'enfants se multipliant malheureusement de nos jours.

De ce fait, l'alinéa 4 actuel de l'article 302 devient l'alinéa 5.

13) L'objet de cette disposition est de procéder à la modification de l'article 1384 alinéa 2 du Chapitre II „Des délits et des quasi-délits“ du Titre IV „Des engagements qui se forment sans convention“ du Livre Troisième.

Les dispositions de l'article 1384 alinéa 2 relatives à la responsabilité des parents du fait des dommages causés par leur enfant mineur ont été modifiées en ce sens que les termes „les parents qui ont le droit de garde“ ont été remplacés par „les parents qui exercent la responsabilité parentale“.

En effet, jusqu'à présent, le parent qui n'avait pas le droit de garde pouvait ainsi échapper à la présomption de responsabilité. Après la présente réforme, la responsabilité incombe aux deux parents, même séparés ou divorcés, étant donné qu'ils exercent la responsabilité parentale en commun en principe.

Les termes „habitant avec eux“ ont été remplacés par les termes plus adéquats de „résidants avec eux“.

14) L'objet de cette disposition est de procéder à la modification de l'article 160bis figurant au Chapitre Ier, au Titre V, du Livre Ier du code civil.

Selon les dispositions de l'article 160bis, le juge des tutelles, sur demande du procureur d'Etat ou de l'un des parents ou des deux, est compétent pour statuer sur le refus des parents de consentir au mariage de leur enfant mineur. Le juge des tutelles est saisi conformément aux dispositions des articles 1047 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Article II.

Toutes les dispositions du Titre XII du Livre Ier de la Deuxième Partie du nouveau code de procédure civile qui font l'objet de modifications sont regroupées dans cet article II.

1) L'intitulé du Titre XII „De la tutelle et de l'autorité parentale“ est remplacé par un nouvel intitulé.

„Titre XII.– De la tutelle et de la responsabilité parentale“

La modification de l'intitulé est une suite logique du remplacement des termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“ au code civil auquel procède le projet de loi aux articles relatifs au chapitre de la responsabilité parentale.

2) L'objet de ce numéro est de modifier les dispositions des articles 1047 et 1048 du nouveau code de procédure civile qui sont liées au fait que la numérotation des articles du code civil figurant actuellement dans ces articles a changé. Le contenu des deux articles visés, à savoir les articles 1047 et 1048 du paragraphe Ier „Du juge des tutelles et du conseil de famille“, quant à lui, n'a pas changé.

a) A l'article 1047, la première phrase de l'alinéa 2 est modifiée afin d'adapter la référence aux articles 377 et 389-5 qui est une suite logique provenant de la renumérotation des articles réformés du code civil.

b) A l'article 1048, les dispositions des alinéas 2 et 3 sont modifiées afin d'une part de changer le terme „conjoint“ en celui de „parent“ et d'autre part d'adapter à l'alinéa 3 la référence à l'article 377 qui est une suite logique provenant de la renumérotation des articles réformés du code civil.

3) L'intitulé du paragraphe II est modifié.

„Paragraphe II. De la délégation et du retrait de la responsabilité parentale“

Le changement des termes de „déchéance“ en ceux de „retrait“ est en corrélation avec l'introduction de ces mêmes termes dans le code civil au chapitre IV du Titre IX Livre premier du même code.

De même, le remplacement des termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“ est une suite logique découlant des modifications auxquelles procède le projet de loi dans le code civil.

4) L'objet de cette disposition est de modifier au Titre XII les dispositions des articles 1063, 1067 alinéa 1, 1069, 1070 alinéa 1, 1073, 1074 alinéa 1, 1075 alinéa 1, 1078 alinéa 1 et 1079 du paragraphe II „De la délégation et du retrait de la responsabilité parentale“.

Article 1063.

La modification de l'article 1063 du nouveau code de procédure civile a pour objet le remplacement des termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 1067 alinéa 1.

Le libellé de cet article a été modifié: la référence à *la garde* et à l'éducation de l'enfant a été remplacée par „toute mesure provisoire qu'il juge utile relative à l'exercice de la responsabilité parentale“.

Article 1069.

La modification de l'article 1069 du nouveau code de procédure civile a pour objet le remplacement des termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 1070 alinéa 1.

Il est procédé à un ajustement des termes, c'est-à-dire au remplacement du terme „action en déchéance“ par celui de „action en retrait“. Le sens de cet article reste le même qu'à l'heure actuelle.

Le remplacement des termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“ est également fait.

Article 1073.

Dans cet article la référence à *la garde* de l'enfant a été modifiée étant donné que le terme de garde a prêté à confusion par le passé.

Il est proposé de remplacer ce terme par les mesures provisoires relatives à l'exercice de la responsabilité parentale.

Article 1074 alinéa 1.

La modification des dispositions de cet article a pour objet de procéder à un ajustement des termes, c'est-à-dire au remplacement du terme „déchéance“ par celui de „retrait“.

Les termes „autorité parentale“ sont également remplacés par ceux de „responsabilité parentale“.

En outre, expédition du jugement prononçant le retrait de la responsabilité parentale est transmise par les soins du procureur d'Etat au juge des tutelles.

Article 1075 alinéa 1.

La modification de cet article n'a pour objet que de procéder à un ajustement des termes, c'est-à-dire au remplacement du terme „déchéance“ par celui de „retrait“. Le sens de cet article reste le même qu'à l'heure actuelle.

Il en est de même des termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“.

Article 1078 alinéa 1 et Article 1079.

Il est également procédé à un ajustement des termes.

Article III. Disposition abrogatoire

Le règlement grand-ducal est devenu sans objet étant donné qu'à la suite de la présente réforme, le tribunal de la jeunesse n'a plus compétence en matière de responsabilité parentale basée sur l'article 302 alinéa 2 du code civil.

Dorénavant cette compétence est exercée par le juge des tutelles dont la procédure est réglée par le Titre XII du Livre Ier de la Deuxième Partie du nouveau code de procédure civile.

Article IV. Dispositions diverses et transitoires

A) Dans toutes les dispositions légales et réglementaires en vigueur au moment où la présente loi prend effet, l'expression „autorité parentale“ est remplacée par celle de „responsabilité parentale“.

B) Dispositions transitoires

- 1) Le principe est que les règles édictées par la future loi de la responsabilité parentale commune s'appliquent à tout enfant né après l'entrée en vigueur de la loi et à toute procédure judiciaire introduite après l'entrée en vigueur de la présente loi, pour autant que la loi luxembourgeoise soit applicable et sous réserve des dispositions transitoires spéciales.

Les règles de la responsabilité parentale commune constituent désormais le principe et s'appliquent tant aux enfants nés après l'entrée en vigueur de la loi qu'aux procédures judiciaires introduites après l'entrée en vigueur de la loi, telles qu'une procédure de divorce.

Cette réforme globale de l'exercice en commun de la responsabilité parentale est applicable dans la mesure où selon les dispositions du code civil ou les dispositions de conventions internationales, respectivement d'actes communautaires, la loi luxembourgeoise serait applicable.

Il a semblé important aux auteurs du projet de prévoir des dispositions transitoires spéciales, afin de faire appliquer les dispositions de la loi à d'autres hypothèses et de leur donner un certain effet rétroactif dans l'intérêt des enfants.

- 2) En ce qui concerne les enfants mineurs nés hors mariage dont la filiation est légalement établie à l'égard de la mère et du père avant l'entrée en vigueur de la présente loi, les auteurs du projet entendent donner l'opportunité aux parents d'opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune, en procédant à une déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

La déclaration conjointe doit être faite dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi devant le juge des tutelles territorialement compétent.

- 3) En ce qui concerne les enfants mineurs nés hors mariage dont la filiation est légalement établie à l'égard d'un parent avant l'entrée en vigueur de la présente loi et à l'égard de l'autre parent après l'entrée en vigueur de la présente loi, les parents pourront opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune, en procédant à une déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

Les auteurs du projet entendent donner l'opportunité aux parents d'opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune, s'ils ont des enfants mineurs nés avant l'entrée en vigueur de la loi, mais dont la filiation n'est au moment d'entrée en vigueur de la loi qu'établie à l'égard de l'un des parents seulement et postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi à l'égard de l'autre parent.

La déclaration conjointe doit être faite dans le délai d'un an à compter de l'établissement de la deuxième filiation après l'entrée en vigueur de la loi. Elle est faite devant le juge des tutelles territorialement compétent.

- 4) En ce qui concerne les procédures judiciaires introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi, les parents peuvent durant l'instance en cours opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune à l'égard de leurs enfants.

A cet effet une déclaration conjointe peut être faite devant le juge ou la juridiction compétente saisie de l'instance en cours.

Il peut s'agir notamment des actions de divorce en cours ou des instances relatives à l'établissement de la filiation.

- 5) En ce qui concerne les décisions judiciaires ayant statué sur la responsabilité parentale et passées en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur de la loi, les parents peuvent opter pour les nouvelles règles de la responsabilité parentale commune à l'égard de leurs enfants mineurs en faisant une déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

La déclaration conjointe doit être faite dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

Article V. Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le deuxième mois qui suit sa publication au Mémorial.

5867/01

N° 5867¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

* * *

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS
DU BARREAU DE LUXEMBOURG****DEPECHE DU BATIONNIER DE L'ORDRE
DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(6.1.2009)

Monsieur le Ministre,

J'ai l'honneur de venir vers vous dans l'affaire comme notée sous rubrique.

Je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint l'avis du Conseil de l'Ordre relatif au projet de loi No 5867 relatif à la responsabilité parentale.

*

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE
RELATIF AU PROJET DE LOI No 5867 RELATIF A
LA RESPONSABILITE PARENTALE**

Le Ministère de la Justice a pris l'initiative de demander l'avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg quant au projet de loi relatif à la responsabilité parentale déposé en date du 11 avril 2008 à la Chambre des Députés.

Le Conseil de l'Ordre approuve le projet dans son principe, mais estime que certaines des dispositions sont sujettes à modifications.

A titre d'observations générales, il y a lieu de relever que le projet de loi parle tantôt de parents, tantôt de père et/ou mère. Afin de garder une cohérence dans le texte et d'éviter la confusion entre parents en tant que „*Verwandte*“ et parents en tant que „*Eltern*“, il est proposé de ne parler que des père et mère.

Les observations qui suivent respectent la numérotation du projet de loi.

Quant à la section I:

L'article 372 alinéa 1 du code civil donne une définition de la responsabilité parentale et désigne son titulaire. Le ou les titulaires de la responsabilité parentale sont désignés par la loi, la convention des parties ou en cas de litige par décision de justice. C'est en premier lieu la loi qui détermine la personne titulaire de la responsabilité parentale. Les titulaires de la responsabilité parentale peuvent également trouver un accord quant au règlement de la responsabilité parentale en cas de divorce ou de séparation de corps par le biais d'une convention. Ce n'est en fait que dans des cas extrêmes, en cas de désaccord et de litige que la responsabilité parentale est conférée par décision de justice.

Nous estimons également qu'il est important de définir dans la loi la notion de responsabilité parentale en précisant ses caractéristiques essentielles à savoir notamment l'organisation de l'hébergement de l'enfant, les décisions importantes concernant notamment sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et son orientation religieuse ou philosophique.

Par conséquent nous proposons de formuler l'article 372 comme suit:

„La responsabilité parentale est l'ensemble des droits et devoirs, ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, conférés à une personne physique ou une personne morale soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention sur base de l'article 378 du Code Civil, soit en vertu d'une décision judiciaire, à l'égard de la personne et/ou des biens d'un enfant.

La responsabilité parentale comprend notamment le droit de garde et de visite, l'organisation de l'hébergement de l'enfant, les décisions importantes concernant notamment sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et son orientation religieuse ou philosophique.“

Pas d'observation au sujet de l'article 372 alinéa 2.

Article 372-1:

Dans un souci de cohérence du texte il paraît opportun de désigner les parents dans les différents textes par les père et mère et de ne pas mélanger les termes parents, père et mère afin d'éviter des discussions d'interprétation.

Dans un souci de précision et de sécurité juridique il paraît souhaitable de préciser la nature des frais auxquels les parents sont tenus de contribuer.

Nous proposons dès lors le libellé suivant pour l'article 372-1:

„Les père et mère son tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés et ressources, les frais d'hébergement, d'entretien, de surveillance, d'éducation et de formation de leurs enfants, en tenant compte des besoins de ces derniers.“

Article 373:

Nous proposons de compléter cet article par la mention *„de sa propre initiative“* afin d'éviter que cet article ne puisse être interprété en ce sens qu'un parent obligé de quitter le domicile familial pour cause de violences, ne doive le faire sans le ou les enfants communs et de laisser ainsi au domicile conjugal le ou les enfants seuls avec le conjoint violent.

Nous proposons dès lors de libeller l'article 373 comme suit:

„L'enfant mineur ne peut quitter de sa propre initiative le domicile familial, sans la permission de ses père et mère et il ne peut en être retiré que dans les cas prévus par la loi.“

Quant à la section II:

Au sujet de l'article 375-1: La rédaction de cet article ne prête pas à critique sauf à remplacer „parents“ par „père et mère“.

Quant à l'article 375-2, le Conseil de l'Ordre approuve le texte proposé, de même que celui proposé pour l'article 375-3.

Toutefois le Conseil de l'Ordre estime que le législateur devrait maintenir l'ancien texte de l'article 376 qui prévoyait de priver de la responsabilité parentale le parent qui n'assumait pas les obligations alimentaires envers son enfant.

Il semble en effet illogique que le parent qui refuse d'assumer financièrement son enfant puisse prendre des décisions le concernant.

Le législateur devrait même aller au-delà de l'ancien texte et prévoir que le parent qui refuse d'assumer ses obligations alimentaires, même en l'absence d'une condamnation pénale pour abandon de famille, peut être privé de ses droits.

Le Conseil de l'Ordre propose dès lors d'ajouter un article 375-4:

„Est privé de l'exercice de la responsabilité parentale, le père ou la mère qui a été condamné pénalement par une décision judiciaire définitive du chef d'inexécution des obligations alimentaires envers l'enfant tant qu'il ou elle n'a pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de 6 mois au moins.

Même en l'absence d'une condamnation pénale tel que prévue à l'alinéa 1 du présent article, pourra être privé de la responsabilité parentale le père ou la mère qui, en dehors de toute raison valable, refuse d'assumer ou n'assume qu'irrégulièrement ses obligations alimentaires envers l'enfant.“

Quant à la section III:

L'article 376 alinéa 1er du projet de loi dispose: „La séparation des parties est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de la responsabilité parentale.“

Le Conseil de l'Ordre propose de supprimer „de dévolution“ de sorte que l'alinéa 1er se lira comme suit: „*La séparation des parties est sans incidence sur les règles de l'exercice de la responsabilité parentale.*“

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il n'est pas approprié de parler de dévolution en matière de l'exercice de la responsabilité parentale dans la mesure où l'article 375 dispose que „Les père et mère exercent en commun la responsabilité parentale“ et attribue ainsi d'office la responsabilité parentale aux deux parents.

Il est donc proposé de donner à l'article 376 alinéa 1 la teneur suivante:

„La séparation des parties est sans incidence sur les règles de l'exercice de la responsabilité parentale.“

L'article 376 alinéa 3 dispose que: „Tout changement de résidence de l'un des parents ...“. Il est proposé de remplacer parents par père et mère.

L'article 376 alinéa 3 prévoit que tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent.

Le Conseil de l'Ordre propose de limiter l'obligation d'une information préalable par rapport à un changement de résidence à la seule hypothèse où ce changement de résidence modifie „*de façon significative*“ les modalités d'exercice de la responsabilité parentale.

Dans un souci de pacification des relations entre parents, il n'y a pas lieu d'instituer une obligation d'information préalable pour un changement de résidence sans autre incidence sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale.

L'article 376 alinéa 3 in fine dispose: „Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.“

Le Conseil de l'Ordre estime que ce libellé est trop impératif alors qu'il est dans l'intention du législateur de ne faire intervenir le juge qu'en cas d'éloignement géographique. Il faudra par ailleurs veiller à ce que l'éloignement géographique des parents ne remette pas en cause la pension alimentaire in globo mais que cette pension ne pourra être changée le cas échéant qu'en fonction des frais provoqués par l'éloignement géographique des parents.

Le Conseil de l'Ordre propose le texte suivant: „*Le juge peut selon les circonstances répartir les frais de déplacement en fonction des lieux de résidence respectifs des parties.*“

Il est donc proposé de donner à l'article 376 alinéa 3 la teneur suivante:

„Tout changement de résidence de l'un des père et mère dès lors qu'il modifie de façon significative les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge compétent en vertu de l'article 377 qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge peut selon les circonstances répartir les frais de déplacement en fonction des lieux de résidence respectifs des parties.“

L'article 376-1 ne donne pas lieu à observation.

A l'article 376-2, il y a lieu de remplacer le terme de „parents“ par „père et mère“.

Il est donc proposé de donner à l'article 376 alinéa 1 la teneur suivante:

„En cas de séparation des père et mère ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à l'éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre ou à la personne à laquelle l'enfant est confié.“

Le Conseil de l'Ordre estime qu'il y a lieu de prévoir que la convention homologuée visée à l'article 378 vaut titre exécutoire.

Cette précision est importante parce qu'elle évite que la partie contractante qui entend exécuter la convention (par exemple en cas de non-paiement des aliments) n'ait l'obligation de se pourvoir en justice pour obtenir un jugement en bonne et due forme.

Il est donc proposé de donner à l'article 376-2 alinéa 2 la teneur suivante:

„Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée qui vaut titre exécutoire visé à l'article 378 ou, à défaut, par le juge compétent en vertu de l'article 377.“

A l'article 376-3, le terme „parents“ est à remplacer par „père et mère“.

Il est donc proposé de donner à l'article 376-3 la teneur suivante:

„Le père ou la mère qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou bien les père et mère peuvent convenir que cette contribution sera versée en tout ou en partie entre les mains de l'enfant majeur.“

Quant à la section IV:

Le Conseil de l'Ordre n'a aucune remarque à formuler au sujet de l'article 377 du Code Civil.

Quant à l'article 378 du Code Civil, afin d'éviter une confusion entre parents (Eltern) et parents (Verwandte), il y a lieu de remplacer le terme „parents“ par „père et mère“.

En ce qui concerne l'article 378 du Code Civil, il est extrêmement difficile pour le juge de constater que le consentement des père et mère n'a pas été donné librement. Il existe également des situations où le juge a simplement un doute.

En tout état de cause, il nous paraît indispensable qu'aussi bien dans l'un que dans l'autre des cas de figure, le juge convoque les parties pour les entendre en leurs explications.

Il nous paraît également important qu'une convention dûment homologuée vaut titre exécutoire, ceci afin d'éviter que l'un des père et mère ne soit obligé de ressaisir le tribunal compétent, dans l'hypothèse où l'autre ne respecte pas la convention homologuée.

Nous proposons dès lors de changer l'article 378 al. 2 comme suit:

„Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des père et mère n'a pas été donné librement auquel cas le juge convoque les parties pour les entendre en leurs explications.“

Une convention dûment homologuée vaut titre exécutoire.“

Quant à l'article 378-1, il nous paraît indispensable que l'enfant représenté par son avocat puisse également avoir accès direct à la justice. De même, il nous paraît indispensable de prévoir une procédure de référé, alors que beaucoup d'affaires touchant les enfants sont des affaires extrêmement urgentes.

Enfin, le Conseil de l'Ordre estime qu'il y a lieu d'insérer à l'article 378-1 une référence à l'article 388-1 du Code Civil, prévoyant les conditions dans lesquelles l'enfant mineur peut être entendu en justice respectivement se faire assister par un avocat.

Jusqu'à présent, l'assistance de l'enfant mineur par un avocat n'est pas réglementée par l'article 388-1 mais uniquement par la loi sur la protection de la jeunesse qui prévoit que la nomination d'un avocat pour l'enfant mineur n'est possible que dans le cadre des affaires relevant de l'article 18 de la loi sur la protection de la jeunesse, et uniquement sur décision du Juge de la jeunesse.

Mais le Juge de la jeunesse n'est pas le seul magistrat confronté à des situations où l'intérêt d'un mineur est en jeu et où l'intervention d'un avocat pour ce dernier s'avère utile (en matière de divorce, d'adoption, au pénal si le mineur est victime, en cas de changement d'état ...).

Le législateur ne permet ainsi pas à tous les magistrats, que ce soit du siège ou du Parquet, la possibilité de nommer un avocat à un mineur soit d'office, soit à la demande d'une des parties intéressées.

Ce pouvoir, non discrétionnaire, devrait exister à tout moment en matière extrajudiciaire et en matière judiciaire, en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense.

Il paraît dès lors utile qu'à côté de l'insertion de la possibilité pour l'enfant concerné de saisir le juge des tutelles conformément à l'article 378-1, les conditions dans lesquelles l'enfant peut se faire assister par un avocat soient également modifiées.

Il est ainsi proposé de donner à l'article 378-1 la teneur suivante:

„Le juge compétent en vertu de l'article 377 peut également être saisi par l'un des père et mère ou par l'enfant représenté par son avocat ou par le ministère public ...“

L'avocat de l'enfant est nommé dans les conditions définies par les articles 388-1 et 388-2.“

Il est ensuite proposé de modifier l'article 388-1 comme suit:

„Tout magistrat du siège ou du Parquet peut procéder d'office à la nomination d'un avocat à la défense des intérêts du mineur pour tout ce qui le concerne directement ou indirectement, en matière extrajudiciaire, judiciaire, gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense.“

Les autres alinéas restent inchangés.

Il est encore proposé de rajouter un article 388-2 dont la teneur est la suivante:

„A la demande du mineur, de ses parents ou représentants légaux ou des parties intéressées, le Juge de la jeunesse doit procéder à la nomination d'un avocat à la défense des intérêts du mineur dans un délai maximum de 8 jours.

La décision sur le choix de l'avocat appartient au Juge de la jeunesse. Toute ordonnance de refus doit être motivée.“

Ces propositions de modification permettraient au législateur de respecter à nouveau la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant.

En effet, par la loi du 27 juillet 1997 sur le divorce (Mémorial A du 12 août 1997), le législateur avait modifié l'article 388-1 du Code Civil et supprimé l'alinéa (4) ôtant ainsi la possibilité pour un magistrat de nommer un administrateur ad hoc à un mineur dont les intérêts sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux.

Le principe mis en place par l'article 12 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant pour le mineur garantissant la nomination d'un représentant dans toute procédure le concernant n'existait donc plus.

L'article 12 de cette Convention dispose:

1. 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.

2. 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.

Parallèlement à la modification de l'article 388-1 et à l'introduction d'un article 388-2, il est proposé de modifier la loi sur l'assistance judiciaire.

En effet, pour assurer une représentation et une défense exemptes de toute pression ou influences extérieures, l'avocat du mineur doit jouir d'une indépendance financière, qui ne peut être garantie que par le biais de l'Assistance Judiciaire.

L'avocat de l'enfant dont les honoraires sont réglés par le père ou la mère de l'enfant se voit en effet constamment reproché le manque d'impartialité, sous prétexte qu'il „favoriserait“ la position de celui qui lui règle ses honoraires.

Afin d'échapper à ce reproche, il n'existe comme seule solution que l'attribution systématique du bénéfice de l'assistance judiciaire au mineur qui se fait assister par un avocat.

Il est ainsi proposé de modifier la loi du 18 août 1995 sur l'Assistance Judiciaire en ajoutant un alinéa 4 à l'article 1er libellé comme suit:

„Le bénéfice de l'Assistance Judiciaire est attribué de plein droit à tout mineur, indépendamment de sa situation financière et de celle de ses parents et/ou des personnes qui vivent avec lui en communauté domestique au sens des articles 6(1) et 7 de la loi du 26 juillet 1986 précitée.“

Par ailleurs, l'Ordre des Avocats est d'avis qu'il est impérieux d'insérer une procédure d'urgence de référé dans le cadre de l'intervention du Juge des Tutelles sur base du projet de loi relatif à la responsabilité parentale.

Il y a lieu de souligner sous ce rapport qu'il n'est pas rare que les convocations à la première audience du Tribunal des Tutelles soient parfois postérieures de plusieurs semaines au dépôt de la requête au greffe par l'avocat.

S'agissant d'une matière de première urgence touchant souvent aux intérêts supérieurs d'enfants se trouvant dans des situations exceptionnelles, il est suggéré d'insérer un article 378bis qui pourrait se lire comme suit:

Article 378bis:

„Dans les cas d’urgence, le Président du tribunal des Tutelles ou le juge qui le remplace, peut, les parties entendues, ou dûment convoquées, ordonner en référé, après avoir entendu le Ministère Public en ses conclusions, toutes mesures utiles et urgentes qui rentrent dans sa compétence sur base des articles 377 et suivants du Code Civil.

Le Juge des Tutelles statuant en matière de référé sera saisi sur assignation conformément aux articles 934 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Les articles 935 à 940 du Nouveau Code de Procédure Civile sont applicables en la matière.“

A l’art. 378-2, il y a lieu de remplacer le terme „parents“ par „père et mère“.

Art. 378-3: Aucune remarque à formuler.

Art. 378-4: Il y a lieu de remplacer le terme „parents“ par „père et mère“.

Art. 378-5: Aucune remarque à formuler.

Art. 378-6: Il y a lieu de remplacer le terme „parents“ par „père et mère“.

De plus, afin d’éviter une insécurité juridique et afin d’éviter que chacune des parties ne puisse, à n’importe quel moment, remettre en cause ce qui a été décidé auparavant, il nous paraît indispensable que les parties ne puissent pas saisir, à tout bout de champs, les juridictions et remettre en question les accords antérieurs.

Dans cet ordre d’idées, il nous paraît important de soumettre la saisine du tribunal à la survenance d’un élément nouveau.

Dans les circonstances données, nous proposons le texte suivant:

Art. 378-6: „Les dispositions contenues dans la convention homologuée, visée à l’article 379, ainsi que les décisions relatives à l’exercice de la responsabilité parentale, peuvent être modifiées ou complétées, en cas de survenance d’un élément nouveau, à tout moment par le juge compétent, en vertu de l’article 377, à la demande des ou d’un des père et mère ou à la demande de l’avocat de l’enfant, ou du ministère public qui peut lui-même être saisi par un tiers parent ou non.“

Quant à la section V:

Le premier paragraphe de l’article 379 n’appelle pas d’observations.

Concernant le deuxième paragraphe de l’article 379, l’Ordre des Avocats propose d’enlever le bout de phrase „choisi de préférence dans sa parenté“.

L’évolution sociologique fait qu’il y a aujourd’hui des familles recomposées, et qu’un mineur est susceptible d’avoir été éduqué par une personne avec laquelle il n’a pas de lien de parenté. Il serait contraire à l’intérêt de l’enfant d’écarter cette personne du choix des tiers à qui l’enfant peut être confié.

Les autres dispositions de la section V n’appellent pas d’observations.

Il en est de même des *chapitres II et III.*

Au *chapitre IV*, la modification de l’article 302 du Code Civil est envisagée.

Quant à la modification de cet article 302 du Code Civil, le Conseil de l’Ordre fait les observations suivantes:

Art. 302: Le mot „confiera“ est à remplacer par „pourra confier“.

Art. 302 al. 2: Il est à compléter comme suit:

„Le tribunal statue sur la résidence habituelle de l’enfant conformément à l’article 378-2 du Code Civil.“

Art. 302 al. 3: En ce qui concerne le droit de visite et d’hébergement, il y a lieu de changer cet alinéa comme suit:

„Un droit de visite et d’hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des père et mère auprès duquel la résidence habituelle de l’enfant n’a pas été fixée.“

*

L'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg a adopté le présent avis lors de sa réunion du 17 décembre 2008.

Je vous prie de bien vouloir croire, Monsieur le Ministre, à l'expression de ma parfaite considération.

Jean KAUFFMAN
Bâtonnier

Service Central des Imprimés de l'Etat

5867/02

N° 5867²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis du Procureur Général d'Etat	2
– Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (26.1.2008).....	2
2) Avis du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg	21
3) Dépêche du Président du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch au Procureur Général d'Etat (31.10.2008)	27
– Avis du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch.....	27
4) Avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (8.7.2008).....	29
5) Avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch (22.10.2008)	32
6) Avis de la Justice de Paix de Luxembourg	35
7) Avis de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette	36
– Dépêche du Juge de Paix Directeur au Procureur Général d'Etat (16.9.2008).....	36
8) Avis de la Justice de Paix de Diekirch (16.9.2008).....	36
9) Avis du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles	38
– Dépêche du Juge-Directeur du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles au Procureur Général d'Etat (9.1.2009)	38
10) Observations de Conseillers à la Cour d'appel	42
– Dépêche de Conseillers à la Cour d'appel au Président de la Cour Supérieure de Justice (20.12.2007).....	42

*

AVIS DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
AU MINISTRE DE LA JUSTICE

(26.1.2008)

Monsieur le Ministre,

Par courrier du 30 mai 2008 vous avez sollicité au sujet du projet de loi sous rubrique l'avis éventuel y relatif des différents chefs de corps.

Je vous transmets par la présente:

- 1) l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg rédigé par Madame la Juge des tutelles Béatrice KIEFFER,
- 2) l'avis de Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch Paul KONSBRUCK,
- 3) l'avis du parquet de Luxembourg rédigé par Madame le substitut Martine LEYTEM,
- 4) l'avis de Monsieur le Procureur d'Etat de Diekirch Jean BOUR,
- 5) l'avis de la Justice de Paix de Luxembourg,
- 6) l'avis de Monsieur le Juge de Paix Directeur d'Esch-sur-Alzette Jean-Marie HENGEN,
- 7) l'avis de Monsieur le Juge de Paix Directeur de Diekirch Paul GEISEN,
- 8) l'avis de Monsieur le Juge Directeur de la Jeunesse et des Tutelles de Luxembourg, Alain THORN,
- 9) des observations de Conseillers à la Cour d'appel exerçant les fonctions de magistrats d'appel en matière de protection de la jeunesse,

en formulant l'avis suivant:

Quant à l'objectif d'instaurer un exercice commun de l'autorité parentale en harmonisant les règles relatives à son exercice indépendamment du statut des parents, à part certaines réserves formulées notamment dans l'avis du Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch et dans celui du Procureur d'Etat près la même juridiction, le soussigné estime émettre, quant au principe de l'autorité parentale conjointe telle que régie par le projet de loi, un avis favorable en se ralliant à la motivation du juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement ainsi libellé:

„La nécessité d'une réforme de ces règles s'impose en raison de l'évolution des modes de vie, notamment multiplication des naissances hors mariage et l'existence d'un nombre de plus en plus important d'enfants vivant dans des familles recomposées, ainsi que la volonté d'assurer l'égalité tant entre tous les enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents, qu'entre les parents eux-mêmes.“

L'idée de l'autorité parentale conjointe s'induit d'ailleurs des dispositions des articles 2, 7, 8 et 9 de la Convention relative aux enfants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi luxembourgeoise du 20 décembre 1993.

Le législateur luxembourgeois est encore tenu à procéder à la réforme qui forme l'objet du projet de loi sous examen non seulement par l'arrêt de la Cour Constitutionnelle rendu le 26 mars 1999 sous le No 7/99 qui a déclaré l'article 380, alinéa 2 du Code civil non conforme à l'article 10bis(1) de la Constitution (article 11(2)) avant la révision constitutionnelle du 29 avril 1999, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant reconnu par les deux parents privativement à la seule mère suivi par l'arrêt de la Cour d'appel (civil) du 11 juillet 2001¹ se déterminant notamment par les motifs qu'il appartient au juge de trancher en application de l'article 380, alinéa 2 du Code civil qui n'enfreint pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme la question de l'exercice unilatéral ou conjoint de l'autorité parentale, compte tenu du principe de l'égalité entre les parents arrêté dans la décision constitutionnelle prévisée du 26 mars 1999, mais encore par l'arrêt de la Cour Constitutionnelle rendu le 12 décembre 2008 sous le No 47/08 qui a dit les articles 302 alinéa premier et 378 alinéa premier du Code civil non conformes à l'article 10bis(1) de la Constitution dans la mesure où ils

¹ Pasicrisie XXXII, 96

n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs.

Il se dégage par ailleurs des travaux préparatoires du projet de loi No 5155 portant réforme du divorce, que tant le Conseil d'Etat en son avis du 16 mars 2004 (projet de loi No 5155² en „Considérations générales“ p. 3 „*Il est nécessaire que la notion de responsabilité parentale conjointe des deux parents soit valorisée dans le texte. Ainsi, en vertu du principe de l'égalité des deux parents à exercer les droits et assumer les devoirs concernant leurs enfants, l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents devrait constituer la règle légale tandis que l'exercice unilatéral devrait être l'exception ...*“) que le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg en son avis du 19 novembre 2003² ainsi que l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand en son avis du 4 décembre 2003³ se prononcent pour le principe de l'autorité parentale conjointe généralisée.

Un argument de poids à introduire la réforme réside également dans le fait que les législations nationales relatives à la responsabilité ou autorité parentale ont évolué en ce sens, c'est-à-dire une responsabilité parentale conjointe, et que le système prévu dans le projet de loi aura le mérite d'harmoniser notre loi nationale avec celle de nombreux pays de l'Union Européenne ayant adopté le principe de l'autorité parentale conjointe (France, Belgique, Allemagne, Pays-Bas, Grande-Bretagne) ainsi qu'il est relevé dans l'exposé des motifs du projet de loi No 5867 p. 6 sous examen et dans l'Avis précité de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand du 4 décembre 2003, p. 4.

Le Code civil français tel que modifié, dont les auteurs du projet de loi sous examen se sont largement inspiré, en énonçant en son article 371-1

„L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.“

est marqué à l'évidence par l'influence de la Convention de New York sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁴.

Les auteurs du projet de loi luxembourgeois, en maintenant les termes de l'actuel article 371 repris sans modification sauf le remplacement d'autorité par responsabilité à l'alinéa 2, transposent à l'article 372 du Code civil figurant au projet de loi les alinéas 1 et 3 prévus de l'article 371-1 du Code civil français, mais transposent à l'alinéa 1er la définition de l'autorité parentale y désignée de responsabilité civile figurant à l'Article 2 sous 7 du Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. L'article 372 alinéa 1er se lit donc comme suit dans le projet de loi:

„La responsabilité parentale est l'ensemble des droits et des devoirs, ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant (al. 1 de l'article 371-1 français), conférés à une personne physique ou morale sur base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et de visite.“

Ce texte suscite plusieurs observations:

1) Tant dans l'intitulé que dans les différents articles du projet de loi, la notion d'„autorité parentale“ est remplacée par celle de „responsabilité parentale“ comme découlant d'après les auteurs du projet de loi directement des réformes en matière de responsabilité parentale au niveau international et, plus spécialement, au niveau européen⁵.

Le Conseil d'Etat avait en son avis du 12 janvier 1993⁶ concernant la loi du 20 décembre 1993 approuvant la Convention de New York sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, opiné en faveur

2 Projet de loi 5155¹ p. 14 sous Section III – Des conséquences du divorce pour les enfants sous Art. 271 al. 1er et suivants

3 Projet de loi 5155⁶ sous Article 271

4 Enc. Dalloz Répertoire de procédure civile v° Autorité parentale No 4

5 voir Projet de loi No 5867 pp. 13 et 14

6 Projet de loi 3608¹ p. 6

du terme „responsabilité parentale“ en se ralliant à une proposition afférente du Conseil d'Etat français.

Madame la juge des tutelles Béatrice Kieffer se prononce en son avis prévisé aux pages 1-2 sous „Considérations générales“ en faveur du maintien de la notion d’„autorité parentale“ en motivant son choix en se basant notamment sur un rapport élaboré lors des travaux préparatoires de la réforme de la législation française par la Commission DE KEUWER-DEFOSSEZ.

„Tant la loi belge que la loi française maintiennent le terme d’autorité parentale, la doctrine française s’exprimant à ce sujet comme suit:

„En même temps, l’article 371, inchangé, rappelle que l’enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère et marque à la fois le bilatéralisme des devoirs et le souci de maintenir ou de restaurer l’autorité morale représentée par les parents et qu’exprime précisément ce terme d’autorité parentale qui n’a pas été remplacé, malgré des propositions en ce sens, par le terme de responsabilité parentale.“ “

En conclusion, la hiérarchie entre normes internationales et normes nationales n’oblige pas un Etat de faire un choix entre notions similaires, surtout si comme en l’espèce elles sont circonscrites et délimitées par une panoplie de dispositions légales régissant la matière, ce d’autant plus que ces règles visent une même finalité consacrée sur le plan international, celle de l’intérêt supérieur de l’enfant. Il s’y ajoute que sur le plan juridique la notion de responsabilité est susceptible de créer des confusions et des ambiguïtés et il n’y a qu’à renvoyer à ce sujet à l’article 1384, alinéa 2 du Code civil. Par ailleurs, toute autorité, bien comprise, implique la notion de responsabilité.

Le soussigné estime en conclusion, sans vouloir exclure péremptoirement l’option de „responsabilité parentale“, qu’il y a lieu de maintenir la notion de l’autorité parentale en l’état dans tous les textes du projet.

2) L’article 372 alinéa 1er du Code civil diffère, ainsi que sus-reproduit, au projet de loi du deuxième alinéa de l’article 371-1 du Code civil français, les auteurs justifiant la formulation retenue par le fait qu’elle s’aligne sur le droit communautaire.

Tant l’avis précité (p. 2 et 3) de Madame la juge des tutelles de Luxembourg que celui (p. 12) de Madame le substitut du parquet de Luxembourg se prononcent en faveur du texte français.

Le soussigné a tendance à se rallier aux arguments développés en les prédits avis, la loi française considérant les différentes fonctions exercées dans l’intérêt de l’enfant comme modalités d’exercice de l’autorité parentale sans reprendre la notion de droit de garde⁷ qui, si on voudrait le retenir devrait être déterminé dans la loi par les différentes fonctions y inhérentes.

La loi belge (art. 371 et suivants du Code civil) n’emploie non plus la notion de droit de garde suite aux réformes législatives récentes.

Par ailleurs, la deuxième partie de la première phrase est vague, mal agencée et ne fait qu’anticiper sur des dispositions ultérieures tout en englobant les droits et obligations à l’égard des biens des enfants dans le chapitre traitant exclusivement des droits et des obligations à l’égard de la personne des enfants.

Il est proposé en conséquence de donner à l’article 372 du projet de loi intégralement la teneur de l’article 371-1 du Code civil français.

L’article 372-1 du projet de loi correspondant à l’article 371-2 du Code civil français ne donne pas lieu à observation sauf à renvoyer à son égard au commentaire des articles.

Idem de l’article 373 du projet de loi correspondant à l’article 371-3 du Code civil français.

L’article 374 du projet de loi assouplit, pareillement à l’article 371-4 du Code civil français, les relations personnelles de l’enfant avec ses ascendants et des tiers, parents ou non.

Tout en renvoyant au commentaire des articles, deux observations semblent de mise:

- 1) Le texte du projet de loi prévoit en son alinéa 2, contrairement au texte français, une condition supplémentaire pour que le juge des tutelles puisse être saisi, à savoir le désaccord des parents. Cette condition supplémentaire permet d’éviter des litiges portés devant le juge compétent, le ministère public ne semblant pas pouvoir agir d’après ce texte en cas d’accord des parents. Or, il n’est pas à

⁷ Enc. Dalloz Répertoire de droit civil v° Autorité parentale No 62

exclure que des parents imposent à leur(s) enfant(s) des relations avec des tiers contraires aux intérêts de(s) enfant(s). Le commentaire des articles est d'ailleurs muet quant à ce point. Il est donc proposé de s'en tenir intégralement au texte français de l'article 371-4.

- 2) Il est bien entendu qu'en cas de litige sur base de l'article 374, l'article 377 alinéa final s'applique d'après lequel „*Le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l'article 388-1.*“

Les auteurs du projet de loi n'ont pas repris, ce qui semble un oubli, la disposition de l'article 371-5 du Code civil français aux termes duquel „*L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs*“, disposition qu'il y a lieu, de l'avis du sous-signé, d'insérer dans le projet de loi, éventuellement comme alinéa premier de l'article 374.

Les articles 375, 375-1 et 375-3 du projet de loi sous le chapitre 1er, section II, ne donnent pas lieu à observations. Ces dispositions correspondent aux articles 372, 372-2 et 373-1 du Code civil français.

Quant à l'article 375-2 du projet de loi correspondant à l'article 373 du Code civil français, il y a lieu d'observer ce qui suit:

Le parquet de Luxembourg en son avis juge la notion de „tout autre cause“ trop imprécise et vague (le texte actuel: art. 376 1° du Code civil contient une énumération précise à cet égard). Tout comme les auteurs du projet de loi la doctrine française ne semble pas, relativement à la notion in fine de l'article 373 du Code civil français, formuler d'objection⁸, notion laissée à l'appréciation du juge, comme le note la juge des tutelles de Luxembourg en son avis.

A noter que manifestement le législateur a entendu voir donner une interprétation restrictive à cette notion „ou de toute autre cause“ la condition essentielle de l'application de l'article 375-2 étant que l'un des parents est hors d'état de manifester sa volonté, le mettant dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale⁹.

Cela est encore confirmé par le fait que le seul éloignement d'un parent ne saurait suffire à lui seul pour l'application de l'article 375-2 du projet de loi, ce terme, comme le relève la juge des tutelles de Luxembourg, ayant été écarté du texte légal. Ne sont donc pas visés ceux éloignés du domicile commun pendant de longues périodes ou régulièrement en raison de leur travail (marins, personnes travaillant sur de grands chantiers à l'étranger).¹⁰

A relever que dans un souci de concordance des textes l'article 213 alinéa 2 actuel du Code civil, identique à l'article 376 1° actuel du Code civil, doit être modifié de sorte à avoir la même teneur que l'article 375-2 prévisé du projet de loi.

Les articles 376 à 376-3 du projet de loi sous le chapitre 1er, section III, traitant de l'exercice de l'autorité (responsabilité) parentale par les parents séparés correspondent aux articles 373-2, 373-2-1 alinéas 1, 2 et 4, 373-2-2 alinéas 1 et 2 et 373-2-5 et ne donnent pas lieu à observation.

- 1) Toutefois le projet de loi ne prévoit pas de disposition identique ou similaire à celle de l'article 373-2-1 alinéa 3 du Code civil français au sujet du droit de visite du parent auquel l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été confié et prévoyant une modalité d'exercice du droit de visite ainsi formulée:

„Lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ce parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet.“

Même si, de l'avis du soussigné, le juge pouvait déjà actuellement apporter pareils aménagements à l'exercice du droit de visite en cas de difficultés particulières à cet égard entre parents, l'insertion de cette disposition spécifique prévisée dans l'article 376-1 présenterait une utilité certaine.

- 2) En second lieu, si l'article 376-2 alinéa 2 du projet de loi précise, tout comme l'article 373-2-2 alinéa 2 du Code civil français, que „*Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont*

⁸ Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale Nos 151-154

⁹ Jurisclasseur Civil Code Art. 371-378 fasc. 10 sous b No 101((18)2003)

¹⁰ voir pour une personne détenue Civ. 1re 8 novembre 1982 Gaz. Pal. 1983, 2, 517 note Massip

fixées par la convention homologuée visée à l'article 378 ou, à défaut, par le juge compétent en vertu de l'article 372“, ne sont cependant pas reprises dans le projet de loi les modalités spécifiques de pension alimentaire énoncées aux articles 373-2-2 alinéas 3 et 4, ainsi qu'aux articles 373-2-3 et 373-2-4 du Code civil français.

Le soussigné laisse le soin au législateur de déterminer si ces modalités spécifiques sont à insérer, comme en France, au projet de loi ou à laisser à l'appréciation des parents et donc à fixer en la convention visée à l'article 378 ou, à défaut, à laisser à l'appréciation du juge sur proposition d'une des parties.

En ce qui concerne un autre point, qui semble mériter attention, consiste en la modification de la pension alimentaire. Les auteurs du projet de loi se sont contentés de renvoyer à ce sujet au commentaire de l'article 376-2 à l'article 378-6 du projet de loi.

3) Il semble au soussigné, dans un souci de clarté et pour éviter toute discussion à ce sujet, d'édicter à ce sujet un article 376-4 de la teneur suivante:

Le montant, les modalités et les garanties de la pension alimentaire visée à l'article 376-2, de même que la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant majeur visée à l'article 376-3, peuvent être modifiés ou complétés à tout moment par le juge compétent en vertu de l'article 377, à la demande du parent à qui l'exercice de l'autorité parentale a été confié, du tiers auquel l'enfant est confié, du ministère public ou de l'enfant majeur.

4) Le parquet de Luxembourg estime en son avis insuffisant pour être trop vague le critère de l'intérêt de l'enfant pour permettre au juge de décider en vertu de l'article 376-1 alinéa 1 du projet de loi de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents et propose d'insérer les situations dans lesquelles les auteurs du projet de loi ont envisagé, en les énumérant dans le commentaire des articles, l'exercice de l'autorité parentale par un seul des père et mère.

L'énumération des situations au commentaire des articles, telle que formulée, a un caractère non limitatif. Le juge en décidant in concreto peut toujours tenir compte de ce qui est dit dans les travaux préparatoires, mais le texte de l'article 376-1 du projet de loi est suffisamment clair et correspond d'ailleurs au texte français, à savoir l'article 373-2-1, au sujet duquel il est dit qu'il ressort de ses dispositions que leur application est subsidiaire par rapport à l'autorité parentale conjointe et fonction du seul intérêt de l'enfant.¹¹

L'article 374 alinéa 2 du Code civil belge, traitant de la même question et qui s'énonce comme suit:

„A défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge compétent peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère.“

limite l'hypothèse, où il peut être décidé de confier en cas de séparation des parents l'exercice de l'autorité parentale à un seul des père et mère dans l'intérêt de l'enfant uniquement au cas de désaccord entre parents sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale ou lorsque l'accord en question entre parents paraît contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette solution légale semble critiquable alors que, d'une part, il peut y avoir d'autres causes où l'intérêt de l'enfant commande l'exercice exclusif de l'autorité parentale par un parent en dehors des désaccords et accords entre parents sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale et que, d'autre part, un désaccord entre parents sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale ne doit pas nécessairement aboutir à confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents.

Le soussigné conclut qu'il y a lieu de maintenir le texte sous examen à savoir l'article 376-1 alinéa 1er du projet de loi tel qu'il y figure actuellement.

Le projet de loi sous examen traite dans la Section IV du Chapitre 1er du Titre IX de l'intervention du juge des tutelles.

S'ils semblent suivre le législateur français, il faut noter que dans les articles 373-2-6 à 373-2-13 du Code civil français les dispositions y figurant ne concernent que les attributions du juge des tutelles

¹¹ Jurisclasseur Civil Code Art. 371 à 387 fasc. 10 sous 2 a) No 98 ((17)2003)

(juge aux affaires familiales) relatives aux questions lui soumises dans le cadre des chapitres Ier et II du Titre IX du Livre Ier du Code civil français relativement à la personne et aux biens de l'enfant, les auteurs du projet de loi sous examen n'entendent pas seulement régler dans la Section IV l'intervention du juge des tutelles relative aux questions lui soumises dans le Titre IX du Livre Ier du Code civil comprenant entre autres le chapitre sur l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et le chapitre sur l'autorité parentale relativement aux biens des enfants, mais aussi nombre d'autres questions au sujet desquelles le juge des tutelles voit ses attributions non seulement élargies, mais se voit conférer des attributions, constituant un vaste litige, qui jusqu'à présent étaient de la compétence d'autres organes judiciaires, entre autres de la compétence du juge de la jeunesse (art. 302 Code civil) et surtout de la compétence du juge de paix en matière d'obligations et de pensions alimentaires (not. art. 376-2, 377, 378 et 378-6 du projet de loi), de sorte que dans les différents avis des autorités judiciaires des questions de principe sont soulevées touchant non seulement la compétence et la procédure devant le juge des tutelles, mais encore et surtout le problème d'une réorganisation judiciaire à laquelle il est **impératif de procéder dans le projet de loi sous examen** sous peine d'être acculé à une impossibilité d'appliquer les dispositions du projet en raison d'un nombre nettement insuffisant de magistrats pour régler le nouveau contentieux de la compétence du juge des tutelles des mineurs.

Il y a donc, de l'avis du soussigné, lieu d'insérer les dispositions relatives à l'intervention du juge des tutelles entre l'Art. I et l'Art. II du projet de loi et la question se pose si ces dispositions ne devraient pas figurer plutôt au Nouveau Code de procédure civile plutôt qu'au Code civil, s'agissant de questions de compétence et de procédure.

La section V traite de l'intervention des tiers.

L'article 379 repris de l'article 373-3 du Code civil français ne donne pas lieu à observation.

Tout au plus y a-t-il lieu d'ajouter à la suite des alinéas 2 et 3 prévoyant la possibilité de confier l'enfant à un tiers un alinéa final disposant: „*Le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant en vertu de l'article 388-1 du Code civil*“.

Les articles 380, 380-1, 380-2 et 381 correspondent aux articles 373-4, 373-5, 374-1 et 374-2 du Code civil français¹².

Quant au Chapitre III traitant de la délégation de l'autorité parentale

Le projet de loi prévoit quelques modifications au texte qui a été introduit par la loi du 18 avril 1984 dans le Code civil.

En ce qui concerne la délégation de l'autorité parentale qui peut être volontaire ou forcée, il est renvoyé au Jurisclasseur Civil Code fasc. 30 (2004).

L'article 387-1 du projet de loi n'est pas modifié à part le remplacement du terme d'autorité parentale par celui de responsabilité parentale. Le texte luxembourgeois se termine à raison et contrairement au texte de l'article 376 du Code civil français par le bout de phrase suivant maintenu à bon droit au texte du projet de loi „*et lorsque cette renonciation ou cette cession n'est pas contraire aux intérêts de l'enfant*“.

Au projet de loi l'article 387-2 est maintenu sauf à remplacer les termes de „garde“ par „droits et obligations de la responsabilité parentale“ et de „pactes“ par „accord“ et comme le juge des tutelles connaît des litiges relatifs à l'exercice et aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, il est indiqué de suivre le législateur français ayant remplacé en l'article 376-1 du Code civil français le terme d'„un tribunal“ par „un juge aux affaires familiales“ (au projet de loi actuel „Un juge des tutelles“).

Il est proposé de remanier les articles 387-3 et 387-4 du projet de loi, le premier visant la délégation volontaire, le deuxième la délégation forcée comme suit:

Pour éviter l'ambiguïté existant également dans le texte français, l'article 387-3 alinéa premier doit commencer comme suit: „Les père et mère ensemble ou celui d'entre eux qui a seul l'exercice de l'autorité parentale ...“¹³ de sorte que l'article 387-3 alinéa premier traitant de la délégation volontaire se lira comme suit:

Les père et mère ensemble ou celui d'entre eux qui a seul l'exercice de l'autorité parentale (le tuteur autorisé par le conseil de famille ou l'administrateur public), peuvent, lorsque les circons-

¹² voir sur l'intervention des tiers Jurisclasseur Civil Code Art. 371 à 387 fasc. 10 sous c) 1) 102 et suivants ((18)2003)

¹³ Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale No 302 et suivants p. 45 (2004)

tances l'exigent, saisir le juge (des tutelles) en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un particulier digne de confiance ou à un établissement agréé à cette fin par arrêté grand-ducal.

Le soussigné propose, sous réserve de l'énoncé de l'article 378-3 alinéa 1er ci-avant, de remplacer à l'article 387-3 du projet de loi les dispositions y figurant par celles de l'article 377 du Code civil français et à l'article 387-4 du projet de loi les dispositions y figurant par celles de l'article 377-1 du Code civil français en remplaçant à l'article 384 alinéa 2 l'article 372-2 au texte français par l'article 375-1 du projet de loi sous examen et à l'article 384 alinéa 3 l'article 373-2-11 au texte français par l'article 378-4 du projet de loi sous examen.

Les articles 387-5 à 387-8 ne donnent pas lieu à observation, sauf qu'à l'article 387-7 alinéa 2 le tribunal est à remplacer par le juge des tutelles (aux affaires familiales).

Quant au chapitre III traitant du retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, le terme de retrait remplace celui de déchéance.

L'alinéa premier de l'article 387-9 traite du retrait par un jugement pénal en reprenant le texte français afférent de l'article 378 alinéa premier ainsi que l'alinéa 2 du même article relatif aux ascendants autres que les père et mère.¹⁴

On peut se demander pourquoi, si on a ajouté le crime ou le délit commis par leur enfant, on n'a pas maintenu dans la première phrase „ou à l'aide de la personne de leur enfant“, alors que la portée de deux notions peut être différente et pourquoi on n'a pas non plus maintenu dans la première phrase „ou descendant“.

L'alinéa 2 de l'article 387-9 du projet de loi, repris de l'article 378-1 alinéa 1 du Code civil français, ne donne pas lieu à observation. La dernière phrase est reprise du texte luxembourgeois actuel.

L'alinéa 3 de l'article 387-9, à part qu'il se prononce sur la compétence de la juridiction habilitée à être saisie de l'action en retrait, à savoir le tribunal d'arrondissement de même qu'en France (tribunal de grande instance), désigne également les personnes ayant qualité pour agir, question qui se pose en général aussi et en particulier au sujet des personnes susceptibles de saisir le juge des tutelles, question sur laquelle il y a lieu de revenir.

Le soussigné estime que dans l'alinéa 3 il faudrait non seulement donner qualité à part à ceux y énumérés, à un membre de la famille ainsi que le prévoit l'article 378-1 alinéa 3 du Code civil français, mais aussi à un tiers auquel l'enfant est confié en conformité des dispositions figurant sous la Section V du Chapitre 1er examinées plus haut.

L'alinéa premier de l'article 387-10 du projet de loi correspondant à l'article 379 du Code civil français soulève seulement la question pourquoi en cas de retrait total n'a pas été retenue au texte l'exclusion de la succession prévue au point 5 de l'article 387-10 alinéa 2 actuel du Code civil, ainsi que l'incapacité générale d'être tuteur, subrogé tuteur ou membre d'un conseil de famille prévue à l'alinéa 3 de l'article 387-10 actuel du Code civil, les peines prononcées pour les infractions visées à l'article 387-9 alinéa 1er du projet de loi ne correspondant pas nécessairement à celles entraînant l'interdiction afférente prévue aux articles 11. 5) et 12.

Les articles 387-10, 387-11 et 387-13 ne donnent pas lieu pour le surplus à commentaire, à part que le délai d'un an prévu à l'article 387-13 pour introduire une demande de réintégration des droits, malgré l'exigence de circonstances nouvelles à justifier et même si prévu par le texte français, semble trop court, un délai de deux ans à trois ans au moins semblant plus raisonnable, ceci dans l'intérêt bien compris de l'enfant auquel il faut garantir une certaine stabilité du milieu dans lequel il vit.¹⁵

Quant au Chapitre II De l'autorité parentale relativement aux biens des enfants

Ce chapitre en suivant l'ordre du Code civil français devrait figurer comme chapitre IV au lieu de former le chapitre II du Titre IX, c'est-à-dire après les chapitres sur la délégation et le retrait.

Les articles 382, 385, 386 et 387 ne sont pas changés.

¹⁴ Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale No 337

¹⁵ Avis de Monsieur le Juge Directeur de la Jeunesse et des Tutelles de Luxembourg, p. 5 troisième alinéa (Dans le même ordre d'idée ... page 6, 2 premiers alinéas)

L'article 383 en son alinéa premier a été rendu nécessaire, comme indiqué au commentaire des articles, par le fait que l'autorité parentale commune constitue le principe dorénavant cet alinéa correspondant à l'article 383, alinéa premier, du Code civil français.

Dans le même ordre d'idées, il y a lieu également de reprendre textuellement l'alinéa 2 de l'article 383 du Code civil français qui s'énonce ainsi:

„La jouissance légale est attachée à l'administration légale: elle appartient soit aux deux parents conjointement, soit à celui des père et mère qui a la charge de l'administration.“

Titre X De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation

Une observation essentielle et de principe est de mise avant l'examen des textes modifiés du projet de loi:

Si les auteurs du projet de loi attribuent une compétence nouvelle et quasi générale au juge des tutelles relativement au contentieux en rapport avec les dispositions du Titre IX en insérant au Chapitre I une Section IV intitulée – De l'intervention du juge des affaires familiales – comprenant les articles 373-2-6 à 373-2-13 ce qui pose des problèmes de réorganisation judiciaire évoqués plus haut et sur lesquels le soussigné entend se prononcer ultérieurement, le Titre X n'est pas modifié à cet égard, alors qu'il a toujours été le domaine du juge des tutelles.

Le soussigné n'entend pas formuler d'observations particulières au sujet des modifications des articles 389, 389-1, 389-2, 389-4, 389-5, 389-6, 389-7, 390 alinéa 1 et 443 pour autant qu'elles ne sont que l'expression de la réforme mise en oeuvre par le projet de loi sous examen.

L'article 389 correspond à l'article 389 du Code civil français.

L'article 389-1 correspond à l'article 389-1 du Code civil français.

L'article 389-2 correspond à l'article 389-2 du Code civil français.

L'article 389-4 correspond à l'article 389-4 du Code civil français.

L'article 389-5 correspond en sa substance à l'article 389-5 du Code civil français.

Il y aurait lieu d'ajouter au troisième alinéa in fine „en conformité des articles 459 alinéa premier et 466 du Code civil“.

L'article 389-6 correspond à l'article 389-6 du Code civil français, sauf la dernière phrase non prévue au texte français qui est superflue au vu de l'article 389-4.

L'article 389-7 correspond à l'article 389-7 du Code civil français.

Idem de l'article 390 alinéa 1.

L'article 443-2° du Code civil doit s'énoncer comme suit au vu du Titre X Chapitre IV du projet de loi:

„ceux contre lesquels a été prononcé un retrait de l'autorité parentale“.

Les dispositions légales relatives à l'adoption (Art. I 10 du projet de loi) telles que modifiées au projet de loi ne donnent pas lieu à commentaire, ces modifications n'étant que l'expression de la réforme mise en oeuvre par le projet de loi sous examen.

L'article 108 du projet de loi (Art. I 11) relatif au domicile du mineur est repris de l'article 108-2 du Code civil français. A noter qu'en cas de domiciles distincts des père et mère, le domicile découle de la résidence, notion importante en matière de droit interne et du droit international privé par rapport à la compétence des juridictions et qui constitue une des modalités substantielles de l'exercice de l'autorité parentale.¹⁶

Le troisième alinéa de l'article 108 relatif au domicile du majeur incapable reprend l'article 108-3 du Code civil français.

L'article 1384 alinéa 2 du Code civil (Art. I 13 du projet de loi) relatif à la présomption de responsabilité des père et mère du chef du dommage causé par leurs enfants mineurs reprend la disposition modifiée de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil français sauf à utiliser la formule *„par leurs enfants mineurs résidant avec eux“* au lieu de la formule française *„par leurs enfants mineurs habitant avec eux“*.

¹⁶ L'exercice de l'autorité parentale par Laurence Gareil 2004 en collection Bibliothèque de Droit Privé T 413 Nos 161-199 L.G.D.J. 2004

Or, la matière des présomptions de responsabilité civile édictées par l'article 1384 du Code civil a évolué continuellement au vu d'une jurisprudence très abondante à laquelle la jurisprudence luxembourgeoise s'est quasi intégralement ralliée. Il est donc imprudent de s'écarter, ne fût-ce que d'un iota, de la terminologie légale française au risque d'engendrer des débats inextricables d'interprétation en la jurisprudence luxembourgeoise et par voie de conséquence de discussions dilatoires n'ayant pour seule fin que de prolonger les litiges.¹⁷

L'objet de l'Art. I 14 du projet de loi consiste à substituer à la compétence du tribunal d'arrondissement en cas de refus des parents de consentir au mariage de leur enfant mineur la compétence du juge des tutelles à l'article 160bis.

*

Il y a lieu à ce stade de l'examen du projet de loi No 5867 de développer certaines considérations générales relatives à la compétence en la matière et par voie de conséquence à des problèmes y inhérents d'organisation judiciaire.

Si en France le Titre X du Code civil traitant de l'administration légale et de la tutelle est placé sous le contrôle du juge des tutelles appelé à trancher et à prendre des décisions gracieuses et contentieuses, il en est autrement du Titre IX relatif à l'autorité parentale dans lequel domaine s'exerce la compétence du juge aux affaires familiales.

En France s'est créé progressivement une juridiction familiale dont la genèse, l'objet, l'évolution et le champ d'application ou compétence peuvent être décrits comme suit:

„§ 4. – *La juridiction familiale*

18.– Création progressive d'un juge familial. – Conscient de la particularité du droit de la famille, le monde judiciaire a ressenti de plus en plus fort l'inadaptation des juridictions de droit commun, pour intervenir en ce domaine. Il y aurait aujourd'hui une sorte d'incongruité à faire trancher ces matières par le même juge qui statue sur les brevets ou la responsabilité des architectes ...

C'est pourquoi la tendance récente a été de spécialiser certains magistrats dans ces matières afin que leur intervention ne soit plus la pure manifestation d'un pouvoir de décision, mais se nuance de la recherche d'une solution qui ne soit pas purement juridique, mais qui fasse également appel à des éléments psychologiques, sociologiques, etc.

Le juge des enfants est apparu le premier, le magistrat spécialisé dans ce qui concerne les difficultés d'éducation de l'enfant, notamment dans leurs aspects „disciplinaires“.

Puis des chambres de la famille ont été créées dans certaines juridictions, qui ont permis, en 1975, l'apparition du juge aux affaires matrimoniales, qui doit régler, par un mélange de décision et de conciliation, les difficultés apparaissant lors du divorce ou après celui-ci. Plus récemment, provenant en particulier du Canada, sont apparues l'idée et la pratique de recourir en la matière aux services de médiateurs.

Ces „essais“ ont abouti à la création, par la loi du 8 janvier 1993, du „juge aux affaires familiales“, entré en fonction en mars 1994 (art. 64 de la loi). Ce „JAF“, membre spécialisé du tribunal de grande instance, regroupe entre ses mains les compétences autrefois éclatées entre le juge des tutelles, le juge aux affaires matrimoniales et le tribunal de grande instance ou son président: conflits en cours de mariage, contentieux du divorce, questions de nom et d'autorité parentale, mise en oeuvre des obligations alimentaires, sont de son ressort. Seuls continuent de lui échapper les procès relatifs à l'état de l'enfant (filiation ou adoption), qui doivent être jugés de façon collégiale par le tribunal de grande instance, et les mesures d'assistance éducative qui restent du juge des enfants.“¹⁸

A. Le soussigné estime dès lors en premier lieu que le juge, qui aux termes de l'article 377 du projet de loi est compétent pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre du Titre IX du Livre Ier du Code civil, ne devrait pas être le juge des tutelles compétent au sujet du Titre X, mais en reprenant la qualification française le juge aux affaires familiales qui figurerait parmi les juges de

¹⁷ Litec Code civil 2006 sous article 1384 III Responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs 63) Condition de cohabitation p. 796

¹⁸ Alain Bénabent Droit Civil La Famille 10e éd. à jour au 25 janvier 2001 sous Introduction p. 11, Litec

l'actuel tribunal de la jeunesse et des tutelles, institué par l'article 15 modifié de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, et serait à intitulé dorénavant de tribunal de la jeunesse, aux affaires familiales et des tutelles.

Notons qu'aux termes de l'article 15, alinéa 5, les juges de ce tribunal se suppléent mutuellement. Le législateur belge a rendu compétent le juge de la jeunesse pour régler les questions relatives à l'autorité parentale¹⁹.

Quant à la compétence du juge aux affaires familiales en rapport avec d'autres juridictions dont l'objet est au sens large „l'intérêt de l'enfant“ il peut y avoir des situations où les compétences semblent en concurrence, tel p. ex. avec le juge de la jeunesse, question évoquée indirectement par M. le Juge Directeur du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles²⁰ en rapport avec la procédure du retrait qui est également une mesure de protection de l'enfant²¹ mais relève d'après la loi du tribunal d'arrondissement et non du juge aux affaires familiales.

Quant à la compétence du juge de la jeunesse, elle prime en principe celle du juge aux affaires familiales et celle des autres juridictions statuant sur l'exercice de l'autorité parentale au cas où le juge de la jeunesse agit dans le cadre de sa compétence définie par les articles 2 et 7 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse et, en vertu de l'article 11 de la même loi, le placement par le juge de la jeunesse opère de plein droit transfert de l'exercice de l'autorité parentale.

B. A part la proposition de qualifier le juge dont relève la compétence de régler les questions relatives à l'autorité parentale de juge aux affaires familiales, la question essentielle est celle de l'étendue à conférer à sa compétence.

I. En France, ainsi que précité, cette juridiction spécialisée regroupe entre ses mains les conflits en cours de mariage, le contentieux du divorce, les questions de nom et d'autorité parentale, la mise en oeuvre des obligations alimentaires.

Il serait somme toute logique et dans un souci de clarté et de sécurité juridique de régler en un seul corps de loi l'ensemble des compétences de la juridiction (juge) des affaires familiales en s'inspirant des solutions adoptées par le législateur français.

Monsieur le Vice-Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à l'époque actuellement Conseiller à la Cour supérieure de Justice, Roger Linden, avait opiné en ce sens du moins au sujet du contentieux relatif au divorce (No 5155³, p. 3) en se prononçant comme suit:

„Le projet ne fait pas de distinction spécifique en ce qui concerne les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond. Cette approche est-elle délibérée? Est-ce à dire qu'un seul juge sera compétent pour statuer tant sur les mesures provisoires que sur le fond du litige en ce y compris les mesures accessoires définitives? N'y a-t-il pas lieu dans ce cas à institution d'un juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions relevant de l'après-divorce?“ – question que soulève aussi Madame le Juge des tutelles de Luxembourg en son avis relatif au projet de loi sous examen à la page 6, 3e alinéa et suivants.

Il y aurait lieu en tout cas, tel que le relèvent aussi les auteurs du projet de loi sous examen, de coordonner les dispositions afférentes correspondantes des deux projets de loi portant réforme du divorce (No 5155) et relatif à la responsabilité parentale (No 5867). Même si les auteurs du projet de loi n'ont pas conféré au juge aux affaires familiales l'étendue des attributions dont il dispose en France, ils ont cependant étendu sa compétence au-delà du Titre IX du Livre I du Code civil à deux domaines

1) Le juge des tutelles, qui serait à désigner comme préexposé de juge aux affaires familiales, se voit conférer les compétences actuelles du juge de la jeunesse relatives à l'article 302 alinéa 2 du Code civil qui disposerait *„En cas de divorce prononcé sur base des articles 229, 230 et 231 et en cas de divorce par consentement mutuel (à conformer au nouveaux textes du divorce suite à la réforme de celui-ci) le juge aux affaires familiales (version actuelle „le tribunal de la jeunesse“) pourra*

¹⁹ voir avis de M. le Juge Directeur du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles aux pages 8 et 9 sous „Compétences du juge des tutelles et non pas du juge de la jeunesse“

²⁰ avis pages 5-6

²¹ Enc. Dalloz Répertoire de Droit Civil v° Autorité parentale No 346

toujours dans la suite déterminer, modifier ou compléter les modalités d'exercice de l'autorité parentale (la responsabilité parentale) pour le plus grand avantage des enfants“.

- 2) Le juge aux affaires familiales se voit attribuer de larges pouvoirs en se voyant conférer la compétence par le projet de loi de trancher les demandes dérivées de l'obligation spécifique d'entretien et d'éducation des enfants et de pensions alimentaires au sujet desquelles en l'état actuel l'article 4.1° du Titre préliminaire du Nouveau Code de procédure civile attribue compétence au juge de paix.

Le soussigné entend reproduire à ce sujet, en raison de leur intérêt, les développements afférents contenus dans l'avis de Monsieur le Juge de Paix Directeur de Diekirch:

„1. En l'état actuel, l'art. 4,1° du NCPC attribue compétence au juge de paix pour connaître de toutes demandes en pension alimentaire, à l'exception de celle se rattachant à une instance en divorce ou de séparation de corps. Rentrent donc dans cette compétence notamment aussi les demandes dérivées de l'obligation spécifique d'entretien et d'éducation des enfants, obligation que la jurisprudence a rattachée à l'article 203 du Titre V, chap. 5 du Code Civil, que les parents soient mariés ou non et que la filiation soit établie à l'égard d'un seul ou des deux. Or, sans modifier les deux dispositions précitées, le projet reprend cette obligation alimentaire spécifique qui peut se prolonger même au-delà de la majorité dans les art. 372-1, 376-2 et 376-3 nouveaux du Titre IX, chap. 1er du Code Civil et, à l'art. 377, attribue compétence au juge des tutelles pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre dudit titre. Si, comme on peut le supposer, – bien que ni le projet lui-même ni le commentaire des articles n'en touche un mot –, l'intention des auteurs du projet est d'opérer sur ce point un transfert de compétence des justices de paix aux juges des tutelles et, en appel, du tribunal d'arrondissement à la Cour d'appel, une reformulation de l'art. 4,1° du NCPC et de l'art. 203 du Code Civil s'imposerait pour obvier au spectre d'une compétence concurrente des deux types de juridiction en la matière.

Ceci étant, et quels que puissent être les mérites réels ou supposés d'un tel transfert de compétence, il convient aussi de relever les inconvénients manifestes qu'il comporterait.

- a) *Il impliquerait tout d'abord un éparpillement supplémentaire des compétences en matière alimentaire qui déjà présentement se partagent entre le juge de paix, le juge des référés (pendant l'instance de divorce), le tribunal d'arrondissement (à l'issue du divorce) et leurs juridictions d'appel respectives avec toutes les complications et imbrications bien connues des praticiens.*
- b) *Vu l'ampleur du contentieux concerné, – qui constitue près de 9/10ièmes du contentieux alimentaire global traité par les justices de paix lequel ne fait d'ailleurs que croître –, le transfert de compétence envisagé rendrait en outre inévitable une réadaptation sensible de l'organisation judiciaire, puisque la décharge de travail en résultant au niveau des justices de paix devrait être compensée par un renforcement notable des effectifs des tribunaux des tutelles, voir même de la Cour, dont pour les raisons esquissées en introduction la tâche risque de toute façon de croître même en l'absence d'un tel transfert.*
- c) *L'expérience pratique démontre que, de plus en plus, le contentieux alimentaire dont sont saisies les justices de paix n'est plus un contentieux autonome mais a tendance à devenir un contentieux accessoire de celui des saisies-arrêts sur salaires et rémunérations. Ainsi c'est souvent quand après une période d'inactivité dont il était ou non responsable, un débirentier retrouve un emploi et le crédientier pratique alors une saisie-arrêt sur salaire pour obtenir paiement à la fois du terme courant et des arriérés entre-temps accumulés d'une pension ou de contributions alimentaires qu'il s'était antérieurement vu allouer par une décision de justice, que le premier sollicitera une réduction, le cas échéant même rétroactive, de ces pensions ou contributions, puisqu'il se trouve acculé à une situation financière inextricable du fait que les arriérés absorbent la partie saisissable de son revenu dont ils sont prélevés tandis que la partie théoriquement insaisissable sera amputée du terme courant. Comme il est compétent pour connaître à la fois de la saisie-arrêt et de la demande en réduction, – qui plus d'une fois est d'ailleurs justifiée –, le juge de paix est actuellement en mesure de solutionner relativement vite et par un seul jugement des cas pareils. Avec le transfert de compétence envisagé et comme dans la majorité des hypothèses ce sont des contributions pour enfants qui sont en cause, tel ne serait plus le cas à l'avenir, puisque le juge de paix devrait renvoyer le saisi à se pourvoir devant le juge des tutelles par une demande séparée et en attendant la décision de ce dernier, devrait se borner à surseoir à statuer sans même pouvoir accorder de mainlevée provisoire de la saisie pratiquée. Ainsi, le transfert de compétence envisagé aurait pour double effet de multiplier les instances judiciaires et de pro-*

longer indûment des situations dramatiques qui récemment encore ont été relevées par le médiateur.“

La plupart des autres avis des autorités judiciaires abondent dans le même sens.

Ainsi Madame le Juge de Paix Directeur de Luxembourg, après avoir rendu attentif à la compétence du juge de paix à l’art. 4.1° du Nouveau Code de procédure civile, observe que la solution prévue au projet de loi relative aux obligations alimentaires aurait l’avantage de regrouper toutes les questions relatives à la responsabilité parentale, y compris les pensions alimentaires, devant un même juge, mais aurait néanmoins l’inconvénient d’engendrer deux procédures parallèles en cas de demande de pension alimentaire à titre personnel et au profit des enfants. Cette problématique serait de l’avis du soussigné évité évidemment en majeure partie si on attribuait à la juridiction aux affaires familiales les mêmes compétences qu’en France comme relevé plus haut.

Il est renvoyé quant aux tâches actuelles déjà importantes du juge des tutelles aux tâches qui s’y ajouteraient du fait des compétences nouvelles instaurées par le projet de loi, à la problématique de l’article 4.1° du Nouveau Code de procédure civile, au volume en général du contentieux à charge du juge des tutelles suite à la réforme envisagée et des transferts de contentieux que de même au sujet de la reprise du système français du juge (tribunal des affaires matrimoniales) aux avis de Madame le Juge des tutelles de Luxembourg²², de Monsieur le Président du tribunal d’arrondissement de Diekirch, page 2 à page 3 jusqu’aux alinéas 5-6 s’énonçant comme suit:

„Vu l’ampleur du contentieux à confier à la juridiction des Tutelles, une réorganisation de l’organisation judiciaire s’imposerait d’urgence“ (c’est-à-dire d’après le soussigné elle s’imposerait **dans le projet de loi lui-même**). *„Il faudra envisager un renforcement important des effectifs des Tribunaux des Tutelles et de la Cour Supérieure de Justice“*,

de Monsieur le Procureur d’Etat de Diekirch²³ et du Juge Directeur de la Jeunesse et des Tutelles à Luxembourg²⁴.

Si donc, pour conclure sur ce chapitre de la nécessaire réorganisation de l’organisation judiciaire, au cas où le projet de loi serait adopté en l’état, il y aurait d’abord lieu de modifier l’article 4.1° du Nouveau Code de procédure civile, en y ajoutant sous „à l’exception“ notamment les articles 302, 372-1, 376-2, 376-3, 377, 378 et 378-1 du Code civil (articles modifiés).

Sous toutes réserves et de façon tout-à-fait approximative à défaut de données suffisamment valables on pourrait évaluer au tribunal d’arrondissement de Luxembourg (si on n’y comprend les juges statuant en matière de divorce, de mesures provisoires et accessoires en la matière) les postes de juges aux affaires familiales, suite aux compétences nouvelles relatives à la personne et aux biens des mineurs au Titre IX à deux, éventuellement trois en dehors de ceux nécessités pour statuer sur les obligations alimentaires actuellement du ressort du juge de paix. On peut évaluer les juges de paix traitant actuellement de ces obligations alimentaires qui relèveraient du juge aux affaires familiales de un à deux à Luxembourg, d’un à Esch/Alzette. L’article 302 du Code civil resterait de la compétence du tribunal de la jeunesse, des affaires familiales et des tutelles sauf qu’il y aurait lieu de prévoir un juge aux affaires familiales, le nombre de juges de la jeunesse diminuant en conséquence. Il y a dans ce contexte également lieu de tenir compte que les juges de ce tribunal se suppléent mutuellement. Le tableau des magistrats subirait donc sous les réserves qui s’imposent les modifications suivantes:

- Justice de Paix de Luxembourg: - 1 à 2 titulaires
- Justice de Paix d’Esch/Alzette: - 1 titulaire
- Tribunal de la Jeunesse aux affaires familiales et des tutelles:
 - 1 juge directeur de la jeunesse et des tutelles
 - 1 juge de la jeunesse
 - 2 + 2 ou 1 + 1 = 5 (4) juges aux affaires familiales
 - 1 juge des tutelles pour mineurs (Livre I Titre X du Code civil)
 - 1 juge des tutelles pour majeurs

22 p. 5 sous V. De l’Intervention du juge des tutelles – p. 6 jusqu’à l’avant-dernier alinéa

23 pages 2, 4 premiers alinéas sous 3

24 page 7 Cumul des questions de pension alimentaire et du droit à entretenir des relations personnelles (article 372 du Code civil)

à envisager un juge des tutelles supplémentaire, les tâches des deux juges des tutelles progressant continuellement.

En général ces chiffres relatifs aux juges aux affaires familiales ne constituent que des minima de même que la diminution des juges de paix envisagée peut être problématique au regard de la progression constante des affaires dans les différents domaines concernés.

Quant à la Cour d'appel, il est renvoyé d'abord aux observations jointes du 20 décembre 2007 de conseillers à la Cour d'appel visées dans l'introduction du présent avis sous 9).

Au vu de ces observations et au vu du nombre d'affaires nouvelles dont la Cour sera saisie, si les compétences prévisées du juge aux affaires familiales, telles que prévues dans le projet de loi, seraient retenues ainsi qu'au vu des appels en matière d'administration légale et de tutelle (Titre X du Livre Ier du Code civil) une chambre serait à créer (président de chambre, premier conseiller, conseiller) qui porterait la dénomination de chambre de la jeunesse, aux affaires familiales et des tutelles de la Cour d'appel. Dans ce contexte il y aurait lieu d'examiner l'incidence de la réforme sur la diminution du nombre d'appels des tribunaux d'arrondissement en matière notamment d'obligations et de pensions alimentaires. Le soussigné entend à ce sujet relever qu'à son avis la réforme gagnerait en homogénéité, si la réforme du divorce avec les changements de compétence tels qu'en France serait votée en même temps.

Commentaires relatifs au Titre IX Chapitre Ier Section IV

Il est proposé de donner à la Section IV l'intitulé suivant: De l'intervention du juge aux affaires familiales. Une question générale se pose, c'est celle de savoir si cette Section IV traitant de compétence de procédure ne devrait pas ranger au Nouveau Code de procédure civile et ne viser que le Titre IX.

L'article 377 du Projet de loi correspondant à l'article 373-2-6 du Code civil français sauf les alinéas 2 et 5 ajoutés qui sont approuvés, ne donne pas lieu à commentaire, sauf qu'à l'alinéa 1er il y a lieu de biffer, comme prédit, la référence au Titre X.

Contrairement à l'avis du parquet de Luxembourg, il n'y a pas lieu de biffer „notamment“ à l'alinéa 4, alors qu'il ne vise en particulier qu'une des mesures de l'alinéa 3 permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun des parents.

L'article 378 du projet de loi correspondant à l'article 373-2-7 ne donne pas lieu à commentaire.

L'article 378-1 du projet de loi correspondant à l'article 373-2-8 du Code civil français soulève le problème des personnes ayant qualité pour agir en la matière y visée, c'est-à-dire pour voir statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Ne sont visés que les parents et le ministère public. Si le but de l'autorité parentale conjointe consiste à assurer l'intérêt de l'enfant en lui permettant pour son bien-être des liens non conflictuels avec les père et mère, cette réforme comporte cependant le risque d'une multiplication des litiges entre parents relativement à l'enfant.

A ce sujet, même l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand, pourtant favorable à l'autorité parentale conjointe, a émis en son avis sur le projet de loi portant réforme du divorce ses appréhensions sur un accroissement des litiges que serait susceptible d'engendrer la réforme sur l'autorité parentale conjointe.²⁵

C'est pour éviter la multiplication des litiges que le législateur français, que les auteurs du projet de loi sous examen entendent suivre sur ce point, limite la qualité d'agir de deux façons:

- 1) seules les personnes que la loi désigne ont qualité pour agir²⁶,
- 2) ces personnes qui peuvent agir directement sont limitées aux parents et au ministère public²⁷.

Le ministère public joue un rôle d'intermédiaire en ce qu'il peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

Ce pouvoir du ministère public est considéré comme exorbitant et critiqué en certains avis.

Ainsi le Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch estime qu'

²⁵ Projet de loi No 5155⁶ p. 4, 6 derniers alinéas

²⁶ Enc. Dalloz Répertoire de Procédure civile v° Autorité parentale Nos 65 et suivants

²⁷ à l'article 302 alinéa 2 du Code civil figurent les mêmes

„Il n'est pas opportun que le Ministère Public devienne juge de l'opportunité de la mise en oeuvre ou non d'une instance devant le juge des tutelles (juge aux affaires familiales), car l'intervention de l'Etat dans la vie familiale doit rester l'exception“.²⁸

Le Procureur d'Etat de Diekirch s'exprime dans un sens analogue en exposant en son avis:

„L'article 378-1 introduit un droit d'action élargi au ministère public, pouvant même être saisi par un tiers.

Cette disposition est certes contenue au modèle français. D'après le commentaire des articles „la saisine du juge par le ministère public semble utile en cas de carence des parents“.

Cette seule constatation n'est pas convaincante. En effet l'intervention de l'Etat dans la vie des familles doit rester exceptionnelle. Or, la disposition générale se réfère à la notion de carence, ce qui veut dire absence d'agir. Or, les parents peuvent avoir de bonnes raisons pour s'abstenir d'agir.

*La mise en oeuvre pratique de la disposition peut s'avérer très hasardeuse. La proposition franchit encore un pas de plus en faisant du ministère public l'avocat de tiers ce qui paraît exagérer le rôle du ministère public et ce qui, au niveau de l'exécution des décisions (p. ex. contribution à l'entretien) comporte des problèmes non abordés et résolus du projet“.*²⁹

A relever toutefois que contrairement à l'avis du Procureur d'Etat cité la matière de l'autorité parentale est communicable aux termes de l'article 183 du Nouveau Code de procédure civile tel que modifié par la loi du 25 juin 2004, alors qu'elle est d'ordre public et forme un des éléments de l'état des personnes³⁰.

Finalement Monsieur le Juge de Paix Directeur de Diekirch formule des critiques semblables quant à l'étendue des pouvoirs du ministère public en le considérant dans le cadre du contexte en question du projet de loi en particulier comme une restriction indue du libre accès à la justice.³¹

Le soussigné estime que la finalité de l'autorité parentale conjointe étant de garantir l'intérêt de l'enfant, le ministère public en agissant en justice devant le juge des affaires familiales devrait avoir pour objectif essentiel cette finalité

Il y a lieu cependant de revenir en général sur la problématique que soulève le texte français quant à la limitation des personnes ayant légalement qualité pour agir. La jurisprudence et la doctrine françaises ne semblent pas s'en tenir à cette limitation très restrictive et semblent adopter une attitude plus large à cet égard.³²

Le soussigné entend à cet égard, sans entendre formuler de propositions, soulever certaines questions:

- a) Ne pourrait-on pas envisager un droit d'agir sous certaines conditions et dans certaines limites aux membres de la famille en ligne directe et à ceux en ligne collatérale du second degré seulement, en clair aux ascendants et frères et soeurs?³³
- b) N'y aurait-il pas lieu d'accorder un droit d'action à certains tiers ayant eu ou ayant des attaches avec l'enfant manifestement dans l'intérêt de l'enfant sous certaines conditions et dans certaines limites strictes ainsi ceux auxquels l'enfant a été confié sur une période prolongée ou est confié en conformité en particulier des dispositions figurant sous la Section V du Chapitre Ier du Titre IX.³⁴
- c) Quant à l'enfant mineur, la doctrine française semble reconnaître, à la suite de la loi de 2002, à l'enfant mineur dans certains cas qualité pour agir.³⁵

L'article 388-1 du Code civil, interprétant restrictivement l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, permet à l'enfant mineur capable de discernement d'être entendu dans toute procé-

²⁸ avis dernière page

²⁹ avis p. 4 premiers alinéas

³⁰ Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale No 31 et suivants

³¹ Avis point 3 dernière page

³² Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale Nos 65 à 72

³³ Dalloz précité Nos 67-68

³⁴ Dalloz précité No 69

³⁵ Dalloz précité No 70

dure suivant les règles figurant à cet article du Code civil et à l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile.³⁶

L'article 388-1, tel qu'introduit par la loi du 20 décembre 1993, disposait, dans son paragraphe 4, que „*lorsque dans une instance concernant un mineur les intérêts de celui-ci apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, un administrateur ad hoc lui est désigné par le juge saisi de l'instance ou par le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3*“.

Ce texte a été proposé par le Conseil d'Etat³⁷, qui l'a repris du droit français, où il figure toujours³⁸.

Son objet³⁹ est de permettre au mineur, qui est, en principe, incapable d'agir lui-même en justice, mais ne peut, s'il peut agir, le faire qu'en étant représenté par ses représentants légaux, de se faire représenter, pour agir, par un représentant indépendant dans les cas où il y a opposition d'intérêts par rapport à ses représentants légaux. Il y a controverse en France sur la question de savoir si le texte suppose à titre de condition que le mineur soit partie à un litige et qu'il ait besoin d'être représenté ou s'il permet au mineur de devenir partie, et de se faire alors représenter par un administrateur ad hoc, dès lors qu'il se trouve en opposition d'intérêt avec ses représentants légaux⁴⁰.

Toujours est-il que le texte concerne l'action en justice par un mineur. Il se distingue ainsi du simple droit d'être entendu, consacré par l'article 388-1 actuel du Code civil, dans le cadre duquel il n'acquiert précisément pas la qualité de partie.

Le texte a donc un objet totalement différent du simple droit d'être entendu en justice.

Dans le cadre du projet de loi No 4081, ayant donné lieu à la loi du 27 juillet 1997 ayant modifié l'article 388-1 en question, le Commission juridique de la Chambre des Députés a proposé, dans le cadre d'un amendement transmis en date du 10 juin 1997 au Président du Conseil d'Etat, de remplacer l'article 388-1 par un texte qui ne contient plus la disposition en question⁴¹. Dans le commentaire de cet amendement, il n'est fait aucune observation spécifique sur l'abandon de cette disposition.

Le Conseil d'Etat, dans son avis y relatif, du 24 juin 1997, fait certaines observations sur cet amendement et propose certaines modifications de texte, ainsi que l'introduction au Code de procédure civile d'un article 881-15 tenant spécifiquement compte des aspects procéduraux de l'audition de l'enfant en justice⁴². En revanche, il ne donne pas non plus le moindre commentaire sur l'abandon de la disposition en question.

L'on cherchera enfin en vain de tels commentaires dans le rapport de la commission juridique⁴³.

Bref, la disposition a été abrogée sans explication ni commentaire.

Le droit luxembourgeois se trouve ainsi en contradiction avec le droit français, qui prévoit toujours, dans son article 388-2 du Code civil, figurant au chapitre du Code civil traitant de la minorité, de la disposition en question. Le droit français comporte de même, à l'article 389-3 du Code civil, à la section traitant de l'administration légale, une disposition similaire, une telle disposition figurant également à notre article 389-3. Cette dernière disposition est spécifique à la question de l'administration légale des biens des enfants. Elle ne paraît donc pas remplacer le texte plus général qui était initialement prévu dans notre article 388-1, et qui existe toujours en droit français.

Le législateur paraît donc, par inadvertance, avoir abrogé un texte qui aurait toutefois eu une utilité certaine et qu'il faudrait réintroduire en précisant la portée.

En conclusion, le soussigné estime que le mineur capable de discernement a qualité pour agir dans des cas, circonstances et conditions à définir avec précision ou lorsque ses intérêts apparaissent en opposition avec ceux de ses père et mère ou ceux exerçant l'autorité parentale à son égard.

Il est suggéré, pour éviter tout abus, que le mineur devrait adresser une demande sans formalité soit au ministère public, soit au juge aux affaires familiales aux fins d'agir (ou d'intervenir à une action).

36 Loi 27 juillet 1997

37 Doc. parl. No 3608¹, page 10

38 Article 388-2 du Code civil français

39 JCL Civil, Art. 388-1 à 388-2, en annexe

40 Idem, No 79

41 Doc. parl. No 4081⁶

42 Doc. parl. No 4081⁷

43 Doc. parl. No 4081¹⁰

Le ministère public devrait soumettre toute demande, qui lui paraît susceptible d'être raisonnablement déclarée recevable et fondée au juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales saisi lui-même ou saisi par le ministère public pourrait faire droit à la demande aux fins d'agir (ou d'intervenir à une action), sur conclusions du ministère public, et désigner en conséquence un administrateur ad hoc. Le ministère public, saisi d'une demande d'un mineur, resterait toujours libre d'agir lui-même soit devant le juge des affaires familiales, soit devant le juge de la jeunesse si les conditions de la compétence de celui-ci sont remplies.

La décision prévisée du juge aux affaires familiales ne serait pas susceptible d'un recours, le mineur pouvant toutefois réitérer sa demande sans délai ou après un délai à fixer par le législateur.

Il semble au soussigné que ce mécanisme souple serait dans l'intérêt du mineur tout en évitant des abus.

Le mineur devrait bénéficier du droit de l'assistance judiciaire dont les modalités seraient à fixer par la loi ou par règlement grand-ducal.

L'enfant majeur a qualité pour agir en obtention d'aliments sans être représenté.⁴⁴

L'article 378-2 sur la résidence de l'enfant correspond à l'article 373-2-9 du Code civil français sauf qu'en droit luxembourgeois (d'après le projet de loi) la résidence alternée prévue à l'article 378-2 du projet de loi n'est possible qu'en cas d'accord des parents, en cas de désaccord le juge fixant la résidence de l'enfant au domicile de l'un des parents.

Le soussigné approuve la solution du projet de loi en se ralliant aux développements de Madame le juge des tutelles de Luxembourg ainsi formulés:

„Il est jugé adéquat que les auteurs du présent projet de loi n'ont pas suivi l'exemple de la réforme française qui prévoit que, même en cas de désaccord entre les parents, le juge peut ordonner une résidence alternée, ne serait-ce qu'à titre provisoire. Depuis lors, des études ont été effectuées en France qui établissent les méfaits qu'un recours généralisé et imposé à la résidence alternée peut avoir sur le bien-être psychologique des enfants, surtout en bas âge.

Il résulte des dossiers relevant actuellement de la compétence du juge des tutelles qu'une résidence alternée est difficilement praticable si les parents ne sont pas persuadés que cette pratique correspond à l'intérêt de leur enfant.“⁴⁵

de même qu'il y a lieu de se rallier à l'observation de la même quant au maintien de la terminologie utilisée dans le texte luxembourgeois de résidence habituelle

„Concernant la terminologie, des auteurs français critiquent l'utilisation du terme de résidence habituelle et préfèrent le terme de „modalités d'hébergement“. Etant donné que la compétence du juge des tutelles est fondée sur la résidence de l'enfant et qu'elle permet de déterminer le parent qui bénéficiera des allocations familiales, il semble préférable de maintenir le terme de résidence habituelle sans que l'on ne doive l'assimiler au parent gardien.“⁴⁶

Si les articles prévisés 377 à 378-2 règlent la compétence *ratione materiae* du juge aux affaires familiales, le projet de loi ne semble pas déterminer la compétence territoriale ou compétence *ratione loci* ainsi que le font remarquer le Président du tribunal d'arrondissement et le Procureur d'Etat de Diekirch en leur avis, ce dernier renvoyant à l'article 1070 du Nouveau Code de procédure civile français⁴⁷.

En l'ouvrage précité Dalloz⁴⁸ la question est traitée sous les numéros 78-80 dont le No 80 est reproduit ci-après:

„80. L'article 1070 prévoit, au premier chef, la compétence du „juge aux affaires familiales du lieu où se trouve la résidence de la famille“. Dans le cas où „les parents [et non plus les époux] vivent séparément“, le texte prévoit la compétence du „juge du lieu de résidence de l'époux avec

44 Trib. Lux. (appel civil) 25 avril 1996, Pas. XXX p. 94; Jurisclasseur Civil Code Art. 203-204 (Notarial Répertoire v° Aliments) Fasc. 10 Obligation parentale d'entretien, I Composantes et caractères, A. Sujets de l'obligation, 2° Créanciers b) Enfants majeurs Nos 19 et ss; Civ. 2e 7 mars 1962, Bull. civ. 1962, II, No 272; M.-J. Gebler L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs poursuivant leurs études, D. 1976, chron. p. 131; J. Hauser L'obligation civile d'entretien des jeunes majeurs in L'enfant, la famille et l'argent, L.G.D.J. 1991, p. 164

45 avis p. 7 al. 1-3

46 avis p. 7 al. 4

47 avis du Procureur d'Etat de Diekirch p. 4 al. 4 et 5

48 Enc. Dalloz Répertoire de procédure civile v° Autorité parentale

lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice commun de l'autorité parentale ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité"; dans les autres cas, la compétence du „juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure“. L'article 1070, alinéa 2, prévoit ensuite l'hypothèse d'une demande conjointe, pour maintenir la règle selon laquelle le juge compétent „est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre“. L'alinéa 3 précise cependant que, „lorsque la demande porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs“, généralisant ainsi la règle qui figurait auparavant dans l'article 1072 relatif aux contentieux de l'après-divorce. Enfin, l'alinéa 4 reprend la règle (art. 1071 ancien) selon laquelle la compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée.“

Il n'est pas sans intérêt de rendre attentif aux solutions retenues par les instruments internationaux ou les règlements communautaires réglant en droit international privé les conflits de juridiction.

A part les Conventions relatives au détournement d'enfant, la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection de l'enfant donne en son article 5 compétence aux autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant.

Le Règlement CE 2201/2003 du 27 novembre 2003⁴⁹ retient en son article 8 comme règle générale de compétence le même critère du lieu de la résidence habituelle de l'enfant en y apportant dans les articles 9 à 15 qui suivent des dérogations.⁵⁰

Le soussigné suggère, en ordre principal, que le législateur luxembourgeois retienne la compétence du lieu de la résidence habituelle de l'enfant, en ordre subsidiaire adopte les règles de compétence préexposées retenues par le législateur français.

L'article 378-3 du projet de loi reprend textuellement l'article 373-2-10 du Code civil qui traite de la conciliation, mais surtout de la médiation.

Deux remarques s'imposent à ce sujet:

- a) Comme le juge aux affaires familiales peut désigner un médiateur, il importe qu'il puisse désigner un médiateur spécialisé en matière familiale. Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg fait observer en son avis relatif au projet de loi portant réforme du divorce⁵¹ sous Art. 246 que „N'est pas non plus réglée la question des personnes habilitées à faire une telle médiation et de leurs qualifications professionnelles“. Il serait donc indiqué de prévoir que la loi ou un règlement grand-ducal édicte les conditions de formation et autres que doit remplir le candidat médiateur pour être admis et que la loi ou le règlement organise à ces fins une procédure d'agrément, le juge ne pouvant désigner que des médiateurs agréés.
- b) Le soussigné suggère de suivre la proposition formulée dans l'avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg sur le projet de loi portant réforme du divorce⁵² tendant à introduire pour les motifs développés dans l'avis dans le Nouveau Code de procédure civile les articles 131.1 à 131.15 traitant de la médiation figurant dans le Nouveau Code de procédure civile français qui s'appliqueraient dans le cas de l'article 378-3 alinéa 2 du projet de loi sous examen.⁵³

L'article 378-4 du projet de loi correspond à l'article 373-2-11 du Code civil français, la juge des tutelles de Luxembourg observant à raison en son avis que la liste figurant à l'article 378-4 n'est pas exhaustive et que le juge peut prendre en considération d'autres éléments.

L'article 378-5 du projet loi correspondant à l'article 373-2-12 du Code civil français traite de l'enquête sociale. Cette disposition est critiquée tant par Madame le juge des tutelles que par Madame le substitut du parquet de Luxembourg en ce que le projet de loi prévoit la possibilité, sur demande d'une partie, d'une contre-enquête. Ces critiques méritent d'être reproduites in extenso.

⁴⁹ Bruxelles IIbis

⁵⁰ voir aussi article 20 de la loi relative à la protection de la jeunesse du 10 août 1992

⁵¹ No 5155¹ p. 8

⁵² No 5155¹ p. 8 sous Article 246

⁵³ voir aussi directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

Avis du juge des tutelles, page 7 alinéa final:

„L'article 378-5 prévoit la possibilité d'ordonner une enquête sociale. Etant donné qu'au Luxembourg les enquêtes sociales sont réalisées par le Service Central d'Assistance Sociale, contrairement à la France où les enquêtes sont réalisées par des associations privées, la réalisation d'une contre-enquête est difficilement réalisable dans la mesure où elle serait réalisée par le même service. Il semble que ce texte ait été copié sur le texte français sans tenir compte de la spécificité nationale liée à l'organisme qui réalise la mesure d'instruction. Il serait dès lors indiqué de supprimer le renvoi à la contre-enquête pour éviter des recours abusifs de la part d'un des parents à cette mesure d'instruction qui finalement serait réalisée par le même service. A noter que l'alinéa 5 de l'article 378-4 serait également à modifier en ce sens.“

Avis du substitut, page 3 point 3:

„L'article 378-5 énonce que si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

Cette possibilité prévue par le projet de loi va sûrement être la source de problèmes pratiques, alors que la question se posera qui devra élaborer les enquêtes et surtout les contre-enquêtes? Déjà à l'heure actuelle, le service SCAS, chargé de réaliser les enquêtes sociales, ne parvient pas toujours à effectuer dans des délais imposés, les enquêtes sociales qui lui sont confiées, faute de combattants.

Par ailleurs, j'estime qu'une contre-enquête en matière de la responsabilité parentale est superflue. Il y aura toujours un parent qui se sentira traité de manière injuste et arbitraire. Or, c'est tout de même le juge des tutelles qui a ordonné l'enquête et en conséquence, il s'agit donc d'une enquête qui préserve le principe du contradictoire et de l'égalité de tous devant la loi.“

La question ainsi soulevée est très délicate. Il est d'abord manifeste que si le service du SCAS a procédé à une enquête sociale, aucun de ses membres ne saura procéder à une contre-enquête.

Il faudrait donc comme pour les médiateurs agréer des enquêteurs sociaux présentant les qualifications professionnelles requises. Il y a lieu de redouter qu'en cas de contre-enquête, l'enquêteur social en charge cherchera surtout à relever les points présumés faibles et sujets à critique de l'enquête principale, ce qui d'une part engendrera de la frustration chez le SCAS, organe fournissant en matière d'enquêtes sociales un travail de qualité et soulèvera la question d'une troisième enquête pour départager les précédentes tant certaines parties que certains avocats raffolant d'attiser continuellement des querelles souvent mesquines et de faire traîner les procès en longueur, ce qui n'est certainement pas dans l'intérêt du mineur.

En dehors d'une contre-enquête il y a toujours moyen de demander sur des points de l'enquête contestée un complément d'enquête et dans des cas délicats souvent une expertise s'impose notamment sur une question d'ordre médicale ou psychique.

Le débat contradictoire exige-t-il en la matière la possibilité légale d'une contre-enquête?⁵⁴

Quant au respect du contradictoire en rapport avec l'enquête sociale voir Enc. Dalloz Répertoire de procédure civile, v° Autorité parentale

No 82 *De façon générale, il est demandé au juge aux affaires familiales pour toutes les questions qui lui sont soumises, de veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ...*

No 97 *Respect du contradictoire Le principe du contradictoire ne s'impose pas à l'enquêteur mais se manifeste cependant sous une forme atténuée, par la nécessité de communiquer les résultats de l'enquête aux parties et la possibilité qu'elles ont de demander une contre-enquête;*

No 99 *Demande de contre-enquête ... La contre-enquête n'est pas obligatoire. Mais si le juge ne fait pas droit à cette demande de contre-enquête, il doit cependant répondre aux conclusions du parent qui l'a réclamée.*⁵⁵

En conclusion, le législateur se déterminera par rapport à la question soulevée en décidant ce qu'en droit il appartiendra.

⁵⁴ voir art. 23 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse

⁵⁵ Cass. 1er civ. 6 février 1996 D. 1996, 621, note Massip

L'article 378-6 du projet de loi correspondant à l'article 373-2-13 du Code civil français ne donne pas lieu à observations, sauf qu'il est renvoyé quant aux personnes ayant qualité pour agir aux développements ci-avant sous l'article 378-1 du projet de loi.

Pour finir, le soussigné estime indiqué de formuler plusieurs observations sur la procédure à prévoir devant le juge aux affaires familiales, en insistant plus particulièrement à ce que la procédure soit simple et unique, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'éviter une multiplication de procédures.

Pour éviter qu'elle engendre des problèmes aboutissant à des incidents retardant son cours, il y a lieu de s'inspirer de procédures existantes qui ont fait leurs preuves.

Les auteurs du projet de loi attribuant compétence au juge des tutelles prévoient la procédure devant le juge des tutelles, réglée aux articles 1047 et suivants du Code de procédure civile à part les actions relativement à la délégation et au retrait de l'autorité parentale, ces actions ne donnant pas lieu à observation.

Le soussigné estime que la procédure **en première instance** pourrait, sous réserve des modifications qui s'imposent au vu de la matière, tel le droit d'agir du ministère public, s'inspirer des articles 1 et 9 du règlement grand-ducal du 31 juillet 1979 déterminant la procédure à suivre devant le tribunal de la jeunesse, lorsqu'il est saisi en application de l'article 302, alinéa 2 du Code civil.

La procédure d'appel pourrait s'inspirer des articles 1049 et 1050 du Nouveau Code de procédure civile.

La procédure, tant en première instance qu'en instance d'appel, devrait se caractériser par ce qui suit:

- 1) Les audiences ne sont pas publiques, seule la décision est rendue en audience publique (à modifier à cet égard l'article 4 du règlement et prévoir la non-publicité des audiences en instance d'appel).
- 2) La procédure de l'instruction et des débats est sommaire, c'est-à-dire sans formalités (ex.: pas de conclusions) et orale. Les parties peuvent évidemment verser en cours de débat des notes de plaidoiries de leur initiative ou le cas échéant à la demande de la juridiction, en particulier si une question épineuse en droit ou en fait est soulevée ou se pose.
- 3) Il n'y a en principe pas de signification par voie d'huissier, mais seulement des notifications par la voie du greffe, qui valent convocation et font courir les délais de recours, sauf en matière de cassation.
- 4) Les juridictions peuvent, même d'office, ordonner l'exécution provisoire de leurs décisions.

La dernière question qui se pose est celle s'il y a lieu de prévoir une procédure de référé telle qu'en France.

A ce sujet, le soussigné estime qu'il y a lieu d'éviter une multiplication de procédures susceptibles, à part les autres inconvénients, d'aboutir à des décisions contradictoires. Il serait plus utile de prévoir, en cas d'urgence, à apprécier par le juge, une convocation à bref délai.

Le Procureur Général d'Etat,
Jean-Pierre KLOPP

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

I. Considérations générales

Le présent projet de loi a pour objectif d'instaurer un droit commun de l'autorité parentale en harmonisant les règles relatives à son exercice indépendamment du statut des parents.

La nécessité d'une réforme de ces règles s'impose en raison de l'évolution des modes de vie, notamment multiplication des naissances hors mariage et l'existence d'un nombre de plus en plus important d'enfants vivant dans des familles recomposées, ainsi que de la volonté d'assurer l'égalité tant entre tous les enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents, qu'entre les parents eux-mêmes. En effet, les règles actuelles de l'exercice de l'autorité parentale ont été organisées à partir du modèle de la famille parentale légitime, unie et mononucléaire. Or, au fil du temps, les principes d'égalité ont été consacrés dans de nombreuses conventions internationales et rappelés par la Cour européenne des droits de l'homme. Sans oublier que, par un arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle le 26 mars 1999, l'article 380, alinéa 1er, du code civil en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme au principe d'égalité entre hommes et femmes consacré à l'article 11(2) de la Constitution.

Les auteurs de ce projet ont choisi de remplacer les termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“. Ils ont ainsi voulu tenir compte de l'influence croissante du droit communautaire dans le domaine du droit de famille qui utilise le terme de „responsabilité parentale“.

Il convient tout d'abord de relever que la convention européenne visée traite de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions rendues en cette matière et ne porte aucune uniformisation des lois nationales relatives à l'autorité parentale qui gardent leur propre terminologie.

Etant donné que le présent projet est dans une large mesure inspiré des réformes intervenues en France, ses auteurs indiquent dans le commentaire des articles que le texte français a maintenu le terme d'autorité parentale, au motif que la réforme date de 2002 et que l'entrée en vigueur du règlement du Conseil du 27 novembre 2003 (Bruxelles IIbis) est postérieure. Or, il résulte des travaux préparatoires de la loi française que cette explication n'est pas exacte.

En effet, lors des travaux préparatoires de la réforme de la législation française en 2002, une commission composée d'universitaires, de magistrats, d'avocats, d'un notaire et d'un psychanalyste a été mise en place par le Ministre de la Justice (Commission DEKEUWER-DEFOSSEZ) avec la mission de déposer un rapport contenant des propositions de réformes. A l'époque, certains ont critiqué le terme d'autorité parentale pour être une connotation autoritaire et pour mettre l'accent sur les droits des parents en faisant abstraction de leurs devoirs et responsabilité.

D'autres ont entendu aligner le droit national sur les conventions internationales telles que la convention internationale des droits de l'enfant.

Cette Commission était cependant d'avis qu'il était préférable de conserver le terme d'autorité parentale, au motif „qu'il traduirait mieux le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents“. Elle a également estimé que le terme de responsabilité était particulièrement ambigu, étant donné qu'en droit, il avait des significations très précises, responsabilité civile et pénale, mais aussi que, dans le langage courant, il a de très fortes connotations telles que contentieux, dommage, préjudice. Afin que les parents mènent à bien la mission qui leur est donnée, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité, mais il convient d'insister sur les pouvoirs qui leurs appartiennent pour y arriver: il y a responsabilité parce qu'il y a autorité.

Souvent les dossiers qui sont soumis aux juges et notamment au juge de la jeunesse montrent qu'il est important de réaffirmer cette autorité, surtout à l'égard des parents eux-mêmes.

II. De la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant

L'article 371, alinéa 1, du code civil selon lequel l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère est maintenu. Lors de la réforme française, certains auteurs l'ont jugé archaïque et ont souhaité le voir supprimer, d'autres ont souhaité une réciprocité d'honneur et de respect entre parents et enfants. Or, cet alinéa a été maintenu pour les mêmes raisons que celles qui ont justifié le maintien du terme d'autorité parentale, à savoir la nécessité d'affirmer l'autorité des parents.

Comme le présent projet de loi a pour objectif de mieux reconnaître les droits de l'enfant (enfant associé à la prise de décisions le concernant en fonction de son âge et de son degré de maturité ou droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants ou des tiers tels qu'un beau-parent ou une demie-fratrie), il est également important de souligner que comme toute personne juridique, l'enfant n'a pas que des droits, mais aussi des obligations, dans un premier plan à l'égard de ses parents.

Le nouvel article 372 du code civil donne une définition de la responsabilité parentale. Il s'agit de la même définition qui figure dans le règlement européen.

A noter que le texte français reprend l'essentiel de cette définition, mais y apporte une précision qui me semble importante. L'alinéa 2 ajoute, en effet, que l'autorité appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant (idem article 371, alinéa 2, du nouveau code civil luxembourgeois) pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Compte tenu du fait que la notion de l'intérêt de l'enfant est une notion vague, il est opportun de préciser la mission que le législateur entend donner aux parents dans le texte de loi. Le cas échéant, l'alinéa 2 de l'article 371 devrait figurer avec la précision précitée comme alinéa 2 dans l'article 372.

L'article 372 dispose encore que la responsabilité parentale comprend le droit de garde et de visite. Les auteurs du projet de loi ont estimé qu'il était préférable de s'aligner sur les dispositions contenues dans les législations européennes et internationales plutôt que de suivre l'exemple de la France qui ne fait plus référence à la notion de garde.

Dans la mesure où le projet de loi a pour objectif de mettre sur un pied d'égalité le père et la mère, il peut paraître paradoxal de dire que la responsabilité ou l'autorité parentale est commune tout en renvoyant aux notions de droit de garde et de visite qui, dans la pratique, appartiendront soit à l'un soit à l'autre parent.

En effet, l'exercice en commun de l'autorité parentale implique non seulement un droit de visite et un droit de garde, mais aussi un devoir de garde de l'un et l'autre parent. Ce n'est que par abus de langage que l'on parle encore de droit de visite et d'hébergement.

Lors des formations à l'École Nationale de la Magistrature auxquelles j'ai assistées, les titulaires ont insisté sur la nécessité de ne plus utiliser ces termes qui devraient être remplacés par celui de „modalités d'hébergement ou droit à entretenir des relations personnelles“. Il ressort encore des cas actuellement soumis au juge des tutelles dans le cadre de l'article 380 du code civil que l'utilisation des termes de droit de garde et de visite risque d'être mal interprétée par les particuliers qui entendent ainsi réintroduire une hiérarchie entre le parent qui exerce la garde de l'enfant et celui qui n'exerce qu'un simple droit de visite. En supprimant ce renvoi, aucun des parents n'aura le sentiment d'avoir la garde de l'enfant au détriment de l'autre parent.

Le renvoi aux termes de droit de garde et de visite peut également paraître superfétatoire, étant donné que les articles relatifs à l'intervention du juge des tutelles ne précisent pas qu'il doit statuer sur le droit de garde et de visite. Le juge sera amené à statuer sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale.

En introduisant l'alinéa 3 dans l'article 372, les auteurs du projet de loi ont entendu répondre à l'obligation formulée à l'égard des Etats contractants par la convention internationale des droits de l'enfant. Dans la mesure où un enfant capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant, il a été jugé utile de consacrer ce principe au sein de la famille elle-même.

Le nouvel article 372-1 consacre expressément l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants quelque soit leur statut juridique. Jusqu'à l'heure actuelle, cette obligation alimentaire n'était pas réglementée pour les enfants naturels.

Les nouvelles dispositions de l'article 374 constituent une reformulation des anciennes dispositions à partir de l'enfant. Les anciennes dispositions sont formulées de façon à la fois négative et ambiguë. Les droits accordés aux grands-parents apparaissent comme des droits qui s'imposeraient aux parents et ceux accordés aux tiers comme des restrictions aux pouvoirs des père et mère.

Est ainsi affirmé le droit propre de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants qui ne peut être mis en échec que par l'intérêt de l'enfant. L'accent est mis sur le droit de l'enfant et il ne s'agit dès lors plus d'un droit des grands-parents qu'ils exercent contre les père et mère.

Concernant les relations entre l'enfant et le tiers, les nouvelles dispositions n'obligent plus ce dernier à établir des circonstances exceptionnelles pour pouvoir maintenir une relation avec l'enfant. Elles ne

limitent plus les droits des tiers à un simple droit de correspondance ou de visite. Le seul critère à prendre en considération est l'intérêt de l'enfant.

III. Des principes généraux de l'exercice de la responsabilité parentale

Le nouvel article 375 relatif à la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale généralise l'exercice en commun de l'autorité parentale.

La seule exception légale vise le cas de l'enfant qui n'a pas sa filiation établie à l'égard de ses deux parents endéans un délai d'un an ou dont la filiation a dû être établie judiciairement.

Dans les deux cas, il est estimé qu'un établissement tardif ou forcé du lien de filiation peut traduire un intérêt limité du parent envers son enfant et on peut légitimement se poser la question pour quelle raison ce parent devrait automatiquement exercer l'autorité parentale à son égard par le simple fait de la reconnaissance.

En tout état de cause, dans ces deux hypothèses, un exercice commun de l'autorité parentale est envisageable lorsque les parents en font la déclaration devant le juge des tutelles ou en cas de décision judiciaire à intervenir à la requête d'un des parents.

Les nouvelles dispositions de l'article 375-2 sont rédigées en des termes plus généraux. Hormis l'incapacité et l'absence, la perte de l'exercice de l'autorité parentale intervient pour „toute autre cause“, notion laissée à l'appréciation du juge. La suppression de l'hypothèse de l'éloignement montre la volonté du législateur de généraliser l'exercice en commun de l'autorité parentale, même si les parents résident à des endroits éloignés l'un de l'autre.

IV. De l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés

Les nouvelles dispositions de l'article 376 affirment l'exercice en commun de l'autorité parentale malgré la séparation des parents. Il est souhaité que le couple parental survive au couple conjugal. L'article rappelle le devoir de chacun des parents de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et de respecter les liens de ce dernier avec l'autre parent. Ce rappel répond aux exigences de la convention internationale des droits de l'enfant. Il arrive souvent qu'en cas de séparation des parents, l'un d'entre eux se retire de la vie de l'enfant et n'ait plus qu'un contact sporadique avec celui-ci. Il est dès lors opportun d'inscrire le devoir pour chacun des parents de maintenir des relations personnelles avec son enfant dans la loi, même s'il n'est pas assorti de sanction en cas de non-respect.

La traduction concrète de l'obligation imposée à un parent de respecter les liens de l'autre parent avec l'enfant est de l'informer au préalable en cas de changement de résidence susceptible de modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. La pratique montre que les décisions de déménagements à l'étranger prises par un parent seul sont des situations qui peuvent avoir des conséquences traumatisantes pour l'enfant tant pendant la période pendant laquelle le déménagement est planifié que par la suite. Il est dès lors important d'affirmer cette obligation dans la loi pour éviter des situations qui risquent d'être mal vécues par l'enfant. Le respect de cette obligation a l'avantage d'éviter un éventuel conflit de juridiction et le recours à la procédure judiciaire instituée par les conventions internationales en cas de déplacement illicite d'un enfant.

Il existe des situations dans lesquelles l'intérêt de l'enfant recommande un exercice exclusif de l'autorité parentale. Il est dès lors important que cette possibilité soit maintenue dans la nouvelle loi. L'article 376-1 reprend les anciennes règles concernant le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent qui ne peut être supprimé que pour motifs graves. Ce parent conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Une précision y est ajoutée, qui est jugée opportune, à savoir l'obligation pour le parent qui exerce l'autorité parentale d'informer l'autre parent des choix importants relatifs à la vie de l'enfant. La pratique actuelle montre que souvent le parent, qui exerce seul l'autorité parentale, ne transmet plus d'informations à l'autre parent sur les décisions importantes concernant l'enfant pour l'évincer de sa participation à la vie de l'enfant. Ceci a des conséquences inévitables sur la relation que l'enfant entretient avec ce parent.

Etant donné que le nouvel article 376 est censé viser la séparation de tous les parents, mariés ou non, il faut que le projet de loi portant réforme du divorce soit reformulé pour tenir compte des nouvelles dispositions instituant l'exercice en commun de l'autorité parentale en règle générale.

V. De l'intervention du juge des tutelles

Le nouvel article 377 donne compétence générale au juge des tutelles pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre des titres IX et X du livre Ier, sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation.

Actuellement, cette compétence est limitée aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite et d'hébergement à l'égard d'un enfant naturel.

Dorénavant, le juge des tutelles aura à connaître des demandes basées sur l'article 302 du code civil, celles en paiement d'une pension alimentaire pour les enfants nés hors mariage ainsi qu'en révision des pensions alimentaires fixées par le tribunal prononçant le divorce.

Afin que les droits des justiciables ne soient pas spoliés, il faudra que cette augmentation de compétences du juge des tutelles aille de pair avec un accroissement du nombre de juges des tutelles. Actuellement, il existe deux juges des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, un pour les mineurs, un pour les majeurs, et un juge des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Diekirch qui gère les tutelles pour mineurs et majeurs.

Les délais de convocation devant le tribunal des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans le cadre de l'article 380 du code civil sont à l'heure actuelle de l'ordre de quatre mois. Il serait regrettable que ce délai ne soit augmenté en raison de cet accroissement de compétences. Il ne faut pas oublier que, dans la majorité des cas, le parent qui réclame un droit de visite et d'hébergement se voit refuser ce droit jusqu'à l'audience où l'affaire paraîtra pour une première fois. De plus, les dossiers relatifs à l'article 380 du code civil concernent souvent des enfants en très bas âge dont les parents n'ont jamais cohabité, respectivement des enfants qui, pendant une longue durée, n'ont pas eu de contact avec l'un de leurs parents. Le contact avec le parent avec lequel ils ne cohabitent pas doit souvent être instauré ou rétabli de façon progressive, impliquant que le dossier ne peut être clôturé à l'issue de la première audience. Souvent, plusieurs audiences sont nécessaires avant de pouvoir mettre en place un système généralisé de droit de visite et d'hébergement, voire un exercice conjoint de l'autorité parentale. Etant donné que, dans l'intérêt de l'enfant, le juge des tutelles cherche avant tout à concilier les parents en essayant de leur prendre conscience de l'importance de leur rôle personnel dans le bon déroulement d'un droit de visite, il serait regrettable que les dossiers ne doivent être bouclés à l'issue d'une seule audience afin de pouvoir faire face aux nombreuses compétences qui lui sont données.

Pour illustrer le nombre d'audiences consacrées à un même dossier, il convient de relever que le nombre de nouveaux dossiers en 2008 est moins élevé que celui en 2007, mais qu'à la date du 15 octobre 2008 le nombre de jugements rendus par le tribunal est le même qu'à la fin de l'année 2007. Quarante jugements viendront probablement s'ajouter à ce nombre.

Le fait de donner compétence à un seul juge pour régler le volet de la pension alimentaire et celui des modalités d'exercice de l'autorité parentale peut être jugé opportun dans la mesure où de toute façon les deux questions sont intimement liées dans la tête de nombreux justiciables. Elle a également l'avantage de clarifier les rapports entre les parents dès leur séparation et d'éviter des situations de chantage entre parents qui tôt ou tard aboutiront devant un juge.

Lors des débats dans le cadre de la fixation du droit de visite et d'hébergement d'un des parents, le juge des tutelles a pu se rendre compte que les justiciables ont des difficultés à comprendre les raisons pour lesquelles ils doivent s'adresser à des juges différents pour régler les conséquences patrimoniales de leur séparation à l'égard de l'enfant et l'aspect du maintien des relations personnelles avec l'enfant. Dans l'une des procédures, leur présence à l'audience est de mise tandis que dans l'autre ils n'ont pas besoin de se présenter et peuvent se faire représenter par un avocat.

Il faudrait également réfléchir à la question si le moment n'est pas venu d'instituer un juge nouveau en droit luxembourgeois en suivant l'exemple de la France, à savoir le juge aux affaires familiales. A ce titre, il est renvoyé à l'avis que Monsieur Roger LINDEN, président de la section divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a rédigé le 8 mars 2004 dans le cadre du projet de loi portant réforme du divorce. Ce projet, qui a été déposé le 15 mai 2003, n'a toujours pas été voté. Comme ce projet ne fait pas de distinction spécifique entre les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond, cet avis soulève la question de la nécessité d'instituer un juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions relevant de l'après-divorce.

Or, comme le présent projet de loi, qui est censé être suivi par un projet de loi sur la filiation dont le dépôt est annoncé pour le premier semestre 2008, entend abolir la distinction entre la filiation légitime et naturelle, la création du juge aux affaires familiales irait dans le même sens et éviterait des contradictions avec le projet de loi sur la réforme du divorce.

Actuellement, le juge des tutelles semble être une sorte de „juge fourre-tout“ dont on entend accroître les compétences tandis que la création du juge aux affaires familiales correspondrait à une vision plus générale d’harmoniser les règles relatives à l’autorité parentale pour tous les enfants quelque soit le statut matrimonial de leurs parents et couvrirait l’ensemble du droit de la famille.

Les nouvelles dispositions des articles 378 et 378-1 prévoient deux modes de saisine du juge des tutelles. En premier lieu, le juge des tutelles pourra être saisi par les parties pour homologuer la convention par laquelle elles organisent les modalités d’exercice de l’autorité parentale et fixent la contribution à l’entretien et à l’éducation de l’enfant, sous réserve que le consentement des parties ait été donné librement et que l’accord préserve l’intérêt de l’enfant. En second lieu, le juge des tutelles pourra être saisi par les parties ou par le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers à l’effet de statuer sur ces deux points.

L’article 378-2 inaugure en ce qu’il introduit la notion de la résidence alternée dans la loi. Celle-ci n’est cependant possible qu’en cas d’accord des parents. En cas de désaccord, le juge des tutelles fixe la résidence de l’enfant au domicile de l’un des parents.

Il est jugé adéquat que les auteurs du présent projet de loi n’ont pas suivi l’exemple de la réforme française qui prévoit que, même en cas de désaccord entre les parents, le juge peut ordonner une résidence alternée, ne serait-ce qu’à titre provisoire. Depuis lors, des études ont été effectuées en France qui établissent les méfaits qu’un recours généralisé et imposé à la résidence alternée peut avoir sur le bien-être psychologique des enfants, surtout en bas âge.

Il résulte des dossiers relevant actuellement de la compétence du juge des tutelles qu’une résidence alternée est difficilement praticable si les parents ne sont pas persuadés que cette pratique correspond au mieux à l’intérêt de leur enfant.

Concernant la terminologie, des auteurs français critiquent l’utilisation du terme de résidence habituelle et préfèrent le terme de „modalités d’hébergement“. Etant donné que la compétence du juge des tutelles est fondée sur la résidence de l’enfant et qu’elle permet de déterminer le parent qui bénéficiera des allocations familiales, il semble préférable de maintenir le terme de résidence habituelle sans que l’on ne doive l’assimiler au parent gardien.

L’article 378-3 introduit la possibilité de la médiation dans la loi. Cet article consacre ainsi la pratique qui s’est instituée en jurisprudence depuis la création des Centres de Médiation Familiale en 2002. Très souvent, le juge des tutelles renseigne les parties sur le fonctionnement de la médiation et les avantages de cette institution, à savoir une possibilité extra-judiciaire d’éliminer leur conflit, de rétablir une relation de confiance et de respect, ainsi que d’élaborer des accords qui tiennent compte des besoins spécifiques de l’enfant et des parents. Dans l’hypothèse où les parties acceptent d’y avoir recours, une médiation familiale est ordonnée par le juge. Dans certains cas, il arrive même que le juge ordonne une telle mesure dans des situations dans lesquelles les parents ne sont pas totalement convaincus par son utilité. Ceci les oblige à se rendre auprès d’un médiateur pour décider en connaissance de cause s’ils souhaitent entamer une médiation ou pas. Le présent texte donne une base légale à la pratique du tribunal.

L’article 378-4 énumère les éléments que le juge doit prendre en considération lorsqu’il doit prendre sa décision. Cette liste n’est pas exhaustive et le juge peut prendre en considération d’autres éléments.

L’article 378-5 prévoit la possibilité d’ordonner une enquête sociale. Etant donné qu’au Luxembourg, les enquêtes sociales sont réalisées par le Service Central d’Assistance Sociale, contrairement à la France où les enquêtes sont réalisées par des associations privées, la réalisation d’une contre-enquête est difficilement réalisable dans la mesure où elle serait réalisée par le même service. Il semble que ce texte ait été copié sur le texte français sans tenir compte de la spécificité nationale liée à l’organisme qui réalise la mesure d’instruction. Il serait dès lors indiqué de supprimer le renvoi à la contre-enquête pour éviter des recours abusifs de la part d’un des parents à cette mesure d’instruction qui finalement serait réalisée par le même service. A noter que l’alinéa 5 de l’article 378-4 serait également à modifier en ce sens.

L'article 378-6 prévoit la possibilité pour les parents ou le ministère public de demander à tout moment que les dispositions contenues dans une convention homologuée soient modifiées ou complétées.

VI. De l'intervention des tiers

Les nouvelles dispositions des articles 379 et 380 innovent en ce qu'elles introduisent la possibilité pour le juge, dans des circonstances exceptionnelles, de confier l'enfant à un tiers si l'intérêt de l'enfant l'exige. Cette possibilité pouvait auparavant être envisagée par le juge saisi d'une demande en divorce ou, par la suite, par le juge de la jeunesse.

Dans des circonstances exceptionnelles, le juge, qui est amené à prendre une décision sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, peut également décider, du vivant même des parents, de ne pas le confier au survivant en cas de décès du parent qui exerce l'autorité parentale en désignant la personne à laquelle l'enfant sera provisoirement confié.

Dans ces deux hypothèses, les père et mère, respectivement l'un d'entre eux, continuent à exercer l'autorité parentale, le tiers auquel est confié l'enfant accomplit tous les actes relatifs à sa surveillance et à son éducation. Le juge pourra décider que le tiers auquel est provisoirement confié l'enfant devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

En droit français, le statut du tiers a été introduit lors de la réforme du droit de la famille en 2002. A l'époque, les auteurs du projet de loi ont envisagé la création d'un statut du beau-parent. Cette idée a cependant été abandonnée par la Commission DEKEUWER-DEFOSSEZ au profit d'un statut plus général du tiers. A noter qu'au courant du mois de juin 2008, un avant-projet de loi relatif au statut du beau-parent a été déposé en France.

Actuellement, il existe des situations dans lesquelles des tiers, surtout des grands-parents, assument l'éducation de leurs petits-enfants sans qu'ils ne disposent de pouvoirs juridiques relatifs à la personne de ceux-ci. Ils doivent, soit saisir le juge des tutelles en vue de l'ouverture d'une tutelle, soit déposer une demande au tribunal d'arrondissement en vue de la délégation de l'autorité parentale.

La pratique montre que les tiers, qui assurent l'éducation de l'enfant, introduisent souvent des procédures de tutelle pour qu'ils puissent accomplir les actes usuels liés à la scolarité de l'enfant et toucher les allocations familiales. Il arrive que le parent, qui exerce l'autorité parentale, s'y oppose, malgré le fait que pendant des années il n'ait pas assuré l'éducation de son enfant. Ce parent ne désire pas perdre l'autorité parentale. Même si la procédure de la délégation parentale ne requiert pas l'office d'un avocat, la requête doit remplir plusieurs conditions, de sorte qu'elle est plus lourde que celle instaurée par le projet de loi. Les nouvelles dispositions constituent une solution plus souple sans dépouiller les parents des droits et devoirs d'autorité parentale. Il s'agit plutôt d'une collaboration entre les parents et le tiers.

Se pose la question de savoir s'il n'est pas opportun de préciser que le tiers, qui se voit confier l'enfant, est en droit de toucher les allocations familiales. Cette précision permettrait d'éviter que la Caisse des allocations familiales refuse le paiement à un tiers, au motif qu'il ne s'agit pas d'une tutelle telle qu'elle l'exige actuellement.

La possibilité donnée au juge de décider du vivant des parents et dans des circonstances exceptionnelles de ne pas confier l'enfant au survivant en cas de décès du parent qui exerce l'autorité parentale vise l'hypothèse du parent mourant qui désire que l'enfant demeure dans son milieu habituel de vie. Etant donné que cette possibilité n'est donnée au juge que dans des situations exceptionnelles et dans l'hypothèse d'un exercice de l'autorité parentale par un seul parent, elle ne peut être utilisée par un des parents pour évincer le survivant de ses droits.

Se pose enfin la question de savoir s'il n'est pas opportun d'élargir les pouvoirs du tiers afin de lui permettre d'accomplir sa mission. Etant donné que ce tiers n'exerce que les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, il risque d'être paralysé en cas de refus ou très souvent de désintérêt de la part des parents. Il serait dès lors opportun d'insérer dans la loi la possibilité pour le juge d'investir, à l'avance ou en cas de difficulté, le tiers du pouvoir d'accomplir tel acte ou telle catégorie d'actes relatifs à la personne de l'enfant.

Dans certains cas, il convient d'aller plus loin et de confier à un tiers l'exercice de l'autorité parentale par le biais de la délégation de l'autorité parentale.

Les articles relatifs à la délégation de l'autorité parentale ont été remaniés afin de tenir compte des nouveaux termes introduits dans la loi. Ainsi, le terme de „garde“ a été remplacé par celui de „droits et obligations de la responsabilité parentale“. Une ajoute a été faite à l'alinéa 1 de l'article 387-3 en ce qu'en cas de partage de l'exercice de la responsabilité parentale avec le tiers délégataire, celui-ci bénéficie à l'égard des tiers de bonne foi, de la présomption d'avoir agi avec l'accord du délégant pour les actes usuels de la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant.

L'article 387, alinéas 1 et 2, continue d'utiliser le terme de „renoncer“. Or, la pratique montre que parfois les parents ont des réticences lorsqu'ils sont confrontés à des demandes d'ouverture de tutelle parce qu'ils pensent qu'ils abandonnent leur enfant ou qu'ils ont peur que les tiers ne soient de cet avis. Il serait dès lors préférable de remplacer le terme de „renoncer“ par celui de „déléguer“ qui a une connotation moins péjorative. Ceci s'inscrirait dans la perspective des auteurs du projet qui, dans le chapitre IV, ont substitué au terme de „déchéance“, à connotation péjorative, le terme de retrait.

VII. Des cas où il y a lieu soit à l'administration légale, soit à la tutelle

Ces articles ont été remaniés afin de tenir compte du principe général de l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'administration légale pure et simple est devenue le principe. Ainsi, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. A défaut d'accord entre les parents, le juge des tutelles doit autoriser l'acte. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale. L'administrateur légal sous contrôle judiciaire doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

Les autres modifications des dispositions légales n'appellent pas de commentaire particulier.

*

DEPECHE DU PRESIDENT DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(31.10.2008)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

J'ai l'honneur de vous transmettre en annexe l'avis du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch concernant le projet de loi No 5867 sur la responsabilité parentale.

Veillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma très haute considération.

Diekirch, le 31 octobre 2008

Le Président du Tribunal,
Paul KONSBRUCK

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH

A la lecture du projet de loi No 5867 quelques observations d'ordre général s'imposent.

Dans notre société, il est un fait que tout ce qui a trait à „l'autorité“ est décrié comme étant dépassé et obsolète. On l'a vu au niveau scolaire, la tendance actuelle est à la „pédagogie inclusive“ et les spécialistes en la matière bercent les élèves et les parents dans de faux espoirs.

Le projet de loi s'engage dans la même voie en abolissant „l'autorité parentale“ pour la remplacer par le principe de la responsabilité parentale selon lequel il est dans l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, même lorsqu'ils sont divorcés ou séparés, et en voulant harmoniser les conditions d'exercice de la responsabilité parentale.

L'idée fondamentale réside dans le fait que le couple parental, quelque soit son statut, doit survivre au-delà de la dislocation du couple pour assurer l'équilibre affectif et matériel de l'enfant.

La pratique a montré que c'est le conflit entre les parents qui gangrène la situation des enfants et constitue un obstacle à leur épanouissement, peu importe s'ils sont investis de l'autorité parentale ou assument leur responsabilité parentale.

La meilleure formule est et reste celle à laquelle les deux parents adhèrent puisqu'une solution consentie bénéficiera de leur bienveillance alors qu'une solution imposée risque d'être boycottée par l'un ou l'autre.

Il faut se rendre à l'évidence que la coparentalité n'est possible et bénéfique que s'il existe entre parents une entente minimale et si ceux-ci adhèrent à des conceptions semblables concernant l'éducation des enfants.

Le projet de loi s'est largement inspiré de la législation française (loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, modifiée par la loi du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, modifiée par la loi portant création du juge aux affaires familiales (JAF) et celle du 4 mars 2002 concernant l'autorité parentale).

Ce que l'on peut regretter, c'est que l'exposé des motifs n'examine pas les difficultés d'application des différentes lois sur le terrain français.

Quel sera le rôle joué par la Convention de New York du 26 janvier 1990 qui trouve depuis 2005 une application directe devant les juridictions françaises et quelle sera la position à adopter en cas de conflit entre la législation internationale et les dispositions légales internes?

Il incombera au juge (quel juge) de prendre une décision en se laissant guider par l'intérêt de l'enfant qui est parfois difficile à évaluer, compte tenu de la prise en considération de son degré de maturité, de son état psychique et d'autres éléments.

La cerise sur le gâteau dans le projet de loi vise à centraliser le contentieux relatif à la responsabilité parentale entre les mains du juge des tutelles sans même avoir envisagé la mise en place d'une institution telle qu'elle existe en France – le juge aux affaires familiales.

Au Luxembourg, depuis une dizaine d'années, le système de la garde conjointe sur les enfants naturels a engendré un contentieux de plus en plus vaste, envenimé souvent par les rancunes personnelles des parents.

Il est évident que l'extension de la coparentalité aux enfants légitimes entraînera un nombre croissant de litiges devant être traité par le Juge des tutelles qui actuellement est déjà submergé par le contentieux des majeurs en curatelle et en tutelle et par le contentieux concernant les enfants naturels.

La situation du Tribunal des Tutelles à Diekirch deviendra ingérable, d'autant plus que le juge des tutelles sera en outre compétent pour les litiges concernant le transfert du droit de garde après divorce (art. 302 du Code Civil) de même que pour les mesures d'assistance éducative actuellement du domaine du Tribunal de la Jeunesse.

En France, l'article 375 prévoit certes le système d'instauration de mesures d'assistance éducative, mais elles sont assurées par le Juge aux Affaires Familiales dont la création n'est pas prévue dans l'actuel projet de loi.

Le volet des pensions alimentaires a été confié dans le passé à la compétence exclusive des juges de paix (article 4, 1^{er} Nouveau Code de Procédure Civile) à l'exception de la compétence se rattachant à une instance en divorce ou de séparation de corps.

Il faut inclure dans cette compétence toutes les demandes relatives à l'obligation d'entretien et d'éducation dans le cadre de l'article 203 du Code Civil, peu importe le statut des père et mère.

L'article 376 prévoit que les père et mère **doivent** maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Quid des sanctions à appliquer aux père et mère en cas de non-respect de ces obligations?

L'article 377 prévoit que cette compétence sera transférée au Tribunal des Tutelles et cette accumulation de compétences entraînera une compétence concurrente des deux juridictions sans parler d'un éparpillement supplémentaire des compétences en matière d'aliments entre le Tribunal de Paix, le juge des référés (en cours d'instance de divorce), le Tribunal d'Arrondissement (divorce au fond) et les juridictions d'appel respectives.

Vu l'ampleur du contentieux à confier à la juridiction des Tutelles une réorganisation de l'organisation judiciaire s'imposerait d'urgence.

Il faudra envisager un renforcement important des effectifs des Tribunaux des Tutelles et de la Cour Supérieure de Justice.

S'y ajoute que l'article 377 règle la compétence *ratione materiae* du Juge des Tutelles, mais omet de définir la compétence *ratione loci*. Cette omission risque de créer des problèmes majeurs car l'enfant n'a plus de domicile légal, mais seulement une résidence qui peut changer d'un arrondissement judiciaire dans un autre, voire même à l'étranger. Quelles sont les règles de procédure applicables devant le Tribunal des Tutelles?

L'article 378-1 du projet, le Juge des Tutelles ne peut être saisi que par les parents ou par le Ministère Public, qui lui-même peut être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale ainsi que sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

L'article 378-1 introduit un droit d'action élargi au Ministère Public qui peut même être saisi par un tiers. Cette intervention est motivée par la constatation que „le juge peut être saisi par le Ministère Public en cas de **carence** des parents“.

Cette motivation est trop vague.

Qu'en est-il des grands-parents voulant exercer leur droit de visite à l'égard de leurs petits-enfants et leurs droits de recours contre les parents défaillants?

Qu'en est-il des enfants majeurs voulant agir contre les parents refusant de financer leurs études?

Il n'est pas opportun que le Ministère Public devienne juge de l'opportunité de la mise en oeuvre ou non d'une instance devant le juge des tutelles, car l'intervention de l'Etat dans la vie familiale doit rester l'exception.

Dans la législation française, l'intervention du Ministère Public est limitée au seul cas de la déchéance de l'autorité parentale, tandis que le projet prévoit une extension des pouvoirs du Ministère Public.

Bref, le projet de loi présente de multiples lacunes et il convient de reconsidérer sérieusement la question de l'organisation judiciaire telle qu'elle fonctionne à l'heure actuelle, outre les autres problèmes juridiques qui se posent dans le cadre de ce projet de loi.

Diekirch, le 29 octobre 2008

Le Président du Tribunal,
Paul KONSBRUCK

*

AVIS DU PARQUET DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(8.7.2008)

OBSERVATIONS

Les principaux buts recherchés par le présent projet de loi, à savoir la coparentalité, l'exercice en commun de la responsabilité parentale par les père et mère, qu'ils soient mariés ou non, divorcés ou séparés et l'égalité entre familles semblent être une bonne chose, alors qu'ils correspondent plus à la réalité de nos jours, où les familles recomposées ou encore les familles hors mariage deviennent de plus en plus fréquentes et nombreuses.

Par ailleurs le principe de la coparentalité permet d'établir et d'assurer un équilibre entre les père et mère et entre leurs responsabilités, équilibre qui avant ce projet de loi n'existait pas vraiment, surtout lorsqu'on était en présence d'enfants naturels, ou encore d'enfants dont les parents avaient divorcé.

Le projet de loi suscite cependant certaines remarques ou observations.

- L'article 372, 1er alinéa donne une définition de la responsabilité parentale.

Il convient de noter que cette définition, bien qu'elle soit reprise comme telle de la Convention dite Convention Bruxelles IIbis, est illogique en ce sens qu'on y parle d'abord des droits et devoirs

résultant d'une décision judiciaire, pour ensuite seulement mentionner ceux conférés en vertu d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur (entre parties). J'estime que les droits et devoirs résultant d'une décision judiciaire doivent être énumérés en dernier lieu, surtout si on s'en tient à l'exposé des motifs et au commentaire des articles du présent projet de loi, selon lesquels le but et les nouveautés de la présente loi (p. ex. les conventions entre parties) sont de responsabiliser les parents et privilégier les accords parentaux homologués („les accords parentaux homologués sont le mode privilégié de règlement des conflits familiaux“).

La définition comprend une deuxième phrase qui énonce: „il comprend **notamment** le droit de garde et de visite“.

J'estime qu'un texte de loi et surtout une définition figurant dans un texte de loi doit être claire et explicite de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'y apporter des précisions, voire des illustrations à titre d'exemple.

La deuxième phrase de cet alinéa est à mes yeux superflue car il semble évident que le droit de garde et de visite soient inclus dans le terme de „responsabilité parentale“: Un tel rajout prête à confusions et à discussions.

Par ailleurs il convient de noter que presque tous les textes actuels, où les termes de „droit de garde“ figuraient, ont été modifiés et remplacés par „les modalités d'exercice de la responsabilité parentale“.

Il semble donc quelque peu étrange que d'un côté on modifie les anciens textes qui contiennent les termes de „droit de garde“ et que d'un autre côté on insère précisément ces mêmes mots dans une définition qui par leur essence doit être claire et précise.

- L'article 375-2 prévoit que peuvent être privés de leur responsabilité parentale, les père et mère hors d'état de manifester leur volonté, en raison de leur incapacité, de leur absence ou de toute autre cause.

Le commentaire des articles prévoit que „certains motifs“ peuvent constituer „toute autre cause“, sans autre précision.

J'estime que cette notion de „toute autre cause“ non autrement explicitée par le commentaire des articles est trop imprécise et vague. Il s'agit là d'une notion fourre-tout qui prêterait sans aucun doute à discussions et litiges.

- L'article 376-1 prévoit une exception au nouveau principe de coparentalité.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge des tutelles (juge compétent en vertu de l'article 377) peut confier l'exercice de la responsabilité parentale à l'un seul des parents. Le commentaire des articles prévoit un certain nombre de situations dans lesquelles l'exercice par un seul des parents est envisageable. S'agit-il d'une liste exhaustive ou non, et ne faudrait-il pas le cas échéant prévoir d'insérer cette liste dans le texte de loi lui-même, afin d'éviter autant que possible des litiges sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par „l'intérêt de l'enfant“?

Enfin l'alinéa 2 du même article prévoit que „pour des motifs graves“, le juge des tutelles (juge compétent en vertu de l'article 377) peut refuser l'exercice du droit de visite et d'hébergement à celui des parents qui n'exerce pas la responsabilité parentale. Ici encore, l'expression „pour des motifs graves“ n'est pas claire et précise et le commentaire des articles ne donne pas davantage de renseignements ou précisions.

L'alinéa 3 de l'article 376-1 énonce que le parent privé de la responsabilité parentale conserve cependant un droit et devoir de surveillance de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Ici, il faudra faire attention à ce que ce droit et devoir de surveillance de l'entretien et de l'éducation de l'enfant ne devienne pas un droit et devoir de surveillance ou de contrôle de l'ex-partenaire qui s'est vu confier la responsabilité parentale.

Le terme de „surveillance“ ne me semble pas tout à fait approprié en l'espèce. Ne devrait-on pas parler plutôt d'un droit ou devoir d'être informé sur l'entretien et l'éducation de son enfant?

- L'article 377 traite des compétences du juge des tutelles.

Il prévoit dans son alinéa 4 que le juge des tutelles peut **notamment** ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire du Grand-Duché sans l'autorisation des deux parents.

Tout comme pour l'article 372, j'estime que le mot „notamment“ ne doit pas figurer dans un texte de loi. Un texte de loi doit être clair et précis et ne pas devoir se justifier par des exemples. Je laisserai tout simplement de côté le mot „notamment“.

- L'article 378 prévoit que le juge des tutelles peut refuser l'homologation de la convention élaborée entre parties, si le consentement des parents n'a pas été donné librement.

La question qui se pose est de savoir, comment concrètement le juge des tutelles veut constater et surtout vérifier si le consentement des parents a ou non été donné librement?

- L'article 378-5 énonce que si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

Cette possibilité prévue par le projet de loi va sûrement être la source de problèmes pratiques, alors que la question se posera qui devra élaborer les enquêtes et surtout les contre-enquêtes? Déjà à l'heure actuelle, le service SCAS, chargé de réaliser les enquêtes sociales, ne parvient pas toujours à effectuer dans des délais imposés les enquêtes sociales qui lui sont confiées, faute de combattants.

Par ailleurs, j'estime qu'une contre-enquête en matière de la responsabilité parentale est superflue. Il y aura toujours un parent qui se sentira traité de manière injuste et arbitraire. Or, c'est tout de même le juge des tutelles qui a ordonné l'enquête et en conséquence, il s'agit donc d'une enquête qui préserve le principe du contradictoire et de l'égalité de tous devant la loi.

- Enfin, selon l'article 387-9 peuvent se voir retirer totalement ou partiellement la responsabilité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant. Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part de responsabilité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants.

Le présent alinéa prête à confusion. En effet, faut-il lire que le même retrait („ce retrait“) de la responsabilité parentale au père ou à la mère en vertu d'un jugement pénal est applicable aux ascendants? Qu'en est-il alors du principe de l'effet personnel des peines en matière pénale et surtout, comment ce retrait pourrait-il s'opérer à l'égard des ascendants qui n'ont pas été partie au procès pénal? Ce retrait, saurait-il leur être opposable et quelles seraient le cas échéant les voies de recours pour les ascendants?

J'estime, au vu du commentaire des articles, qui dit que dans certains cas, les ascendants peuvent se voir également retirer totalement la responsabilité parentale pour la part de responsabilité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants, qu'il ne s'agit donc pas du même retrait. Or, dans ce cas, il faudrait peut-être clarifier le texte de loi en ce sens.

Martine LEYTEM

Substitut

*

AVIS DU PARQUET DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH

(22.10.2008)

Le projet de loi relatif à la responsabilité parentale s'est très largement inspiré de la législation française dont le texte de base est la loi 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale qui a subi plusieurs modifications par des lois subséquentes dont en particulier celle du 8 janvier 1993 instituant le juge aux affaires familiales et celle du 4 mars 2002 (2002-305) relative à l'autorité parentale.

Une telle approche facilite le travail du praticien du droit dans la mesure où il peut se référer à une jurisprudence abondante et une pratique acquise.

L'exposé des motifs reste cependant muet quant à d'éventuelles difficultés rencontrées en France.

Il est en particulier évident que reste posé le problème de savoir si les dispositions de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant peuvent, selon les articles concernés, être invoquées directement par les parties devant une juridiction nationale, tout comme les dispositions légales projetées peuvent entrer en conflit avec des droits garantis par ladite convention qui consacre divers droits strictement personnels: liberté d'expression, de pensée, de conscience et de religion, non-immixtion dans la vie privée ou dans la correspondance de l'enfant.

Ces droits personnels peuvent le cas échéant entrer en conflit avec le choix des parents dont les droits dérivent de la responsabilité parentale. Il appartiendra, comme si souvent, au juge de décider en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Ceci pose d'ailleurs l'épineux problème du poids et de l'importance qu'il convient de donner, surtout dans le cadre d'un conflit familial, à l'enfant selon son âge et sa constitution psychique.

Notons que le projet sous avis diffère de son modèle sous certains points:

- 1) En France l'institution continue à être désignée par „*autorité parentale*“ alors que notre projet parle de „*responsabilité parentale*“.

L'exposé des motifs justifie le choix de la nouvelle terminologie, sans incidence sur le fond: il est sous-entendu que l'exercice de toute autorité comporte des obligations en contrepartie des droits.

- 2) La législation française prévoit dans ses articles 375 et suivants des mesures d'assistance éducative.

Le corolaire en est que leur application est assurée par le juge aux affaires familiales et non pas, comme dans notre système, du moins comme une espèce d'équivalent par le juge de la jeunesse.

- 3) L'application cohérente de la législation française est assurée par le juge aux affaires matrimoniales.

On se demande pour quelle raison nous en restons à une reprise „*partielle*“ du système français dont nous reprenons la partie „*théorique*“ et non pas la partie „*pratique*“ (l'organisation judiciaire).

Ceci est regrettable dans la mesure où l'application de la loi, dans un domaine extrêmement délicat et important, dépendra de la capacité des juridictions pour traiter un contentieux qui est (et deviendra) de masse qu'il ne convient pas de „*refiler*“ au juge des tutelles (quelle tutelle exerce-t-il sur les parents?).

Si je prends en considération la situation du juge des tutelles au tribunal d'arrondissement de Diekirch, force est de constater que la situation deviendra ingérable, surtout si on considère que d'autres projets de lois dans le domaine „*extra*“-judiciaire viendront largement compliquer la tâche (pouvoir du juge-contrôleur dans le cadre du placement en service psychiatrique fermé – projet No 5856).

Il est regrettable que le projet ne contienne aucune évaluation quant à l'importance du contentieux respectivement du transfert du contentieux existant (en particulier au niveau des affaires de pensions alimentaires) vers le juge des tutelles.

*

REMARQUES PONCTUELLES

1. Dispositions générales

- Quant à la terminologie on constatera que le terme „*l'enfant*“ vise selon le cas l'enfant mineur et l'enfant majeur resp. l'enfant mineur seul. Ceci est à l'occasion précisé. Encore que cela ne soit qu'un détail (et même si le texte français a servi de modèle) il conviendrait de faire la distinction si l'enfant mineur est seul visé (p. ex. art. 373).

- La responsabilité parentale comporte in concreto et pour la vie quotidienne les droits et devoirs suivants: droit et devoir de résidence, de surveillance, d'éducation et de protection de la santé de l'enfant.

Le droit de surveillance comporte en particulier l'obligation de veiller (et de contrôler) sur les allées et venues, les relations et la correspondance (sous réserve des conventions internationales et des droits des tiers).

Le droit et devoir d'éducation se rapporte à l'éducation scolaire, professionnelle, religieuse, civique, politique etc.

Cet élément pose le problème de l'appartenance de l'enfant (ou des parents) à une secte. Quid si les parents sont d'accord pour lui faire confier leur enfant?

Si les deux parents ne sont pas d'accord, le juge des tutelles pourrait être saisi. Sinon, et selon notre droit, le juge de la jeunesse aurait compétence pour intervenir en cas de mise en danger de l'enfant.

La santé de l'enfant peut poser problème en cas d'urgence (témoins de Jehova, divergence entre parents).

Le cas de l'interruption volontaire de grossesse d'une mineure est réglé en France par l'article L 2212-7 du code de la santé publique qui autorise la femme mineure non émancipée à garder le secret à l'égard de ses parents ce alors que jusqu'à la loi du 4 juillet 2001 le droit de consentir à l'interruption volontaire de grossesse était considéré comme prérogative de l'autorité parentale (sauf motif médical). Cela mériterait réflexion.

On constatera au demeurant que les dispositions de l'article 371-5 du code civil français (principe de la non-séparation des fratries) ne sont pas reprises au projet.

2. De l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés

Aux termes de l'article 376 les père et mère sont obligés à maintenir des relations personnelles avec l'enfant. Ceci veut dire que l'enfant est titulaire du droit afférent. Il est cependant difficilement concevable que l'enfant puisse faire valoir ce droit en justice malgré l'opposition du parent en cause.

3. De l'intervention du juge des tutelles

- En complément de ce qui a été dit sur l'importance du contentieux amenant le magistrat à intervenir dans la vie familiale dans des situations de conflits humainement délicats et des situations de crise aiguë, je constate que le volet organisationnel des juridictions n'est pas abordé.

Par rapport aux genres d'affaires dont sera saisi le magistrat, qui devrait être spécialisé dans son domaine de compétence, on constatera que toutes les affaires alimentaires seront transférées de la justice de paix vers le juge des tutelles.

L'éparpillement des compétences subsistera: compétence du juge des référés, juge de la jeunesse, juge des tutelles, ce qui me semble devoir être évité.

- L'article 378-1 introduit un droit d'action élargi au ministère public, pouvant même être saisi par un tiers.

Cette disposition est certes contenue au modèle français. D'après le commentaire des articles „*la saisine du juge par le ministère public semble utile en cas de carence des parents*“.

Cette seule constatation n'est pas convaincante. En effet, l'intervention de l'Etat dans la vie des familles doit rester exceptionnelle. Or, la disposition générale se réfère à la notion de carence, ce qui veut dire absence d'agir. Or, les parents peuvent avoir de bonnes raisons pour s'abstenir d'agir.

La mise en oeuvre pratique de la disposition peut s'avérer très hasardeuse. La proposition franchit encore un pas de plus en faisant du ministère public l'avocat de tiers ce qui paraît exagérer le rôle du ministère public et ce qui, au niveau de l'exécution des décisions (p. ex. contribution à l'entretien) comporte des problèmes non abordés et résolus du projet.

En tout état de cause, en l'absence de disposition afférente, les affaires soumises au juge des tutelles sur base des dispositions de l'article 378 ne semblent pas communicables.

- La section IV ne contient aucune disposition quant à la compétence territoriale du juge des tutelles.

En France la compétence territoriale du juge aux affaires familiales est réglée à l'article 1070 du code de procédure civile: lieu de résidence de la famille; si les parents vivent séparément: résidence soit du parent chez qui réside habituellement l'enfant en cas d'exercice commun de l'autorité parentale, soit de celui qui l'exerce seul ou, dans les autres cas, du défendeur, ou en cas de requête conjointe, de l'une ou l'autre des parties.

4. Du retrait total ou partiel de la responsabilité parentale

Le retrait total de la responsabilité parentale en cas de condamnation des père et mère soit comme auteurs ou comme complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de leur enfant (mineur) respectivement par leur enfant pose le problème de la compétence au niveau de la juridiction (pénale ou civile).

Le texte est repris de la législation française. La jurisprudence française estime que la déchéance constitue non pas une peine, mais une mesure de protection à l'égard de l'enfant.

Il est encore décidé que les juridictions civiles peuvent se fonder sur l'article 378 (art. 387-9 du projet) pour prononcer le retrait lorsque la juridiction pénale n'a pas usé de la faculté inscrite à l'article 378.

Rien ne s'oppose donc à ce que l'ensemble du contentieux relatif au retrait de la responsabilité parentale soit soumis à la juridiction civile.

Si d'un côté la solution retenue évite un deuxième procès, il n'est pas erroné d'estimer qu'il ne convient pas de surcharger le procès pénal d'aspects non pénaux, surtout s'ils rendent nécessaire des moyens d'enquête étrangers au droit pénal (p. ex. enquête sociale etc.).

N'oublions pas que le retrait est facultatif.

Diekirch, le 22 octobre 2008

Le Procureur d'Etat,
Jean BOUR

*

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX DE LUXEMBOURG

De façon générale, la Justice de paix de Luxembourg accueille positivement la réforme projetée. Une réforme de cet aspect du droit civil s'imposait. Le présent projet a pour but d'apporter des améliorations notables dans le domaine de la responsabilité parentale.

Ainsi, l'article 372-1, visant les parents et non plus les époux, apporte notamment une consécration légale au principe jurisprudentiel de la contribution de tout parent à l'entretien et à l'éducation de son enfant que celui-ci soit né pendant le mariage ou hors mariage. Cette disposition consacre également le principe de la continuation de cette obligation en cas de besoin à la majorité de l'enfant.

Le domaine des pensions alimentaires à verser par un parent à son enfant en cas de séparation suscite toutefois quelques interrogations dont la réponse ne semble ressortir ni de l'exposé des motifs ni du commentaire des articles.

Ainsi, une lecture combinée des articles 376-2, 377, 378 et 378-6 conduit à s'interroger sur la compétence judiciaire en matière de pensions alimentaires octroyées aux enfants. En effet, ces dispositions semblent donner compétence au juge des tutelles pour connaître de ces demandes.

En l'état actuel, l'article 4 1° du Nouveau Code de Procédure Civile donne compétence exclusive au juge de paix pour connaître de toute demande en pension alimentaire à l'exception de celles se rattachant à une instance en divorce ou séparation de corps. Si le présent projet de loi tend effectivement à instaurer une compétence au profit du juge des tutelles, ne conviendrait-il dès lors pas de procéder à la modification de ce texte?

Ceci aurait bien entendu l'avantage de regrouper toutes les questions relatives à la responsabilité parentale, y compris les pensions alimentaires, devant un même juge, mais aurait néanmoins l'inconvénient d'engendrer deux procédures parallèles en cas de demande de pension alimentaire à titre personnel et au profit des enfants.

Par ailleurs, ne conviendrait-il pas également de préciser à l'article 376-2 que la pension alimentaire pourrait, le cas échéant, être directement versée à l'enfant majeur dans le besoin apte à gérer son argent? Une telle précision éviterait ainsi que la pension alimentaire ne transite systématiquement par l'autre parent ou par un tiers.

Finalement et compte tenu du projet de réforme du divorce – intimement lié au présent projet de loi, mais qui ne fait pas partie du présent avis et dont on ignore encore actuellement les tenants et aboutissants – il y aurait lieu de veiller à ce que l'article 377 du présent projet de loi, qui confie la compétence en matière de responsabilité parentale au juge des tutelles „sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation“, ne soit pas en contradiction avec une disposition de la nouvelle loi sur le divorce.

*

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX D'ESCH-SUR-ALZETTE

DEPECHE DU JUGE DE PAIX DIRECTEUR AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(16.9.2008)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

Ce projet de loi, qui vise avant tout à substituer la notion de „responsabilité parentale“ à celle d'„autorité parentale“ et – en cas de séparation des parents – le principe de l'exercice conjoint de la responsabilité parentale à celui de l'exercice exclusif de la responsabilité parentale par un seul parent, exercice exclusif qui reste cependant possible mais qui en tant qu'atteinte au principe de coparentalité est destiné à devenir exceptionnel, trouve l'approbation de la Justice de Paix d'ici.

Ledit texte ne concernant pas particulièrement les justices de paix, la Justice de Paix de et à Esch-sur-Alzette n'entend pas l'analyser en détail.

Veuillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma considération parfaite.

*Le Conseiller Honoraire à la Cour d'Appel,
Juge de Paix Directeur,
Jean-Marie HENGEN*

*

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX DE DIEKIRCH

(16.9.2008)

Le projet de loi sous avis a en gros pour objet d'uniformiser les règles gouvernant le contenu et l'exercice de l'autorité parentale, désormais qualifiée de responsabilité parentale, se rapportant à des enfants mineurs dont la filiation naturelle ou légitime est établie à l'égard d'au moins un de ses parents, et, si elle l'est à l'égard des deux, de consacrer leur garde, ou plutôt leur responsabilité conjointe comme régime de droit commun, même au cas où ils seraient séparés. Par ailleurs, et hormis essentiellement l'hypothèse des mesures provisoires ou définitives accessoires à une instance en divorce, le projet vise à centraliser le contentieux relatif à la responsabilité parentale entre les mains du juge des tutelles. La justice de paix de Diekirch n'entend pas se prononcer autrement sur le fond même de la réforme préconisée, sauf à faire remarquer que l'application jurisprudentielle progressive depuis une douzaine d'années du régime de la garde conjointe aux enfants naturels dont les parents sont séparés a entraîné une véritable explosion du contentieux en la matière et que l'extension de ce régime aux enfants légitimes risque donc fort d'amplifier encore ce phénomène. Elle se bornera à certaines observations d'ordre procédural et à l'examen des dispositions du projet sous avis qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur les affaires qui lui sont dévolues, c.-à-d. sur le contentieux alimentaire.

1. En l'état actuel, l'art. 4,1° du NCPC attribue compétence exclusive au juge de paix pour connaître de toutes demandes en pension alimentaire, à l'exception de celle se rattachant à une instance en divorce ou de séparation de corps. Rentrent donc dans cette compétence notamment aussi les demandes dérivées de l'obligation spécifique d'entretien et d'éducation des enfants, obligation que la jurisprudence a rattachée à l'article 203 du Titre V, chap. 5 du Code Civil, que les parents soient mariés ou non et que la filiation soit établie à l'égard d'un seul ou des deux. Or, sans modifier les deux dispositions précitées, le projet reprend cette obligation alimentaire spécifique qui peut se prolonger même au-delà de la majorité dans les art. 372-1, 376-2 et 376-3 nouveaux du titre IX, chap. 1er du Code Civil et, à l'art. 377, attribue compétence au juge des tutelles pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre dudit titre. Si, comme on peut le supposer, – bien que ni le projet lui-même ni le commentaire des articles n'en touche un mot –, l'intention des auteurs du projet est d'opérer sur ce point un transfert de compétence des justices de paix aux juges des tutelles et, en appel, du tribunal d'arrondissement à la Cour d'appel, une reformulation de l'art. 4,1° du NCPC et de l'art. 203 du Code Civil s'imposerait pour obvier au spectre d'une compétence concurrente des deux types de juridiction en la matière.

Ceci étant, et quels que puissent être les mérites réels ou supposés d'un tel transfert de compétence, il convient aussi de relever les inconvénients manifestes qu'il comporterait.

- a) Il impliquerait tout d'abord un éparpillement supplémentaire des compétences en matière alimentaire qui déjà présentement se partagent entre le juge de paix, le juge des référés (pendant l'instance en divorce), le tribunal d'arrondissement (à l'issue du divorce) et leurs juridictions d'appel respectives avec toutes les complications et imbrications bien connues des praticiens.
- b) Vu l'ampleur du contentieux concerné, – qui constitue près de 9/10ièmes du contentieux alimentaire global traité par les justices de paix lequel ne fait d'ailleurs que croître –, le transfert de compétence envisagé rendrait en outre inévitable une réadaptation sensible de l'organisation judiciaire, puisque la décharge de travail en résultant au niveau des justices de paix devrait être compensée par un renforcement notable des effectifs des tribunaux des tutelles, voir même de la Cour, dont pour les raisons esquissées en introduction la tâche risque de toute façon de croître même en l'absence d'un tel transfert.
- c) L'expérience pratique démontre que, de plus en plus, le contentieux alimentaire dont sont saisies les justices de paix n'est plus un contentieux autonome mais a tendance à devenir un contentieux accessoire de celui des saisies-arrêts sur salaires et rémunérations. Ainsi c'est souvent quand après une période d'inactivité dont il était ou non responsable, un débirentier retrouve un emploi et le crédentier pratique alors une saisie-arrêt sur salaire pour obtenir paiement à la fois du terme courant et des arriérés entre-temps accumulés d'une pension ou de contributions alimentaires qu'il s'était antérieurement vu allouer par une décision de justice, que le premier sollicitera une réduction, le cas échéant même rétroactive, de ces pension ou contributions, puisqu'il se trouve acculé à une situation financière inextricable du fait que les arriérés absorbent la partie saisissable de son revenu dont ils sont prélevés tandis que la partie théoriquement insaisissable sera amputée du terme courant. Comme il est compétent pour connaître à la fois de la saisie-arrêt et de la demande en réduction, – qui plus d'une fois est d'ailleurs justifiée –, le juge de paix est actuellement en mesure de solutionner relativement vite et par un seul jugement des cas pareils. Avec le transfert de compétence envisagé et comme dans la majorité des hypothèses ce sont des contributions pour enfants qui sont en cause, tel ne serait plus le cas à l'avenir, puisque le juge de paix devrait renvoyer le saisi à se pourvoir devant le juge des tutelles par une demande séparée et en attendant la décision de ce dernier, devrait se borner à surseoir à statuer sans même pouvoir accorder de mainlevée provisoire de la saisie pratiquée. Ainsi, le transfert de compétence envisagé aurait pour double effet de multiplier les instances judiciaires et de prolonger indûment des situations dramatiques qui récemment encore ont été relevées par le médiateur.

2. Si dans l'art. 377 nouveau du Code Civil, le projet sous avis règle la compétence *ratione materiae* du juge des tutelles, il omet cependant de définir sa compétence *ratione loci*. Or, une telle précision semble s'imposer puisqu'en cas de séparation de ses parents il n'est plus question dans le projet de domicile légal de l'enfant mineur mais seulement de sa résidence et que dans l'hypothèse de l'art. 378-2 même cette résidence peut alterner et donc se situer tantôt dans un arrondissement judiciaire ou même Etat, tantôt dans un autre.

3. D'après l'art. 378-1 tel que projeté du Code Civil, le juge des tutelles ne peut être saisi que par les parents ou par le ministère public, qui lui-même peut être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale ainsi que sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. L'on peut certes comprendre le souci des auteurs du projet d'éviter que des importuns puissent se mêler d'affaires de famille qui ne les regardent pas. On ne peut cependant pas les suivre dans la voie qu'ils ont choisie alors qu'elle constituerait dans diverses hypothèses une restriction indue du libre accès à la justice. A ce titre l'on pourrait citer notamment le cas des grands-parents désireux d'obtenir un droit de visite sur base de leur droit à des relations personnelles avec leurs descendants (à moins que l'art. 374 al. 1er du Code Civil du projet n'ait voulu faire du droit aux relations personnelles qu'un droit à sens unique), celui de l'enfant majeur qui entend actionner ses parents récalcitrants pour lui financer ses études ou encore celui des grands-parents qui, subvenant aux besoins et à l'entretien de leur petit-enfant sur base de l'art. 205 du Code Civil, veulent exercer leur recours contre le ou les parents défaillants. Dans tous ces cas en effet où les concernés ont un droit ou prétendent l'avoir, il paraît inadmissible de rendre le ministère public juge de l'opportunité de le mettre en oeuvre. A cela s'ajoute que la solution envisagée par les auteurs du projet laisse planer plus d'une incertitude quant à la position et aux droits des tiers dans le cadre d'une instance où leurs droits sont

en cause et que le parquet aurait introduit à leur instigation (accès au dossier, droit de conclure, voies de recours etc.).

Diekirch, le 16 septembre 2008

Le Juge de Paix Directeur,
Paul GEISEN

*

AVIS DU TRIBUNAL DE LA JEUNESSE ET DES TUTELLES

DEPECHE DU JUGE-DIRECTEUR DU TRIBUNAL DE LA JEUNESSE ET DES TUTELLES AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(9.1.2009)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

En mains votre demande d'avis concernant le projet de loi No 5867 relatif à la responsabilité parentale.

Le soussigné renvoie pour l'essentiel au commentaire très motivé et judicieux de Madame le juge des tutelles Béatrice KIEFFER et se limitera aux observations suivantes:

Le projet de loi en question introduit quelques innovations dont l'opportunité est largement reconnue.

Il en est ainsi de l'affirmation de l'obligation d'entretien à charge des parents naturels, de l'introduction de la faculté pour les parents séparés de convenir d'une résidence alternée et de l'introduction du principe de l'autorité parentale conjointe ou – pour reprendre les termes du projet – de la responsabilité parentale conjointe entre parents mariés ou non, séparés ou non.

En ce qui concerne les enfants naturels, cette dernière innovation était d'ailleurs non seulement opportune mais nécessaire, notre Cour constitutionnelle ayant, dans son arrêt du 26 mars 1999 (il y a bientôt dix ans!), estimé que l'attribution privative de l'autorité parentale sur un enfant naturel à la mère telle que prévue à l'article 380 alinéa 1er du code civil contrevenait au principe d'égalité entre hommes et femmes consacré à l'article 11 de la Constitution.

En revanche, bon nombre d'autres modifications paraissent discutables voire même très critiquables.

Remplacement de l'autorité parentale par la responsabilité parentale (art. 371 et s. du code civil)

En premier lieu, il est renvoyé aux observations de Madame le juge des tutelles concernant l'absence de nécessité juridique d'y procéder (au regard du droit international).

La responsabilité est l'obligation de réparer les conséquences dommageables d'un fait.

C'est sans doute le terme juridique le plus connu du grand public.

Le lecteur du commentaire des articles comprendra qu'il s'agit en fait pour les auteurs du projet de „responsabiliser“ davantage les parents, dans un sens plus large, en insistant sur leurs devoirs, leurs obligations et de marquer clairement, en bref, que l'enfant ne doit pas être traité comme un objet dont on a la propriété.

Pareille intention est certes louable!

Mais il y a fort à parier, d'une part, que cette nouvelle terminologie n'amènera pas ceux qui traitent leurs enfants comme des objets à s'en occuper dorénavant de manière responsable et, d'autre part, qu'elle ne fera que conforter de très nombreux parents dans la conception erronée qu'ils ont de leur rôle et qui est celle de „tiers payeurs“ par rapport à leurs enfants au lieu de se considérer comme leurs éducateurs et protecteurs.

Le commentaire des articles révèle qu'il convient de „mettre en oeuvre au sein de la famille une démocratie parentale“ (...) dans laquelle „les décisions qui concernent l'enfant doivent, dans la mesure du possible, recueillir son adhésion“ (sub article 372, page 14).

L'expérience des juges de la jeunesse (celle du soussigné s'étend sur onze ans) montre que le sujet de préoccupation majeur des autorités publiques dans le contexte qui nous occupe devrait être, bien au contraire, celui du manque d'autorité des parents plutôt que celui des excès d'autorité.

Dans un contexte d'affirmation „tous azimuts“ des droits multiples et multiformes de l'enfant, la sonnette d'alarme devrait être tirée par nos gouvernants face aux excès de „démocratie parentale“ où les parents se contentent de fournir à leurs enfants ce dont ils ont envie par inconscience ou lassitude de ne pas obtenir de leurs enfants cette fameuse „adhésion“ à ce qu'ils estiment nécessaire à leur bien-être.

Les conséquences de ces carences éducatives sont le pain quotidien des juges de la jeunesse et des multiples professionnels auxquels ils ont recours pour intervenir dans les familles de leurs justiciables: absentéisme scolaire chronique avec la complicité non seulement des parents mais aussi – je n'hésite pas à le dire – de certains médecins, obésité, mauvaise nutrition, alcoolisme, manque d'hygiène vestimentaire et corporelle, absence de manières élémentaires et d'égards pour autrui, agressivité physique et verbale, hyperactivité, délinquance, parasitisme social ...

Il est clair que l'absence ou le manque d'autorité des parents n'est pas la cause exclusive de ces situations problématiques. Mais elle en est sans doute la cause principale avec les carences affectives.

L'autorité parentale est affirmée, de manière indirecte, à travers certaines dispositions du projet de loi.

D'ailleurs, la responsabilité ne se conçoit pas sans autorité.

Etre un parent responsable, c'est savoir imposer une certaine autorité.

Autant l'affirmer et maintenir de manière symbolique la terminologie existante pour les motifs indiqués ci-dessus.

Il conviendrait enfin de maintenir la définition existante de l'*autorité parentale*, bien plus précise et complète que celle qu'il est proposé d'introduire.

**Remplacement de la *déchéance d'autorité parentale* par le
retrait de la *responsabilité parentale* et réduction du délai
de révision des décisions de justice de cinq ans à un an
(art. 387-9 et s. du code civil)**

Les auteurs du projet déclarent vouloir „substituer au terme *déchéance*, à connotation péjorative“ celui de *retrait* qui ferait davantage ressortir qu'il s'agit d'une mesure de protection de l'enfant plus que d'une „sanction prononcée contre les parents „fautifs“ “ (commentaire des articles, page 28).

Le soussigné ose espérer que les auteurs du projet de loi ont été les victimes d'une erreur consistant dans une confusion entre le *transfert* de l'exercice de l'autorité parentale qui s'opère par l'effet de la loi et plus précisément de l'article 11 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, d'une part, et la *déchéance* d'autorité parentale prononcée par un jugement civil ou pénal dans le cadre du chapitre IV du titre IX du livre 1er du code civil, d'autre part.

Tandis que le *transfert de l'exercice de l'autorité parentale* (première hypothèse) opère de manière automatique en vertu d'un jugement de placement de l'enfant auprès d'une personne de confiance et cela, en effet, indépendamment de toute notion de faute des parents et uniquement en considération du besoin de protection de l'enfant, la *déchéance d'autorité parentale* (deuxième hypothèse) quant à elle, repose très clairement sur une faute des parents et même une faute particulièrement grave.

Si les auteurs du projet en question n'avaient pas fait cette confusion, les propos du commentaire des articles reproduits ci-dessus seraient de nature à inspirer un sentiment de scandale et même de révolte à ceux qui savent les ignominies dont certains parents sont capables à l'égard de leurs enfants. S'il est vrai que ces cas sont – fort heureusement – assez rares, il n'en reste pas moins que les affaires de *déchéance* d'autorité parentale mettent toujours en lumière des actes ignobles commis par des titulaires d'autorité parentale, des fautes graves à l'égard des enfants dont ils avaient la charge.

Je ne voudrais pas être le juge qui aurait à expliquer à une petite fille victime de viols ou de sévices répétés qu'il serait excessivement „péjoratif“ de considérer que celui ou celle qui a brisé sa vie a fait quelque chose de mal, excessivement péjoratif d'affirmer qu'il aurait commis une faute à son égard

... Bien sûr, si cette même personne avait conduit son véhicule à une vitesse de 31 km/h dans une zone 30, ce serait une infraction méritant une peine et on ne s'embarrasserait pas de la connotation péjorative attachée à ces termes ni à qualifier son comportement de faute méritant une sanction, mais commettre des viols et autres sévices sur son propre enfant ...

Dans le même ordre d'idées, sans doute, le projet retient que la décision de retrait doit pouvoir être révisée tous les ans et non plus tous les cinq ans (art. 387-13 du code civil).

(Ce dernier délai paraissait déjà excessivement bref au soussigné.)

Autant dire que l'affaire serait l'objet d'une discussion interminable dont le moindre mal serait qu'elle occuperait inutilement les magistrats concernés pendant des années.

Les enfants victimes de pareils forfaits ont besoin avant tout de savoir ces forfaits clairement sanctionnés et ensuite de paix et de sécurité.

Ce n'est que dans ces conditions qu'ils sont en mesure de surmonter tant bien que mal le traumatisme qu'ils ont subi et de considérer comme anormal et répréhensible ce qu'ils ont subi.

Sait-on seulement à quel traumatisme supplémentaire on exposerait les victimes en les impliquant dans un débat judiciaire incessant dont les conséquences défavorables pour l'auteur sont, de surcroît, quasiment inexistantes?

Sait-on à quel risque on s'exposerait ainsi de voir ces victimes, plus tard, quand elles seront adultes, commettre des actes similaires ... parce qu'on a banalisé ce qu'elles ont eu à subir dans leur enfance?

Droit de visite des grands-parents et des tiers (art. 374 du code civil)

Il importe d'être conscient du fait qu'en cas de séparation conflictuelle des parents, le titulaire du droit de garde a souvent tendance à „régler ses comptes“ avec l'autre parent au moyen de pressions et autres manoeuvres destinées à priver l'autre parent et la famille de ce dernier – en première ligne, les grands-parents – de contacts réguliers avec l'enfant.

Aussi convient-il de considérer les déclarations de l'enfant avec circonspection, celles-ci étant souvent inspirées par le titulaire du droit de garde ou faites par l'enfant dans la croyance qu'il va perdre l'affection du titulaire du droit de garde s'il manifeste son désir de voir régulièrement l'autre parent respectivement la famille de celui-ci.

En conséquence, une trop grande flexibilité dans l'octroi d'un droit de visite n'est guère appropriée, le risque étant, concrètement, celui de voir l'enfant déclarer, de manière induite, qu'il ne veut plus voir régulièrement ses grands-parents du côté opposé à celui du titulaire du droit de garde (le plus souvent la mère) et qu'il veut en revanche voir régulièrement telle (et) ou telle personne proche du titulaire du droit de garde.

De trop nombreux droits de visite risquent fort d'entrer en concurrence entre eux et finalement de compromettre le maintien des relations de l'enfant avec le parent qui ne l'a pas habituellement chez lui, respectivement la famille de ce dernier, ce qui serait le contraire du but recherché par la présente réforme.

Le principe du maintien des relations de l'enfant avec ses grands-parents des côtés maternel et paternel et la primauté de ces relations sur d'autres devraient être clairement affirmés.

Autorisation du mariage (art. 160bis du code civil)

La faculté pour des filles mineures (article 144 du code civil, loi du 10 août 1992) de s'engager dans les relations du mariage devrait être supprimée pour des raisons de logique et de respect de l'égalité entre personnes des deux sexes.

Si l'on considère, d'une part, qu'un mineur d'âge n'a en général pas la maturité requise pour accomplir les actes juridiques de la vie civile, on peut difficilement soutenir par ailleurs qu'il aurait néanmoins celle de s'engager dans les liens du mariage qui est un acte juridique particulièrement important et lourd de conséquences.

D'autre part, si l'on refuse ce droit aux garçons, on doit également le refuser aux filles, sous peine de méconnaître le principe de l'égalité entre personnes des deux sexes.

**Cumul des questions de pension alimentaire
et de droit à entretenir des relations personnelles
(art. 377 du code civil)**

Il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de mêler ces deux sortes de questions.

L'importance des relations personnelles entre l'enfant et l'un de ses parents ne doit pas être dépendante de l'importance de la contribution financière.

Concrètement, les magistrats en charge de ces questions observent un phénomène aussi courant que regrettable qui consiste pour les titulaires du droit de garde (le plus souvent les mères) à se faire monnayer en termes de pension alimentaire le droit de visite de l'autre parent et, pour ce dernier, à ne plus payer de pension alimentaire dès lors qu'il se heurte à l'obstruction de l'autre parent lors de l'exercice de son droit de visite.

Le fait de séparer les deux questions entre deux juridictions favorise, bien que dans une mesure limitée, une prise de conscience des parents quant à l'indication de ne pas traiter le droit de visite et la pension alimentaire comme valeurs de transaction.

Compétence du juge des tutelles et non pas du juge de la jeunesse

Les questions de modifications du droit de garde et de visite après divorce relèvent actuellement de la compétence du *tribunal de la jeunesse* tandis que les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur un enfant naturel et les questions de droit de visite du parent auprès duquel l'enfant naturel ne réside pas habituellement relèvent de la compétence du *juge des tutelles*.

Les affaires de pension alimentaire relatives aux enfants naturels et, après divorce, aux enfants légitimes relèvent de la compétence du *juge de paix*.

Aux termes du projet, ces compétences seraient désormais concentrées entre les mains du juge des tutelles.

Le motif avancé est le suivant: „Le Gouvernement estime qu'il est plus cohérent de réunir les questions de la responsabilité parentale et d'administration légale des biens dans les mains d'une seule juridiction, de sorte que les questions y relatives, sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation, sont soumises au juge des tutelles“ (commentaire des articles, sub art. 377, page 22).

En premier lieu, il convient de savoir que les juges de la jeunesse (3 juges) et les juges des tutelles (1 pour les mineurs et 1 pour les majeurs) appartiennent à une seule et même juridiction, le tribunal de la jeunesse et des tutelles.

L'observation ci-dessus du commentaire des articles ne saurait donc valoir que pour ce qui est de la compétence de la justice de paix et non pas pour ce qui est de la compétence des juges de la jeunesse respectivement du tribunal de la jeunesse.

Il paraît quelque peu étrange que les auteurs aient choisi de donner compétence au juge des tutelles plutôt qu'au tribunal de la jeunesse.

On se serait plutôt attendu à ce que l'ensemble des affaires définies à l'article 377 du code civil tel que libellé dans le projet, y compris donc les affaires concernant des *enfants naturels*, soient confiées au tribunal de la jeunesse actuellement compétent pour les *enfants légitimes* et ayant une compétence plus large, concernant la majorité de nos justiciables.

En cas de modification des règles de compétence d'attribution, il faudrait, en tout cas, prévoir une augmentation du nombre des juges affectés aux tutelles mineurs, compte tenu des multiples nouveaux chefs de compétences qui seront attribués au juge des tutelles.

Veillez recevoir, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma parfaite considération.

Luxembourg, le 9 janvier 2009

*Le juge-directeur du tribunal
de la jeunesse et des tutelles,*

Alain THORN

*

OBSERVATIONS DE CONSEILLERS A LA COUR D'APPEL

DEPECHE DE CONSEILLERS A LA COUR D'APPEL AU PRESIDENT DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

(20.12.2007)

Monsieur le Président,

Les soussignés, les conseillers à la Cour d'appel Annette Gantrel, exerçant actuellement les fonctions de magistrat d'appel en matière de protection de la jeunesse, et Camille Hoffmann, ayant exercé ces fonctions jusqu'au mois de mai 2007, ont à coeur de vous informer des difficultés rencontrées quant à l'organisation des audiences de la chambre d'appel de la jeunesse et de vous soumettre quelques propositions afin d'améliorer le déroulement de ces audiences en attendant une réforme plus en profondeur.

Le nombre croissant des affaires ainsi que le temps requis pour les instruire font que les audiences sont surchargées et ne sont habituellement closes que vers 19 heures, voire même plus tard.

La chambre d'appel de la jeunesse est composée d'un conseiller, siégeant comme magistrat unique, qui connaît des appels des jugements rendus par les tribunaux de la jeunesse de Luxembourg et de Diekirch en matière de protection de la jeunesse (loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse) et en matière civile en application de l'article 302 du code civil (modification du droit de garde ou du droit de visite et d'hébergement institué par un jugement de divorce). La chambre d'appel de la jeunesse siège en principe une fois par mois, le 2e lundi de chaque mois.

Il faut relever que le conseiller siégeant en matière de protection de la jeunesse assume cette tâche à côté de ses fonctions habituelles au sein de la chambre de la Cour d'appel à laquelle il est affecté, tandis que les trois juges auprès du tribunal de la jeunesse et des tutelles de Luxembourg exercent leurs fonctions à titre exclusif.

Vous trouvez en annexe un tableau renseignant l'évolution du nombre des affaires depuis 1994/1995.

Le nombre des affaires implique que la chambre d'appel de la jeunesse doit traiter cinq à six affaires par audience. Comme ces affaires sont urgentes par nature, il ne peut être question de laisser se développer un résidu d'affaires en attente. Toutes les affaires doivent être instruites et jugées dans un bref délai.

L'ampleur de la tâche à laquelle se voit confrontée la chambre d'appel de la jeunesse ne peut être mesurée au seul nombre des affaires. C'est surtout l'envergure que les affaires ont prise qu'il importe de mettre en relief.

Le traitement des affaires est rendu très laborieux en raison de plusieurs facteurs:

- 1) Il y a d'abord l'accroissement du nombre des intervenants aux audiences, à savoir les avocats et les experts psychologues et psychiatres. L'assistance judiciaire connaît un développement considérable. Les mineurs comparaissent devant les juridictions de la jeunesse accompagnés de leur avocat. L'affluence au prétoire des psychologues, psychiatres, et autres professionnels en matière socio-éducative traduit une tendance de la société à la médicalisation des problèmes.
- 2) Les juridictions de la jeunesse doivent en principe procéder à l'audition des mineurs afin de recueillir les sentiments de ceux-ci. Le droit des mineurs ayant atteint l'âge de la raison d'être entendus par le juge existe évidemment dans les affaires de jeunesse, mais aussi dans les affaires civiles qui concernent les mineurs.
- 3) Il faut malheureusement constater que la multiplicité des services socio-éducatifs agissant sans coordination entre eux, et aux compétences mal définies, ne facilite pas la tâche du juge. L'efficacité de l'intervention des services et la cohérence des rapports d'enquête sociale souffrent du transfert continu des dossiers d'un(e) assistant(e) social(e) à un(e) autre au gré des nécessités de l'organisation interne de leur service. A cela s'ajoute que les relations entre différents services sont souvent conflictuelles. Ainsi, il se peut que dans une même affaire des rapports diamétralement opposés soient soumis au juge.
- 4) Il faut aussi rappeler le retard dans la mise à jour des textes relatifs à l'autorité parentale y compris l'article 380 du code civil dont l'inconstitutionnalité fut déclarée par un arrêt de la Cour constitutionnelle datant déjà du 26 mars 1999. Les justiciables se soumettent plus facilement à des lois

adaptées aux besoins sociaux. Une bonne loi a un effet apaisant. Or, la législation actuelle en matière d'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation de parents non mariés multiplie et aiguise le contentieux en raison des inégalités qu'elle crée entre parents dans leurs relations avec les enfants communs.

Les considérations ci-dessus mettent en évidence que l'envergure du contentieux dévolu à la chambre d'appel de la jeunesse exige une adaptation de l'organisation judiciaire en matière de protection de la jeunesse en instance d'appel.

Actuellement le début des audiences est fixé à 14 heures au lieu de 15 heures afin de gagner une heure d'audience supplémentaire. Les causes sont appelées successivement à l'heure du rendez-vous fixé aux parties pour leur affaire, afin d'éviter, dans la mesure du possible, les attentes fastidieuses aux avocats, aux enfants et aux parties, et de favoriser ainsi une évacuation plus sereine des affaires.

A court terme, pour assurer une évacuation d'un nombre croissant d'affaires dans un délai raisonnable, il est suggéré de créer un 3e poste de conseiller rouleur qui serait spécialement affecté à la chambre d'appel de la jeunesse. Un conseiller rouleur pourrait tenir deux audiences mensuelles.

Les soussignés insistent cependant sur le fait qu'il ne saurait être question, pour des conseillers affectés à plein temps à une chambre, de tenir deux audiences de jeunesse par mois. La perte de temps serait trop considérable et irait au détriment du travail dans la chambre.

Comme la charge de la chambre d'appel de la jeunesse constitue une fonction à responsabilité particulière, elle bénéficie du grade M4bis. Le conseiller rouleur se verrait partant attribuer cet avantage bien qu'il fût devancé par des collègues plus anciens en rang, classés au grade M4, sans bénéficier d'un grade de substitution.

Une réforme plus poussée devrait envisager la création d'une „chambre de la famille“ composée de trois conseillers, qui se verrait attribuer l'ensemble des matières relatives à l'état des personnes: divorces, filiations, adoptions, tutelles ainsi que la protection de la jeunesse et le contentieux visé à l'article 302 du code civil.

La fragmentation des compétences juridictionnelles telle qu'elle existe aujourd'hui est un „patchwork“ défiant toute logique. Ainsi les litiges relatifs à l'autorité parentale de parents mariés relèvent procéduralement du droit commun. Après divorce, la chambre d'appel de la jeunesse devient compétente. Si les parents n'étaient pas mariés, le litige relève de la procédure en matière de tutelles. Un même genre de litige peut ainsi être soumis à trois procédures différentes.

Aux termes de l'article 4, 1° du NCPC, le tribunal de paix connaît de toutes demandes en pension alimentaire, à l'exception de celle se rattachant à une instance en divorce ou séparation de corps. L'on pourrait envisager une autre exception à la compétence de principe du tribunal de paix, à savoir la demande alimentaire qui se rattache à une instance en modification ou en détermination du droit de garde des enfants introduite après divorce en application de l'article 302, alinéa 2, du code civil.

Cette nouvelle exception à l'article 4 du NCPC serait tout à fait dans la logique de cette disposition qui consacre le principe que la demande accessoire suit la demande principale quant à la compétence. En effet, de même qu'il appartient au tribunal statuant sur le divorce de connaître également des mesures accessoires et notamment des demandes alimentaires, ainsi le juge de la jeunesse devrait également pouvoir toiser la demande en contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants qui est l'accessoire de la demande en transfert du droit de garde. Cette solution de bon sens éviterait qu'une partie, après avoir obtenu le transfert du droit de garde devant le tribunal de la jeunesse, devrait ensuite encore saisir le tribunal de paix pour obtenir une pension alimentaire pour les enfants. Le lien procédural entre l'action relative à l'état des personnes et la demande alimentaire y accessoire est reconnu sur le plan européen par les règlements (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000, article 5, alinéa 2, et No 2201/2003 du 27 novembre 2003, point 11 du préambule. Par conséquent, tout plaide à toiser ensemble dans une même procédure et sans perte de temps et la demande relative au droit de garde et le volet alimentaire qui s'y rattache.

Espérant que la présente contribuera à adapter l'organisation judiciaire en matière de protection de la jeunesse en instance d'appel aux évolutions sociales, les soussignés vous prient d'agréer, Monsieur le Président, leurs salutations les plus distinguées.

*Camille Hoffmann
Annette Gantrel*

Service Central des Imprimés de l'Etat

5867/03

N° 5867³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI**relatif à la responsabilité parentale**

* * *

AVIS DE L'OMBUDS-COMITE FIR D'RECHTER VUM KAND

(16.11.2010)

Par la présente, l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand vous soumet son avis sur le projet de loi 5867 relatif à la responsabilité parentale.

L'ORK note que le projet s'insère parmi nombre d'autres projets de loi traitant en partie les mêmes dispositions légales, à savoir:

- Le projet 5155 portant réforme du divorce
- Le projet 5908 ayant pour objet de lutter contre les mariages forcés
- Le projet 5914 portant sur l'âge légal du mariage et
- le projet 6039 portant modification de certaines dispositions du code civil

Dans le projet sous avis, les auteurs relatent à l'endroit des exposés des motifs les raisons qui les ont amenés à procéder à une réforme en profondeur du régime de l'autorité parentale. L'ORK rappelle qu'il avait, à son tour, réclamé l'instauration d'un régime d'autorité parentale conjointe dans plusieurs avis et rapports annuels. Il entend limiter son avis sur certains aspects de la réforme en cours qu'il appuie fondamentalement dans ses grandes lignes.

*

1) La notion de „parents“

Le projet évoque tantôt les parents, tantôt les père et/ou mère. L'ORK reprend la proposition du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg et suggère de ne parler que des père et mère, afin de garder une cohérence dans le texte et d'éviter la confusion de la notion en tant que „Verwandte“ et parents en tant que „Eltern“.

2) La notion de coparentalité

La coparentalité signifie l'exercice commun de l'autorité parentale, le concept de la résidence alternée, le principe juridique de la responsabilité éducative commune des deux parents (Résolution du parlement européen du 8 juillet 1986).

La coparentalité exige un équilibre dans la participation de chacun des père et mère à l'exercice de la responsabilité parentale et ceci en vertu du principe de l'égalité parentale et du principe de la non-discrimination.

Une réforme des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale s'impose. L'objectif du projet est d'instaurer un droit commun de l'autorité parentale en harmonisant les règles relatives à son exercice indépendamment du statut des parents. L'évolution des mentalités et des modes de vie a eu pour effet que le mariage est entré en concurrence avec d'autres formes d'union. Aujourd'hui, une majorité d'enfants naissent en dehors du mariage ou vivent dans des familles recomposées. Le principe d'égalité

des enfants et des parents a été consacré par des conventions internationales et rappelé par la Cour Constitutionnelle dans un arrêt du 26 mars 1999.¹

3) Le projet sous avis prévoit le remplacement de l'expression „autorité“ parentale par la notion de „responsabilité“ parentale

L'ORK rappelle que la responsabilité ne se conçoit pas sans autorité. Etre un parent responsable, c'est savoir imposer une certaine autorité.

Aux yeux de l'ORK, le terme „autorité“ a une connotation positive dans le contexte familial et inclut un aspect protecteur et bienveillant. Le concept de responsabilité est réducteur et risque d'être interprété comme rappel d'une charge: la responsabilité, dans le contexte civil et pénal, pour l'enfant, ainsi que la charge financière inhérente au rôle de parent.

Une telle confusion n'est pas souhaitable.

L'ORK rejoint sur cette question les avis des juridictions qui opinent également en faveur du maintien de la notion d'autorité parentale, un concept bien plus précis et complet que celui qu'il est proposé d'introduire.²

L'ORK propose dorénavant de maintenir le concept d'autorité parentale, qui lui paraît bien plus précis et complet que celui qu'il est proposé d'introduire.

Article 371 et suiv. du code civil

Les auteurs se réfèrent au droit communautaire (Règlement Bruxelles II) et à l'influence des conventions internationales pour changer cette notion juridique. En outre, ils critiquent le terme „autorité parentale“ pour avoir une connotation autoritaire et pour mettre l'accent sur les droits des parents en faisant abstraction de leurs devoirs et responsabilités. Or, l'autorité parentale définit un ensemble de droits et de devoirs.

La notion de parentalité responsable permettrait de tenir compte de ce que les deux parents estiment être le meilleur pour l'enfant quelque soit leur statut conjugal. Les décisions sont censées être prises ensemble.

Si le lien conjugal se défait, le lien parental subsiste – les père et mère demeurent coresponsables de l'éducation et du développement de leur enfant. L'enfant devrait percevoir que ses parents ne sont pas tout puissants, mais qu'ils doivent se soumettre à la loi des hommes. L'enfant est protégé par une loi que ses parents doivent respecter.

L'ORK partage l'avis du Tribunal d'arrondissement de Diekirch que le conflit entre les parents gangrène souvent la situation des enfants et constitue un obstacle à leur épanouissement, peu importe que les parents soient investis de l'autorité parentale ou assument leur responsabilité parentale. Le changement d'une notion juridique ne changera pas de ce simple fait les mentalités.

Le législateur français a maintenu la terminologie „autorité parentale“ argumentant qu'il traduirait mieux le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents. Il a également estimé que le terme de responsabilité était particulièrement ambigu, étant donné qu'en droit, il avait des significations très précises, responsabilité civile et pénale.

L'ORK estime que les parents responsables sont à même d'exercer une autorité naturelle. Rappelons que l'enfant est un sujet de droit; il est regrettable de constater que certains parents traitent leurs enfants comme des objets.

L'ORK partage la réflexion figurant dans l'avis du Tribunal de la Jeunesse de Luxembourg:

„La responsabilité est l'obligation de réparer les conséquences dommageables d'un fait. C'est sans doute le terme juridique le plus connu du grand public. (...) Mais il y a fort à parier, d'une part, que cette nouvelle terminologie n'amènera pas les parents qui traitent leurs enfants comme des objets à s'en occuper dorénavant de manière responsable et, d'autre part, qu'elle ne fera pas conforter de très nombreux parents dans la conception erronée qu'ils ont de leur rôle et qui est

¹ L'article 380 al. 1 du code civil en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère n'est pas conforme au principe d'égalité entre hommes et femmes consacré à l'article 11(2) de la Constitution.

² La notion d'autorité parentale a remplacé le concept originnaire dans le Code civil de puissance paternelle.

celle de „tiers payeur“ par rapport à leurs enfants au lieu de les considérer comme leurs éducateurs et protecteurs.“

Certains parents manquent d'autorité.

Les négligences, le temps insuffisant consacré aux enfants, le délaissement sont souvent à l'origine des carences affectives et éducatives. L'absence du manque d'autorité parentale n'est certes pas la cause exclusive des problèmes qui apparaissent pendant l'adolescence.

4) Les notions: droit de garde et droit de visite

Le droit de garde et de visite sont des modalités de l'exercice de l'autorité/responsabilité parentale. Ces deux termes sont maintenus dans la définition de „responsabilité parentale“.

L'ORK se rallie à la réflexion de l'Ecole Nationale de Magistrature³ qui insiste sur la nécessité de ne plus évoquer le droit de garde et de visite, mais de parler de „modalités d'hébergement ou du droit à entretenir des relations personnelles“.

„Dans la mesure où le projet de loi a pour objectif de mettre sur un pied d'égalité le père et la mère, il peut paraître paradoxal de dire que la responsabilité ou l'autorité parentale est commune tout en renvoyant aux notions de droit de garde et de visite, qui, dans la pratique, appartiendront soit à l'un soit à l'autre parent.“⁴

5) L'obligation alimentaire des parents

Le nouvel **article 372-1** consacre expressément l'**obligation alimentaire des parents** à l'égard des enfants quelque soit leur statut juridique. L'ORK rappelle qu'il s'est exprimé à plusieurs reprises contre le maintien dans le Code civil des expressions „enfant légitime“ et „enfant naturel“. Dans les très rares cas où une distinction devait être jugée nécessaire, il conviendrait de parler d'„enfants nés en mariage“ et d'„enfants nés hors mariage“.

L'ORK regrette que la réforme du régime du droit de la filiation annoncée dans l'exposé des motifs du projet 5867 et prévoyant l'abandon de ces notions surannées et discriminatoires, ne soit toujours pas déposée.

Le législateur précise dans le commentaire des articles que l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation n'est pas liée à l'exercice de la responsabilité parentale, mais au fait d'être parent. C'est une consécration légale au principe jurisprudentiel de la contribution de tout parent à l'entretien et à l'éducation de son enfant. Le juge des tutelles sera dorénavant compétent pour la fixer, en cas de séparation, suivant l'article 376 et suivants du code civil.

L'ORK se rallie au raisonnement exprimé par le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg relatif à l'ancien article 376 du code civil, qui prévoit une sanction en cas de non-exécution de l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Il estime que „le législateur devrait maintenir l'ancien texte de l'article 376 qui prévoyait de priver de la responsabilité parentale le parent qui n'assumait pas les obligations alimentaires envers son enfant. **Il semble en effet illogique que le parent qui refuse d'assumer financièrement son enfant puisse prendre des décisions le concernant.** Le législateur devrait même aller au-delà de l'ancien texte et prévoir que le parent qui refuse d'assumer ses obligations alimentaires, même en l'absence d'une condamnation pénale pour abandon de famille, peut être privé de ses droits.“

Dans le sens de l'instauration d'une sanction, le Conseil de l'Ordre a donc proposé d'ajouter un nouvel article 375-4:

„Est privé de l'exercice de la responsabilité parentale, le père et la mère qui a été condamné pénalement par une décision judiciaire définitive du chef d'inexécution des obligations alimentaires envers l'enfant tant qu'il ou elle n'a pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de 6 mois au moins.

Même en l'absence d'une condamnation pénale, tel que prévue à l'alinéa 1 du présent article, pourra être privé de la responsabilité parentale le père ou la mère qui, en dehors de toute raison

3 France

4 Avis du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles de Luxembourg

valable, refuse d'assumer ou n'assume qu'irrégulièrement ses obligations alimentaires envers l'enfant.“

*

L'ORK insiste également sur le droit de l'enfant d'être visité. L'ORK observe avec inquiétude un accroissement du nombre de saisines de la part d'enfants qui déplorent le désintérêt de l'un ou de l'autre des parents à leur égard. Cette évolution est aussi déplorable que les querelles sur l'exercice du droit de visite. Ne faudrait-il pas évoquer la question de l'obligation d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant dans le texte de cette nouvelle loi? Il est vrai qu'il sera malaisé de couler une telle obligation contraignante, qui devrait résulter d'un besoin naturel, dans une disposition normative.

L'ORK partage l'avis du Tribunal de la Jeunesse qui approuve la proposition de séparer la question de la pension alimentaire du droit d'entretenir des relations personnelles.

„Il n'est jamais dans l'intérêt de l'enfant de mêler ces deux questions. Ceci devrait favoriser une prise de conscience des parents quant à l'indication de ne pas traiter le droit de visite et la pension alimentaire comme valeurs de transaction. Concrètement, les magistrats en charge observent un phénomène aussi courant que regrettable qui consiste pour les titulaires du droit de garde (le plus souvent les mères) à se faire monnayer en termes de pension alimentaire le droit de visite de l'autre parent et, pour ce dernier, à ne plus payer de pension alimentaire dès qu'il se heurte à l'obstruction, – supposée ou réelle – de l'autre parent lors de l'exercice de son droit de visite.

Il est difficile pour le Juge saisi de faire la part des choses dans chaque cas d'espèce.

L'ORK approuve en tout cas la possibilité, donnée au juge, de prononcer dans des situations d'obstruction systématique avérée du droit de visites, des astreintes à l'encontre du parent malintentionné.

6) Le volet organisationnel des juridictions: tribunal aux affaires familiales?

Rappelons que les questions de modification du droit de garde et de visite après divorce relèvent actuellement de la **compétence du tribunal de Jeunesse** tandis que les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur un enfant naturel et les questions de droit de visite du parent auprès duquel l'enfant naturel ne réside pas habituellement relèvent de la **compétence du juge des tutelles**. Les affaires de pension alimentaire relatives aux enfants naturels et, après divorce, aux enfants légitimes relèvent de la **compétence du juge de paix**. Un même genre de litige est aujourd'hui soumis à des procédures et juridictions différentes.

Aux termes du projet, ces compétences seraient désormais concentrées entre les mains du juge des tutelles. Le motif avancé par le législateur est louable: „Le Gouvernement estime qu'il est **plus cohérent de réunir les questions de responsabilité parentale et d'administration légale des biens dans les mains d'une seule juridiction**, de sorte que les questions y relatives, sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation, sont soumises au juge des tutelles (Commentaire des articles sub art. 377 page 22).

L'éparpillement des compétences subsistera néanmoins: compétence du juge des référés (en cours d'instance de divorce), du tribunal d'arrondissement (divorce au fond), du juge de la jeunesse (après le divorce), du juge des tutelles (après la séparation pour les couples non mariés), ce qui semble devoir être évité.

L'ORK se demande pourquoi les auteurs ont choisi d'attribuer la compétence au juge des tutelles et non au tribunal de la jeunesse?

Vu l'ampleur du contentieux à confier au juge des tutelles, une réorganisation judiciaire s'imposerait d'urgence.

Ne faudrait-il pas procéder à une modification de l'article 4 du Nouveau Code de Procédure civile, qui donne en l'état actuel compétence exclusive au juge de paix (ou à une autre juridiction) pour connaître de toute pension alimentaire à l'exception de celles se rattachant à une instance de divorce?

L'ORK propose d'instituer un juge nouveau en droit luxembourgeois en suivant l'exemple de la France, à savoir un **juge aux affaires familiales**, juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions en rapport avec les relations entre parents et enfants.

7) Les parents doivent associer l'enfant à toute décision le concernant (démocratie familiale)

Le législateur a répondu à l'obligation formulée à l'égard des Etats contractants par la Convention Internationale des droits de l'Enfant⁵. Dans la mesure où un enfant capable de discernement **peut** être entendu par le juge dans toute procédure le concernant, il a été jugé utile de consacrer ce principe au sein de la famille elle-même. Elle est à rapprocher de l'article 388-1 du code civil, qui prévoit que le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant.

Il s'avère que souvent les enfants sont manipulés avant cet entretien; d'autres sont trop excités pour parler. Le juge n'a pas toujours le temps pour mettre un enfant à l'aise. Dans ce contexte, il est utile de rappeler les recommandations Nos 1 et 2 du rapport annuel de l'ORK/2007, pages 30-31 qu'il est indiqué de nommer un avocat commis d'office, spécialisé et formé en droits de l'Enfant afin qu'il/elle prenne la parole au nom de l'enfant.

8) Le droit de visite des grands-parents et des tiers

Rappelons que l'intérêt de l'article 374 consiste à mettre en évidence le droit de l'enfant et son intérêt.

Commentaire des articles p. 15: „Le droit d'entretenir des relations avec les grands-parents existe déjà sous la législation actuelle, mais l'accent est mis actuellement sur l'interdiction faite aux parents de l'enfant de faire obstacle à de telles relations, sauf à invoquer l'intérêt de l'enfant. La notion „motifs graves“ n'est plus maintenue car, d'après la jurisprudence française, elle est de nature à susciter des conflits au sein de la famille, qui sont traumatisants pour l'enfant. Il est donc préconisé de la remplacer par le seul critère de l'intérêt de l'enfant.“

Le juge reste, en tout état de cause, maître de la constatation de cet intérêt.

L'ORK approuve un élargissement des possibilités de relations avec un tiers eu égard aux tendances actuelles de recrudescence des familles recomposées. Il faut effectivement permettre que des conjoints non-parents accomplissent de fait des actes quotidiens relatifs à l'éducation des enfants.

Le Tribunal de la Jeunesse à Luxembourg a soulevé les réflexions suivantes: „*Il importe d'être conscient du fait qu'en cas de séparation conflictuelle des parents, le titulaire du droit de garde a souvent tendance à „régler ses comptes“ avec l'autre parent au moyen de pressions et autres manoeuvres destinées à priver l'autre parent et la famille de ce dernier – en première ligne, les grands-parents – de contacts réguliers avec l'enfant. (...) De trop nombreux droits de visite risquent fort d'entrer en concurrence entre eux et finalement de compromettre le maintien des relations de l'enfant avec le parent qui ne l'a pas habituellement chez lui, respectivement la famille de ce dernier, ce qui serait le contraire du but recherché par la présente réforme.*“

Comment éviter ces conflits?

L'ORK réitère dans ce contexte ses réflexions du rapport 2009.

„Le contact avec les grands-parents

Le rôle des grands-parents ne devrait pas être négligé dans le contexte d'une séparation. Un enfant qui a la chance d'avoir des grands-parents disponibles, devrait pouvoir les visiter sans que le tribunal ne soit sollicité à intervenir pour décider d'un droit de visite. Un malentendu, un deuil est parfois à l'origine d'un conflit.

Les grands-parents devraient néanmoins rester conscients que leur rôle restera toujours subsidiaire par rapport au droit prioritaire des parents à éduquer leur enfant selon leurs conceptions. L'ORK a dû souvent constater que lorsque les tiraillements entre parents et grands-parents viennent s'ajouter aux tensions entre parents, les enfants sont encore plus déstabilisés et leur souffrance morale et émotionnelle s'amplifie. Les bonnes intentions – que l'on ne saurait souvent leur dénier – aboutissent, dans ces situations, à un résultat inverse à celui recherché.

⁵ Article 12 de la CIDE oblige les Etats parties à garantir „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 son degré de maturité“.

L'ORK continue régulièrement à être saisi de cas particulièrement douloureux, où, un des parents étant décédé, les grands-parents de cette lignée, s'opposent au parent survivant investi à titre exclusif de la garde.

L'ORK a constaté que dans ce genre de conflit le recours à la justice pour obtenir un droit de visite au profit des grands-parents n'est guère utile et très rarement dans l'intérêt des enfants. La rigidité d'une décision judiciaire n'est pas compatible avec la réalité souvent nuancée et évolutive.

L'ORK prône résolument le recours à une médiation qui reste toujours, en définitive, la seule méthode de résolution des conflits profitable à l'enfant."

9) La Médiation

L'**article 378-3** introduit la possibilité de la **médiation** dans la loi et consacre ainsi la pratique instituée en jurisprudence depuis la création des Centres de Médiation Familiale en 2002.

La médiation est extrêmement importante et utile dans le contexte des séparations familiales. Il faudrait la rendre obligatoire (au moins une consultation) avant d'entamer une procédure de divorce. Les conflits parentaux portent essentiellement autour de l'organisation de la vie des enfants: coût de l'entretien et de l'éducation, exercice du droit de visite et d'hébergement, activités scolaires et extra-scolaires, contacts avec la famille élargie, c'est-à-dire l'exercice quotidien de la coparentalité. Les questions sujettes à discussion sont néanmoins délicates. Il faudrait éviter d'impliquer l'enfant dans le processus de médiation familiale avant que les parents n'aient abordé et solutionné leur conflit.

L'ORK rappelle, dans ce contexte, également ses réflexions notées dans le rapport 2009.

La médiation ne concerne pas seulement les adultes.

Vaut-il mieux préserver l'enfant de tout conflit ou faut-il lui concéder une place dans la médiation? Un médiateur avisé saura interpréter la parole de l'enfant; il pourra, à travers les mots et les gestes, décoder ses véritables sentiments et vécus.

Les enfants n'arrivent souvent pas à verbaliser leur chagrin. La façon d'exprimer leur détresse diffère avec l'âge; chaque enfant a sa propre façon de montrer sa tristesse, de faire son deuil d'une séparation.

Trois services de médiation familiale⁶ ont réussi à se créer une place au Luxembourg, dont on n'imagine plus pouvoir se passer. Les enfants y ont l'occasion de prendre la parole. **L'enfant étant un membre à part entière de la famille, il a le droit d'être consulté et informé.**

La médiation est en principe volontaire, mais peut être rendue obligatoire par décision judiciaire. A ce moment, il s'agit d'une injonction légale, mais dont le résultat, respectivement le non-accord ne peut toujours pas être sanctionné.

Notons que le succès d'une médiation dépend aussi de son coût. La médiation sera-t-elle gratuite quand elle est imposée par le juge ou est-elle seulement gratuite en cas d'aide judiciaire?

En France, la médiation judiciaire devrait aboutir à un accord écrit entre les parents, accord qui est soumis ensuite au juge et homologué par ce dernier. En 2003, 59% des mesures de médiation judiciaire se sont terminés sans signature d'une convention. Mais les médiateurs assurent avec force que les parents s'entendent souvent sur la base d'un accord oral. L'absence d'accord écrit ne signifie pas forcément un échec, mais souvent des parents persistants parviennent à se parler et à respecter les propos mutuels.

Rappelons aussi l'expérience de la Suède en matière de médiation, qui se fait en deux étapes. D'abord une „discussion de coopération“ entre époux/parents se fait devant un Comité des affaires sociales communal et ensuite seulement débute la médiation. Celle-ci permet d'aller plus loin afin d'aboutir à une prise de conscience du besoin de faire respecter les accords durablement.

En d'autres termes une pédagogie de l'autorité parentale-responsabilité parentale peut ainsi se développer.

⁶ Centre de Médiation, a.s.b.l., 24-26, place de la Gare, L-1616 Luxembourg
Espace Parole, 20, rue de Contern, L-5955 Itzig
Centre de médiation Pro Familia, 5, route de Zoufftgen, L-3598 Dudelange

10) L'enquête sociale

L'article 378-5 traite de l'**enquête sociale**. Cette disposition est critiquée tant par Madame la Juge des tutelles que par Madame le Substitut du Parquet de Luxembourg en ce que le projet de loi prévoit la possibilité, sur demande d'une partie, d'une contre-enquête. Ces critiques méritent d'être retenues, car elles retardent trop la prise de décision dans le temps.

En effet, la réalisation d'une contre-enquête est difficilement réalisable dans la mesure où elle serait réalisée par le même service, le SCAS (Service Central d'Assistance sociale) auprès du Parquet. Le service du SCAS au Luxembourg n'est pas une association privée neutre et indépendante comme en France. Le SCAS, chargé de rédiger les enquêtes sociales, ne parvient déjà pas toujours à effectuer dans les délais imposés les enquêtes sociales qui lui sont confiées, faute de combattants. Dès lors, l'ouverture d'un droit à une contre-enquête ne constitue pas une solution viable.

11) Article 376 et suivants

L'exercice de la responsabilité parentale, respectivement de l'autorité parentale conjointe n'implique pas forcément une résidence alternée ou une garde alternée. Il faut effectivement éviter de mélanger les notions juridiques et les pratiques, parce qu'en fait la garde dans le nouveau texte est d'office conjointe et pas nécessairement alternée. Il ne faut pas confondre les deux concepts.

La coparentalité, telle qu'elle est entendue dans le projet de loi postule qu'il est toujours dans l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents. Pourtant, force est de constater que l'intérêt de l'enfant n'est pas nécessairement respecté dans la résidence alternée. La résidence alternée n'est envisageable que si les couples parviennent à faire la part des choses entre leur rôle de parents et leur conflit conjugal. À défaut, elle risque de faire de l'enfant l'otage de l'affrontement des parents, alimenté par les difficultés d'organisation quotidienne qui ne manqueront pas de surgir.

Il est donc important que le juge soit autorisé à fixer, au cas par cas seulement, la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun de ses parents.

Luxembourg, le 16 novembre 2010

Pour l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand⁷

Françoise GILLEN
Juriste

Marie-Anne RODESCH-HENGESCH
Présidente

⁷ L'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand créé par la loi du 25 juillet 2002 a pour objet la promotion et la protection des droits de l'enfant tels qu'ils sont notamment définis dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi du 20 décembre 1993.

L'ORK se compose des personnes suivantes: Marie-Anne RODESCH-HENGESCH, présidente, Robert SOISSON, vice-président, Valérie DUPONG, Caroline MART, Monique FEY-SUNNEN, Michel DONVEN, membres.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5867/04, 5304/03, 5553/03

N^{os} 5867⁴5304³5553³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

PROPOSITION DE LOIportant réforme de l'autorité parentale et instaurant
la permanence du couple parental**PROPOSITION DE LOI**portant réforme du droit de la filiation et instituant
l'exercice conjoint de l'autorité parentale

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(17.5.2011)

Par dépêche du 12 mars 2004, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, soumit à l'avis du Conseil d'Etat la proposition de loi portant réforme de l'autorité parentale et instaurant la permanence du couple parental, déposée à la Chambre des députés par le député Jacques-Yves Henckes en séance publique du 20 février 2004 (doc. parl. *No 5304*).

Par dépêche du 6 avril 2006, le Conseil d'Etat se vit encore communiquer aux mêmes fins par le Premier Ministre, Ministre d'Etat, la proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, déposée à la Chambre des députés, en séance publique du 14 mars 2006 par la députée Marie-Josée Frank et le député Laurent Mosar (doc. parl. *No 5553*).

Aux textes des deux propositions de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles. Par dépêche du 30 avril 2007, la prise de position du Gouvernement sur la proposition de loi *No 5553* a été communiquée au Conseil d'Etat. Par dépêche du 19 décembre 2008, une prise de position du Gouvernement sur la proposition de loi *No 5304* ainsi que sur une autre proposition de loi depuis lors retirée du rôle lui a encore été communiquée.

Par dépêche du 21 mars 2008 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi relatif à la responsabilité parentale, élaboré par le ministre de la Justice (doc. parl. *No 5867*).

Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Concernant le projet de loi sous rubrique, le Conseil d'Etat fut par ailleurs saisi:

- par dépêche du 26 janvier 2009, de l'avis du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg;
- par dépêche du 9 février 2009, des avis respectifs
 - du Procureur général d'Etat,

- du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg,
 - du Tribunal d'arrondissement de Diekirch,
 - du Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg,
 - du Parquet du Tribunal d'arrondissement de Diekirch,
 - de la Justice de paix de Luxembourg,
 - de la Justice de paix d'Esch-Alzette,
 - de la Justice de paix de Diekirch,
 - du Tribunal de la jeunesse et des tutelles,
 - des observations de conseillers à la Cour d'appel;
- par dépêche du 7 décembre 2010, de l'avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi relatif à la responsabilité parentale vise à une réforme globale de l'autorité parentale afin de consacrer le principe de la coparentalité quel que soit le type de filiation et même au-delà de la séparation du couple parental. Il s'inscrit dans la lignée de la proposition de loi *No 5304* portant réforme de l'autorité parentale et instaurant la permanence du couple parental et de la proposition de loi *No 5553* portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui, elles aussi, visent à réformer certaines règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Le Conseil d'Etat examinera ces propositions avec le projet de loi sous avis dans la mesure où les dispositions proposées se recoupent avec celles du projet gouvernemental. Aussi, ne procédera-t-il pas à l'examen de ceux des articles figurant dans la proposition de loi *No 5553* qui ont trait au droit de la filiation, alors que le Gouvernement a annoncé dans l'exposé des motifs du projet de loi vouloir procéder à une réforme du droit de la filiation dans un projet à part.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article I

Point 1

Le projet de loi propose de remplacer les termes actuels d'„autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“ au Titre IX du Livre Ier du Code civil. Les auteurs expliquent vouloir aligner la terminologie de la législation luxembourgeoise à celle de la législation européenne et notamment au règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, qui emploie le terme „responsabilité parentale“. Ils précisent en outre que l'expression „responsabilité parentale“ couvre non seulement la responsabilité relative à la personne de l'enfant, mais aussi celle relative aux biens de l'enfant. Plusieurs des avis émis par les autorités judiciaires de même que l'avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK) critiquent cette nouvelle terminologie. L'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg se réfère aux explications données par la commission De Keuwer-Defossez, mise en place par le ministre de la Justice français lors de la réforme de la législation relative à l'autorité parentale et se prononçant pour le maintien du terme „autorité parentale“. Selon cette commission, le terme d'autorité parentale „traduirait mieux le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents“. Elle a d'ailleurs relevé que le terme de responsabilité était particulièrement ambigu, étant donné qu'en droit il avait des significations très précises et a souligné qu'afin que les parents mènent à bien la mission qui leur est donnée, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité, mais il convient d'insister sur les pouvoirs qui leur appartiennent pour y arriver: il y a responsabilité parce qu'il y a autorité. Lors de son examen de la proposition de loi relative à l'autorité parentale, la commission des lois du Sénat français a estimé que „Le terme de responsabilité sera plus réducteur: il gommerait le devoir d'exigence des parents à l'égard de leurs enfants et affaiblirait la signification du lien de filiation.“ Par ailleurs, le Procureur général d'Etat a précisé que „la hiérarchie entre normes internationales et normes nationales n'oblige pas un Etat de faire un choix

entre notions similaires, surtout si comme en l'espèce elles sont circonscrites et délimitées par une panoplie de dispositions légales régissant la matière, ce d'autant plus que ces règles visent une même finalité consacrée sur le plan international, celle de l'intérêt supérieur de l'enfant".

Le Conseil d'Etat peut se rallier à toutes ces considérations qui plaident en fin de compte pour le maintien de la notion d'„autorité parentale“ dans le futur texte de loi.

Point 2

L'abrogation des articles 371 à 381 du Code civil doit s'analyser en fait en modification desdits articles et doit figurer comme telle dans le dispositif prévu.

Des modifications au chapitre Ier (et non: Chapitre „1er“, comme indiqué dans le projet) figurant au Titre IX du Livre Ier du Code civil sont opérées par le projet de loi et par les deux propositions de loi mentionnées ci-avant. Le Conseil d'Etat procédera à l'examen des différents articles du projet de loi, en tenant compte des diverses modifications découlant des deux propositions de loi.

Section I. – Dispositions générales

Article 371

Ni le Gouvernement ni les auteurs de la proposition de loi *No 5553* n'entendent changer le libellé de l'actuel article 371 qui rappelle les devoirs des enfants envers leurs parents. Les deux textes proposent cependant d'ajouter en tant qu'alinéa 2 de cet article l'alinéa 1er de l'actuel article 372. Ni le texte français ni le texte belge ne font un tel regroupement. Le Conseil d'Etat est d'avis que cet alinéa se rapportant à l'étendue dans le temps de l'autorité parentale devrait continuer à figurer sous l'article 372 qui définit le contenu de l'autorité parentale, comme le propose la proposition de loi *No 5304*.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que les futures dispositions sur l'autorité parentale devraient se référer aux „parents“ plutôt qu'aux „père et mère“ alors que le projet de loi *No 6172* portant réforme du mariage et de l'adoption prévoit qu'une adoption pourra être demandée par deux conjoints ou partenaires de même sexe et que si ces deux personnes adoptent ensemble, elles seront investies en commun, à l'égard de l'adopté, de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui d'administrer les biens et de consentir au mariage de l'adopté. D'ailleurs, ce dernier projet de loi contient une disposition générale qui prévoit le remplacement des termes „père et mère“ par ceux de „pères et mères“ dans une série d'articles dont notamment les articles visés par le projet de loi et les propositions de loi sous avis et dans toute autre disposition faisant référence à l'autorité parentale de parents de sexe différent. Le Conseil d'Etat reviendra sur cette disposition dans son avis relatif audit projet de loi. D'ores et déjà, il se prononce en faveur du terme „parents“ plutôt que de suivre les auteurs du projet de loi *No 6172* dans leur proposition.

Article 372

A l'instar du Procureur général d'Etat, le Conseil d'Etat se prononce en faveur de l'adoption du libellé de l'article 371-1 du Code civil français en lieu et place du texte proposé par les auteurs du projet de loi à l'article sous revue. Ce libellé, qui est d'ailleurs repris par les deux propositions de loi, a l'avantage de préciser les devoirs incombant aux parents: protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. D'ailleurs, le Conseil d'Etat estime que dans le contexte du présent article il y aura lieu de se limiter aux droits et devoirs attribués de plein droit aux parents et de traiter les questions relatives aux droits et devoirs résultant d'une décision judiciaire ou d'accords parentaux sous les sections traitant plus spécifiquement de ces sujets.

En outre, comme le chapitre II du Titre IX reste conformément au texte actuel consacré aux dispositions relatives aux biens des enfants, il n'y a pas lieu d'anticiper sur les dispositions y relatives dans le chapitre réservé aux droits et devoirs concernant la personne de l'enfant.

Finalement, le Conseil d'Etat se prononce contre le maintien de la deuxième phrase de l'alinéa 1er qui énonce que l'autorité parentale comprend notamment le droit de garde et de visite. Cette terminologie, qui n'est plus en phase avec le principe de la coparentalité, a d'ailleurs été supprimée dans les législations française et belge suite aux réformes législatives récentes. Il a été relevé à juste titre dans certains des avis transmis au Conseil d'Etat que l'autorité parentale telle qu'envisagée implique un

devoir de garde de l'un et de l'autre parent. En cas d'intervention du juge, ce dernier sera amené à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Article 372-1

Cet article du projet de loi tend à généraliser l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation à tous les parents, quel que soit leur statut, qu'ils soient mariés ou non ou qu'ils soient séparés ou non. Il consacre le principe de la continuation de cette obligation au-delà de la majorité de l'enfant en cas de besoin. Cette disposition ne donne pas lieu à observation.

Article 373

Le libellé proposé reprend le texte de l'article 371-3 du Code civil français et remplace les mots „maison paternelle“ figurant à l'actuel article 373 par „maison familiale“. Il y a lieu de lire cet article avec l'article 108 du Code civil, qui sera également modifié par le projet de loi sous avis et qui implique l'obligation pour l'enfant de demeurer chez ses père et mère.

Article 374

Cet article élargit conformément à l'article 371-4 du Code civil français les possibilités de relations de l'enfant avec ses ascendants et d'une manière générale avec des tiers. Contrairement au texte proposé par les auteurs des deux propositions de loi, le Gouvernement abandonne la notion de „motifs graves“ figurant à l'actuel article 374 en s'appuyant sur la jurisprudence française selon laquelle ladite notion serait de nature à susciter des conflits au sein de la famille, traumatisants pour l'enfant. Le Conseil d'Etat peut suivre les auteurs du projet de loi en ce qu'ils remplacent la notion de „motifs graves“ par le seul critère de l'intérêt de l'enfant et abandonnent la référence au juge des tutelles figurant dans l'actuel texte.

L'élargissement des possibilités de relations avec un tiers tient compte des tendances actuelles de recrudescence des familles recomposées. Contrairement à la disposition figurant à l'article 371-4 du Code civil français et reprise par les deux propositions de loi, les auteurs du projet de loi ne prévoient la saisine du juge des tutelles qu'en cas de désaccord des parents. Le Procureur général d'Etat fait état du risque que comporte la disposition en projet de voir imposer par les parents à leur enfant des relations avec des tiers contraires à ses intérêts. Il propose de reprendre le libellé exact du texte français qui attribue au juge le pouvoir de constater en tout état de cause l'intérêt de l'enfant. Le Conseil d'Etat se rallie à cette approche prudente.

Finalement, le Procureur général d'Etat plaide pour l'ajout d'une disposition similaire à celle prévue par l'article 371-5 du Code civil français qui prévoit que „l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution“. Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à voir inscrire une disposition en faveur du maintien de l'unité de la fratrie dans le présent contexte. En effet, il est considéré que le maintien de l'unité de la fratrie a souvent des conséquences bénéfiques, car cette unité permet aux enfants de se soutenir mutuellement, dans une situation difficile pour eux.

Vu que le libellé du texte français a cependant été sévèrement critiqué par la doctrine qui l'a jugé de „droit mou“, il serait utile de trouver une formulation plus contraignante.

Section II. – Des principes généraux de l'exercice de l'autorité parentale

Cette section du projet de loi contient les articles 375, 375-1, 375-2 et 375-3 qui s'alignent sur les articles 372, 372-2, 373 et 373-1 du Code civil français.

Article 375

Le nouvel article 375 dans la version gouvernementale et dans la version des deux propositions de loi s'inspire largement de l'article 372 du Code civil français. Il énonce le principe que l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, quel que soit le type de filiation. Partant, l'autorité parentale sera désormais exercée en commun dès que la filiation de l'enfant né hors mariage est établie à l'égard de ses deux parents. Deux exceptions à ce principe concernent la reconnaissance tardive ou une déclaration judiciaire de la filiation en l'absence de reconnaissance tardive. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord au libellé proposé par le projet de loi.

Article 375-1

Cet article reprend le libellé de l'actuel article 375-2, sauf à remplacer les termes „chacun des époux“ par ceux de „chacun des parents“. Il ne donne pas lieu à observation.

Article 375-2

L'article sous revue est calqué sur l'article 373 du Code civil français et remanie substantiellement les dispositions figurant actuellement à l'article 376 relatif à la perte de l'exercice de l'autorité parentale. Les trois cas de perte automatique prévus à l'article 376 seront réduits à ceux figurant actuellement sous le point 1°. En plus, la référence à la notion d'éloignement est supprimée alors que les auteurs estiment que, compte tenu des moyens de communication modernes, l'éloignement ne peut plus être un cas automatique de perte de l'exercice de l'autorité parentale. Le Conseil d'Etat peut se rallier à cette approche tout en appuyant la recommandation du Procureur général d'Etat d'aligner le libellé de l'article 213, alinéa 2 du Code civil à celui proposé sous le présent article et de supprimer le terme „éloignement“.

Conformément au texte français, les auteurs du projet de loi entendent supprimer le cas de perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale après une condamnation pénale du chef d'inexécution de son obligation alimentaire envers l'enfant, tel que prévu par le point 2° de l'article 376 actuel. La commission des lois du Sénat français avait à l'époque de l'examen de l'article 373 du Code civil français observé que „la perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale après une condamnation pour abandon de famille semble aller à l'encontre des buts poursuivis par le texte de favoriser la coparentalité. Est ainsi instituée une peine complémentaire automatique qui ne sera pas forcément adaptée.“ Si les auteurs du projet adoptent le libellé de l'article 373 du Code civil français, ils expliquent cependant dans le commentaire de l'article 375-2 que le Gouvernement „entend reprendre, non pas le libellé précis du paragraphe 2° de l'actuel article 376, mais la philosophie: par exemple, le fait pour un parent d'entraver sans raisons et de manière répétée l'exercice de la responsabilité parentale de l'autre parent peut entraîner la perte de la responsabilité parentale dans son chef.“ Les auteurs semblent déduire cette possibilité des termes „toute autre cause“ figurant *in fine* du libellé proposé. Ils rejoignent la doctrine française qui considère que cette notion est laissée à l'appréciation du juge. Cependant, le Parquet de Luxembourg juge la notion de „toute autre cause“ trop imprécise et vague. Mais le Procureur général d'Etat de conclure que „manifestement le législateur a entendu voir donner une interprétation restrictive à cette notion „ou de toute autre cause“ la condition essentielle de l'application de l'article 375-2 étant que l'un des parents est hors d'état de manifester sa volonté, le mettant dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale“.

A la lumière de ces considérations, le Conseil d'Etat estime que si les auteurs entendent, comme indiqué dans le commentaire de l'article, garder la philosophie de l'ancien point 2°, ils devront prévoir une disposition explicite comme le préconisent le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg et l'ORK. D'ailleurs, tant l'article 5 de la proposition de loi *No 5304* (article 376, point 2°) que l'article 7 de la proposition de loi *No 5553* (article 377) prévoient une disposition analogue.

Finalement, le Conseil d'Etat marque son accord à voir supprimer le point 3° de l'article 376 actuel qui se réfère à un jugement de déchéance et qui devient superfétatoire dans le contexte de la réforme.

Article 375-3

Cet article, au libellé conforme à l'article 373-1 du Code civil français, reprend l'esprit de l'actuel article 377 et ne donne pas lieu à observation.

Section III. – De l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés

Les articles 376, 376-1, 376-2 et 376-3 du projet de loi s'inspirent largement des articles 373-2, 372-2-1 à 372-2-5 du Code civil français.

Tant le projet de loi que les deux propositions de loi convergent en ce qu'ils visent à établir des règles communes relatives à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents, qu'ils aient été mariés ou non. Le Conseil d'Etat se prononce en faveur de l'uniformisation prévue. Il renvoie aux observations formulées dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010 sur le projet de loi portant réforme du divorce et, pour autant qu'il soit jugé opportun de maintenir des dispositions parallèles dans le cadre dudit projet, il insiste sur la mise en cohérence des différents textes en projet, pour éviter toute contradiction.

Article 376

L'alinéa 1er de cet article affirme que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale et rappelle ainsi la permanence du couple parental même après sa séparation. Il est vrai que les droits mêmes ne seront pas affectés par la séparation, mais les conditions de leur exercice peuvent être modifiées conformément aux articles subséquents.

L'alinéa 2 constitue un rappel des exigences de la Convention internationale des droits de l'enfant. Il contient l'obligation pour chaque parent de maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et de respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent. La proposition de loi *No 5553* fait figurer cette disposition à l'article qui traite de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale (art. 379-2) et donne au tribunal une obligation de veiller à ce que dans cette hypothèse l'enfant maintienne des liens personnels avec chacun de ses parents. Une telle approche s'avère trop réductrice dans la mesure où elle enlève une part de l'obligation des parents pour la confier au juge. Au-delà de l'obligation des parents, l'article 377 du projet de loi prévoit que le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Le Conseil d'Etat approuve l'optique différente adoptée par les auteurs du projet qui donnent au juge la mission de garantir le droit de l'enfant de maintenir des liens avec chacun de ses parents.

Le dernier alinéa rend obligatoire l'information préalable d'un parent en cas de déménagement susceptible de changer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. L'obligation prévue n'est pas sanctionnée, mais les auteurs du projet de loi estiment que le juge pourrait se servir d'un tel fondement textuel pour sanctionner les coups de force de l'un des parents. Les auteurs ont repris du texte français l'exigence d'une information en temps utile qui a été introduite pour éviter que l'information ne soit délivrée dans un délai si court que toute saisine du juge se révélerait matériellement impossible.

Article 376-1

Cet article prévoit l'exercice unilatéral de l'autorité parentale qui désormais sera l'exception et non plus la règle. Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale garde certaines prérogatives. Il a un droit de visite et d'hébergement. Les auteurs rappellent dans ce contexte que selon l'article 376 ce parent a le droit de maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et a de ce fait un droit de communication. Le Conseil d'Etat souligne que suivant le texte gouvernemental il s'agit non seulement d'un droit, mais d'une obligation pour ce parent. L'ORK insiste d'ailleurs dans son avis relatif au projet de loi sur le droit de l'enfant d'être visité qui est le corollaire de cette obligation. Le devoir du parent privé de l'exercice de l'autorité parentale de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant, énoncé à l'alinéa 3, découle de cette obligation de maintenir ses relations personnelles avec l'enfant. Une conséquence de cette obligation est le droit du parent d'être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant, et ceci non seulement par l'autre parent comme le prévoit la proposition de loi *No 5553*. Dans le commentaire de l'article, les auteurs soulignent que les tiers, sous réserve du respect des règles du secret professionnel, doivent transmettre les informations concernant l'enfant à ce parent.

Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale devra respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 372-1, c'est-à-dire qu'il devra continuer à contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.

Le Procureur général d'Etat plaide pour l'insertion d'une disposition analogue à celle figurant à l'article 373-2-1, alinéa 3 du Code civil français relative à une modalité d'exercice du droit de visite du parent auquel l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été confié, à savoir l'organisation du droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet. Le Conseil d'Etat peut se rallier à cette approche, même si l'on peut admettre que le juge qui peut statuer en vertu de l'article 378-1 sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale a de toute façon la compétence pour y apporter un tel aménagement.

Article 376-2

S'il est vrai que l'obligation des deux parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants prévue à l'article 372-1 perdure en cas de séparation, le régime de la contribution peut cependant changer. Du moment que les parents ne vivent plus avec l'enfant, l'obligation parentale d'entretien ne pourra, en principe, plus être exécutée en nature mais en valeur et prendra la forme d'une pension alimentaire.

Conformément à l'article 373-2-2, alinéa 2 du Code civil français, l'alinéa 2 du présent article retient que les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée ou, à défaut, par le juge des tutelles.

La proposition de loi *No 5304* reproduit en outre dans son article 378-2 les alinéas 3 et 4 de l'article 373-2-2 du Code civil français, que les auteurs du projet de loi n'ont pas repris. Il s'agit de modalités spécifiques à appliquer aux pensions alimentaires. Le Procureur général d'Etat a d'ailleurs soulevé la question si ces modalités sont à laisser à l'appréciation des parents, voire du juge. En outre, il estime nécessaire d'introduire un nouvel article 376-4 relatif à la modification de la pension alimentaire. Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à un tel ajout même s'il peut sembler superfétatoire au vu de l'article 378-6 du projet de loi.

Article 376-3

L'alinéa 2 de l'article 372-1 prévoit que l'obligation d'entretien et d'éducation envers un enfant ne cesse pas de plein droit à la majorité de l'enfant. Cet article permet à l'enfant majeur de ne pas avoir à intenter lui-même une action contre un parent défaillant, mais laisser à l'autre parent la possibilité de le faire. Tout ou partie de cette contribution pourra être versée directement à l'enfant majeur.

Comme le Conseil d'Etat l'avait déjà soulevé dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010 relatif au projet de loi *No 5155* portant réforme du divorce, les nouvelles dispositions prévues sous le présent article rendent superfétatoires les articles 271 et suivants relatifs aux pensions alimentaires, prévus par le projet de loi amendé par la commission parlementaire de la Chambre des députés dans la mesure où le présent projet de loi règle la situation de tous les parents séparés, y inclus les parents divorcés.

Section IV. – De l'intervention du juge des tutelles

Article 377

D'après les auteurs du projet de loi, c'est le juge des tutelles qui réglera toutes les questions relatives à la responsabilité parentale qui lui sont soumises. Outre les questions ayant trait au Titre IX du Livre Ier du Code civil comprenant les dispositions sur l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et aux biens des enfants, le juge des tutelles se verra confier des attributions qui jusqu'à présent étaient de la compétence d'autres instances juridictionnelles (juge de la jeunesse, juge de paix), de sorte que c'est à bon droit que les autorités judiciaires consultées ont soulevé dans leurs avis le problème d'une réorganisation judiciaire allant de pair avec le présent projet. A noter que dans les deux propositions de loi la compétence est dévolue au Tribunal de la jeunesse. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat rappelle que dans son avis du 16 mars 2004 relatif au projet de loi portant réforme du divorce, il avait déploré que la question de l'institution de magistrats spécialisés dans le droit de la famille n'ait pas été approfondie et il avait renvoyé à l'institution d'un juge aux affaires familiales en France qui avait impliqué une réforme en profondeur des règles de procédure (doc. parl. *No 5155*²). Le Conseil d'Etat peut se rallier à l'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui soutient que „actuellement, le juge des tutelles semble être une sorte de „juge fourre-tout“ dont on entend accroître les compétences tandis que la création du juge aux affaires familiales correspondrait à une vision plus générale d'harmoniser les règles relatives à l'autorité parentale pour tous les enfants quel que soit le statut de leurs parents et couvrirait l'ensemble du droit de la famille“. Rejoignant la position de l'ORK dans son avis du 16 novembre 2010, le Conseil d'Etat plaide pour l'institution d'un juge spécialisé dans les affaires familiales. Le Gouvernement devra préciser l'étendue à conférer à la compétence de ce juge.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat relève que la numérotation et le libellé des articles visés à l'alinéa 2 se basent sur la législation actuelle qui est cependant en voie de modification notamment par le biais du projet de loi *No 5155* portant réforme du divorce. Le Conseil d'Etat y reviendra lors de l'examen des points 12 et 14 de l'article Ier sous avis.

Les alinéas 3 et 4, qui sont une reproduction fidèle des alinéas 2 et 3 de l'article 373-2-6 du Code civil français, de même que l'alinéa 5 ne donnent pas lieu à observation.

Article 378

Cet article prévoit la faculté de tous les parents de faire homologuer une convention par laquelle ils règlent les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le projet de loi portant réforme du divorce prévoit une disposition analogue en cas de divorce par consentement mutuel.

Article 378-1

La disposition en projet est une copie conforme de l'article 373-2-8 du Code civil français et ne donne pas lieu à observation.

Article 378-2

La rédaction de cet article permet d'inscrire le principe de la résidence alternée dans la loi, considérée comme une application concrète du principe de la coparentalité. Une disposition semblable figure dans la proposition de loi *No 5304* qui, quant à elle, suit le législateur français. Ce dernier prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner, à titre provisoire et pour une durée déterminée, une résidence alternée, même en cas de désaccord des parents. Tout comme le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le Conseil d'Etat considère l'approche adoptée par le Gouvernement plus adéquate.

Article 378-3

Tant le projet de loi que la proposition de loi *No 5304* reprennent la disposition figurant à l'article 373-2-10 du Code civil français. Quant au recours à la médiation, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations émises dans son avis du 16 mars 2004 relatif au projet de loi portant réforme du divorce dans lequel il s'était déjà prononcé en faveur de l'application de modes alternatifs de règlement de conflits, comme notamment la médiation familiale. Tout en maintenant cette position, il insiste une fois de plus sur la mise en place d'un véritable statut pour la médiation qui devra se réaliser à travers le projet de loi *No 6272* portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale en droit national et dont le Conseil d'Etat vient d'être saisi.

Articles 378-4, 378-5 et 378-6

Le projet de loi et la proposition de loi *No 5304* suivent fidèlement le législateur français et reproduisent en gros les dispositions des articles 373-2-11, 373-2-12 et 373-2-13 du Code civil français concernant l'énumération d'éléments non limitatifs sur lesquels les juges pourront se baser afin de déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, la possibilité d'effectuer une enquête sociale et les conditions de révision des conventions et décisions judiciaires relatives à l'exercice de l'autorité parentale. L'article 378-5 prévoit, à l'instar de la législation française, la possibilité d'une contre-enquête sociale. Tout comme le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et le Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'au Luxembourg les enquêtes sociales sont réalisées par le Service central d'assistance sociale, dépendant du Parquet général, de sorte que l'intérêt d'instituer une contre-enquête qui serait effectuée par le même organe paraît discutable. Aussi, le Conseil d'Etat se prononce-t-il en faveur de la suppression du renvoi à une contre-enquête.

En ce qui concerne la modification d'une pension alimentaire, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 376-2.

Section V. – De l'intervention des tiers

Articles 379 à 381

Les articles 379 à 381 du projet de loi reproduisent les articles 373-3, 373-4, 373-5, 374-1 et 374-2 du Code civil français. Les deux propositions de loi prévoient également la possibilité de confier l'enfant à un tiers, si son intérêt l'exige. Les nouvelles dispositions visent à instituer pour des tiers, qui assurent l'éducation d'un enfant, une solution plus souple que le recours à la procédure de la délégation de l'autorité parentale ou l'ouverture d'une tutelle et qui a l'avantage de ne pas dépouiller les parents des droits et devoirs de l'autorité parentale.

L'article 379 du projet de loi précise, tout comme l'article 373-3 du Code civil français, que le tiers auquel l'enfant peut être confié devra de préférence être choisi dans sa parenté. Le Conseil de l'Ordre des avocats propose de supprimer cette disposition faisant valoir que „l'évolution sociologique fait qu'il y a aujourd'hui des familles recomposées, et qu'un mineur est susceptible d'avoir été éduqué par une personne avec laquelle il n'a pas de lien de parenté. Il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'écarter cette personne du choix des tiers à qui l'enfant peut être confié“. Comme le juge saisi d'une demande devra de toute façon choisir la tierce personne à laquelle l'enfant sera confié en vertu de l'intérêt de l'enfant, l'exigence du choix préférentiel parmi la parenté n'apporte aucune plus-value et pourrait, aux yeux du Conseil d'Etat, être supprimée.

L'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg soulève la question de l'attribution des allocations familiales dans l'hypothèse de l'intervention de tiers. Même si l'article 273 du Code de la sécurité sociale envisage d'ores et déjà cette hypothèse, le Conseil d'Etat estime qu'une révision de la

législation sur les prestations familiales devrait aller de pair avec les modifications prévues par le projet de loi, notamment par rapport à la résidence alternée prévue à l'article 378-2. De même, ne faudrait-t-il pas adapter la législation en matière d'imposition?

Point 3

Il est proposé de modifier l'intitulé du Chapitre II figurant dans le Livre Ier, Titre IX de sorte à remplacer le terme „autorité“ par „responsabilité“. Le Conseil d'Etat s'oppose à cette modification et renvoie à ses observations sous le point 1, relatives à cette terminologie.

Point 4

Au Chapitre II du Livre Ier, titre IX, les articles 383 et 384 concernant l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant sont modifiés en vue d'adopter, d'une part, la nouvelle terminologie de responsabilité parentale et, d'autre part, la nouvelle philosophie du projet instituant le même régime pour les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage. Si le Conseil d'Etat approuve la modification projetée pour mettre l'accent sur l'exercice en commun par les deux parents, qu'ils soient mariés ou non, de l'administration et de la jouissance des biens de leurs enfants mineurs, il renouvelle ses objections par rapport à l'adoption des termes „responsabilité parentale“.

Point 5

En ce qui concerne ce point visant à modifier l'intitulé du Chapitre III du Livre Ier, Titre IX, le Conseil d'Etat renvoie à ses objections formulées ci-avant.

Point 6

Les modifications prévues sous ce point concernent les dispositions relatives à la délégation de l'autorité parentale.

Article 387-1

Pour les raisons développées ci-dessus, le Conseil d'Etat se prononce pour le maintien des termes „autorité parentale“.

Article 387-2

Le Conseil d'Etat constate que seule la terminologie de cet article est modifiée. Il aurait une préférence pour le texte français, d'ailleurs repris par la proposition de loi *No 5553* à son article 8, en ce que celui-ci parle de „modalités de l'exercice de l'autorité parentale“ au lieu de „droits et obligations de la responsabilité parentale“. A l'instar du Procureur général d'Etat, il se prononce en faveur du remplacement du terme „tribunal“ par ceux de „juge de tutelles“ ou, en cas d'institution d'un juge aux affaires familiales, par ces termes-ci.

Articles 387-3, 387-4, 387-5 et 387-6

Les auteurs du projet de loi proposent le maintien de l'actuel article 387-3, sauf à insérer une disposition relative aux actes usuels du tiers délégataire en cas de partage de l'exercice de l'autorité parentale. Aux articles 387-4, 387-5 et 387-6, la modification projetée qui se limite au remplacement des termes „autorité parentale“ par „responsabilité parentale“ est désapprouvée par le Conseil d'Etat.

Le terme „séparément“ prévu à l'alinéa 1er de l'article 387-3 doit nécessairement être compris comme celui entre les parents qui a seul l'exercice de l'autorité parentale. Par ailleurs, le Conseil d'Etat recommande de reformuler les articles 387-3 et 387-4 en adoptant un libellé proche des articles 377 et 377-1 du Code civil français.

Le Code civil français comporte au chapitre de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant une section 2 intitulée „De l'assistance éducative“. Un ensemble de mesures peuvent être prises par le juge des enfants, lorsque la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé est en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises. Dans notre législation, de telles mesures sont prévues par la loi relative à la protection de la jeunesse du 10 août 1992 que le projet de loi *No 5351* portant modification de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse vise à revoir sur certains points. Il y aura lieu de faire concorder l'esprit et la terminologie du présent projet avec le projet de loi *No 5351*.

Point 7

Le Conseil d'Etat propose de reformuler l'intitulé du Chapitre IV comme suit: „Chapitre IV.– Du retrait total ou partiel de l'autorité parentale“.

Point 8

Article 387-9

L'actuel article 387-9 est remplacé par un libellé proche des articles 378 et 378-1 du Code civil français.

L'alinéa 1er de l'article 387-9 nouveau vise le retrait de l'autorité parentale par un jugement pénal. A cet égard, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées dans son avis complémentaire du 18 janvier 2011 relatif au projet de loi *No 6046* portant: 1. approbation

- a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007
- b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 mai 2000
- c) du Procès-verbal de rectification du 14 novembre 2000 de l'Original du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 mai 2000

2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

A l'instar du Procureur général d'Etat, le Conseil d'Etat s'interroge sur les raisons qui ont amené les auteurs du projet à supprimer l'hypothèse prévue au texte de l'article 387-9 actuel, qui prévoit non seulement les condamnations du chef de faits commis sur la personne de l'enfant mais également „à l'aide de l'un de ses enfants ou descendants“. Le Conseil d'Etat constate que les auteurs n'ont pas repris non plus le dernier cas de figure de l'article 378 français, à savoir le cas des parents auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent.

L'alinéa 2 vise le retrait de l'autorité parentale par un jugement civil. C'est dans le cadre d'une telle action que se situe l'alinéa 3 qui désigne les personnes ayant qualité pour agir en omettant le membre de la famille prévu par le texte français. Le Conseil d'Etat propose d'inclure et le membre de la famille et le tiers auquel l'enfant a été confié en vertu des dispositions figurant sous la section V.

Selon le Conseil d'Etat, il serait préférable de suivre le législateur français et de faire figurer les dispositions de l'alinéa 1er, qui concernent le retrait de l'autorité pénale par voie d'un jugement pénal, et celles des alinéas 2 et 3 ayant trait au retrait de l'autorité parentale prononcé par un jugement civil, dans deux articles distincts.

Finalement, le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de la modification apportée à l'article 387-9. Il se prononce en faveur du maintien du système actuel ne prévoyant le retrait que par le seul juge civil.

Article 387-10

Selon les auteurs du projet de loi, l'objet de cet article est de remplacer les dispositions actuelles par une formule plus générale englobant tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale. L'exclusion du droit de recueillir tout ou partie de la succession par application de l'article 746 du Code civil, prévue au point 5° de l'article 387-10 actuel, n'est plus reprise sans que le commentaire explique cette omission. A noter que le législateur belge a inséré une telle disposition à l'article 33 de la loi relative à la protection de la jeunesse. Encore une fois, le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de l'article sous avis par rapport aux dispositions actuellement en vigueur. Il estime en effet que l'énumération des droits prévue par l'article 387-10 actuel est plus claire que la formule générale visant à englober tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale prévue par l'article sous avis et il plaide pour le maintien des dispositions actuelles.

Article 387-11

Sans observation.

Article 387-13

Le Gouvernement s'est inspiré de la législation française en exigeant des circonstances nouvelles dans le chef des personnes ayant encouru le retrait de l'autorité parentale qui demandent à se voir restituer les droits dont elles avaient été privées. En contrepartie, la demande en restitution peut être présentée après l'expiration d'un délai d'un an alors que le texte actuel prévoit un délai de cinq ans à compter du jour où la décision de retrait est devenue irrévocable. Selon les autorités judiciaires, ce délai serait trop court et il faudrait prévoir dans l'intérêt de l'enfant un délai plus long afin de lui garantir une certaine stabilité du milieu dans lequel il vit. Le retrait de l'autorité parentale ne pouvant être prononcé que pour des faits graves, le Conseil d'Etat peut marquer son accord à un délai plus long en s'appuyant sur l'argumentation développée dans l'avis du Tribunal de la jeunesse et des tutelles selon laquelle les enfants victimes de pareils forfaits ont besoin de paix et de sécurité et doivent savoir que les forfaits seront clairement sanctionnés.

Le chapitre IV sur le retrait de l'autorité parentale démontre une fois de plus un éparpillement des compétences entre différentes juridictions – juge pénal, juge civil, juge des tutelles – et met en exergue la nécessité d'instituer un juge spécialisé dans les affaires familiales qui se verra attribuer une large compétence en matière de contentieux familial.

Point 9

Sous le Chapitre II du Livre Ier, Titre X, relatif à la tutelle, le projet de loi et la proposition de loi *No 5553* proposent l'adaptation de plusieurs articles aux nouvelles règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Les articles 389, 389-1 à 389-7 et 390, alinéa 1 proposés correspondent aux dispositions figurant sous les mêmes articles du Code civil français. Ils ne donnent pas lieu à observation, sauf à maintenir l'expression „autorité parentale“.

A l'article 443, point 2°, il y aura lieu de remplacer les termes „déchu de la responsabilité parentale“ par „ceux contre lesquels un retrait de l'autorité parentale a été prononcé“ pour rester conforme à la nouvelle terminologie du Chapitre IV.

Point 10

Ce point vise à apporter certaines modifications au Titre VII, Chapitre Ier, traitant de l'adoption simple. Le Conseil d'Etat insiste sur le maintien des termes „autorité parentale“ aux articles 351, 351-2 et 360. Les auteurs du projet de loi et de la proposition de loi *No 5553* entendent généraliser l'exercice en commun de l'autorité parentale aux parents adoptifs. Par ailleurs, le Conseil d'Etat constate que le projet de loi *No 6172* portant réforme du mariage et de l'adoption vise à modifier substantiellement les dispositions relatives à l'adoption, y inclus les articles dont la modification est prévue par le point sous examen. Il examinera ces dispositions dans son avis relatif audit projet.

Point 11

Article 108

Le libellé proposé à l'article 108 du Code civil reprend les termes des articles 108-2 et 108-3 du Code civil français. Le Procureur général d'Etat souligne que la notion de résidence figurant à cet article est une notion importante en matière de droit interne et du droit international privé par rapport à la compétence des juridictions et constitue une des modalités substantielles de l'autorité parentale. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, sauf à renvoyer à ses observations sous l'article 371 en ce qui concerne la notion de père et mère.

Point 12

Article 302

Les auteurs du projet de loi de même que ceux de la proposition de loi *No 5553* proposent une adaptation de cet article pour le rendre conforme aux nouvelles règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale établies par le projet et les propositions de loi. Cet article, qui figure actuellement sous le Chapitre IV „Des effets du divorce“ du Titre VI „Du divorce“, a cependant été supprimé par les amendements parlementaires apportés au projet de loi *No 5155* portant réforme du divorce. Il en va de même de l'article 303, reformulé par la proposition de loi *No 5553*.

La nouvelle Section IV.– „Des effets du divorce quant aux enfants“ regroupant les articles 271 à 275 figurant dans le projet de loi *No 5155* amendé, reprennent certaines dispositions figurant sous la

Section III du présent projet de loi. Le Conseil d'Etat estime que pour assurer une parfaite égalité de traitement dans le chef des enfants dont les parents se séparent, que les parents aient été mariés ou non, il y aura lieu de prévoir toutes les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation dans le présent projet de loi, que ce soient les règles relatives à la personne de l'enfant ou relativement à ses biens. Un renvoi à ces règles dans le cadre des dispositions sur les effets du divorce serait suffisant.

Point 13

Article 1384, alinéa 2

Sous réserve de ses observations quant à la notion de „père et mère“ sous l'article 371, le Conseil d'Etat se prononce en faveur du maintien des termes „autorité parentale“. Les auteurs du projet ne reprennent pas le terme „habitant“ figurant au texte actuel et correspondant à la terminologie de l'article 1384 français, mais le remplacent par le mot „résidant“, que les auteurs estiment plus adéquat. Comme le souligne le Procureur général d'Etat, il serait préférable de s'en tenir à la terminologie française afin d'éviter des débats inextricables d'interprétation.

Point 14

Le projet de loi *No 5914* 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, prévoit également une modification de l'article 160*bis*, bien que dans une version quelque peu différente. Dans son avis du 12 janvier 2011 relatif à ce projet, le Conseil d'Etat avait insisté sur la mise en cohérence des différents projets de loi déposés par le Gouvernement. En cas d'adoption du projet de loi *No 5914* avant le projet sous avis, la modification prévue au présent point devient superflue et est à omettre.

Article II

Les modifications apportées aux dispositions du Titre XII du Livre Ier de la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile sont regroupées sous cet article.

Point 1

Conformément à ses observations développées sous l'article I, le Conseil d'Etat se prononce en faveur du maintien des termes „autorité parentale“. Cette observation vaudra pour toutes les dispositions figurant sous l'article II pour lesquelles le changement de terminologie est proposé.

Point 2

Les modifications aux articles 1047 et 1048 du Nouveau Code de procédure civile visent essentiellement une adaptation à la nouvelle numérotation des articles que le présent projet modifie dans le Code civil. Par ailleurs, le terme „conjoint“ est remplacé par celui de „parent“. Des adaptations similaires sont proposées par la proposition de loi *No 5553*. Considérant que les modifications à apporter au Nouveau Code de procédure civile dépendront de la solution que les auteurs réserveront à la question d'instituer ou non un juge spécialisé dans les affaires familiales, le Conseil d'Etat n'a pas d'autres observations à faire.

Point 3

Le remplacement du terme „déchéance“ par celui de „retrait“ ne donne pas lieu à observation.

Point 4

Sous réserve de ses observations relatives au maintien des termes „autorité parentale“ formulées ci-avant, le Conseil d'Etat n'a pas d'observations quant à l'adaptation des articles 1063, 1067, 1069, 1070, 1073, 1074, 1075, 1078 et 1079 du Nouveau Code de procédure civile à la nouvelle terminologie.

Article III

En vertu du principe de la hiérarchie des normes qui impose le parallélisme des formes, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui vise à abroger un acte de valeur normative inférieure.

Article IV

Aux yeux du Conseil d'Etat, il est inconcevable que les parents d'enfants mineurs nés hors mariage avant l'entrée en vigueur de la future loi puissent opter entre deux régimes réglementant l'autorité parentale. Les dispositions concernant l'autorité parentale sont en effet des lois de police dont l'application ne peut pas être rendue dépendante de la volonté des parents ou de l'un d'eux. L'actuelle législation ayant été déclarée contraire au principe de l'égalité devant la loi par l'arrêt No 7/99 du 26 mars 1999 ne saurait perdurer au-delà de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi par la seule volonté des parents. Les nouvelles dispositions établies pour respecter l'intérêt supérieur de l'enfant devront s'appliquer d'office et immédiatement à toutes les situations existantes. Au vu de ces considérations et pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil d'Etat s'oppose formellement aux dispositions transitoires sous avis.

Article V

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 mai 2011.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

5867/05

N° 5867⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES SALARIES

(15.12.2011)

Eu égard à l'importance du projet de loi sous rubrique et de ses implications sur d'autres branches de droit, la Chambre des salariés a décidé de rendre un avis y relatif.

La CSL regrette d'ailleurs vivement que le législateur n'ait pas jugé utile de la saisir pour avis.

1. Le projet a pour objet de réformer l'autorité parentale relativement à la personne et aux biens de l'enfant.

1. Situation actuelle et objet du projet de loi

2. L'autorité parentale constitue l'ensemble des droits et obligations conférés aux père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Elle est le corollaire du droit et du devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est en principe exercée par celui d'entre eux auquel le tribunal a confié la garde de l'enfant suite à un divorce ou à une séparation de corps, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre.

Quant à l'enfant naturel né hors du mariage de ses parents, la garde est accordée à la mère de l'enfant, sauf si père et mère optent pour la garde conjointe via une déclaration commune.

3. Selon les auteurs du projet de loi, il importe de réformer la législation relative à l'autorité parentale pour plusieurs raisons:

- le mariage est entré en concurrence avec d'autres formes d'unions. Or, le droit de l'autorité parentale a été organisé autour du mariage. Ce contexte se trouve donc aujourd'hui entièrement modifié. En outre, le fait que l'Europe ne comporte plus les frontières intérieures de jadis, que les familles mêlent parfois les nationalités et cela d'autant plus facilement que les carrières professionnelles sont volontiers entreprises à l'étranger, que les mères travaillent comme les pères, qu'évolue à la hausse le nombre des séparations parentales suivies ou non de reconstitution familiale emportant la fondation d'une nouvelle famille en mariage ou hors mariage avec un conjoint ou un partenaire qui est de même nationalité ou non, que les grands-parents vivent jusqu'à un âge plus reculé et soient prêts à être associés à l'éducation voire à la prise en charge matérielle de leurs petits-enfants et notamment à l'occasion d'une séparation entre père et mère, qu'on constate une maturité plus développée chez les jeunes gens, voilà quelques facteurs qui contribuent à modifier plus ou moins substantiellement le contexte de la réflexion sur la responsabilité parentale de nos jours;
- les principes d'égalité entre homme et femme, entre le père et la mère, entre les enfants nés en mariage ou hors mariage, ou le droit pour chacun à une vie privée et familiale, ou encore le droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec chacun de ses père et mère constituent des raisons d'ordre juridique pour réformer la législation relative à l'autorité parentale;
- c'est dans les textes internationaux assurant la promotion des valeurs démocratiques et la protection des droits de l'homme que s'est trouvé originairement affirmé le principe juridique de la responsa-

bilité éducative commune des deux parents. Le 8 juillet 1986, le Parlement européen a voté une résolution dans laquelle il fait appel aux tribunaux des pays membres, de veiller avant tout au bien-être des enfants principalement lors de l'attribution de la garde de ceux-ci et d'assurer la coresponsabilité des parents dans l'éducation des enfants même après la séparation des parents en recourant le plus possible à la garde conjointe. Depuis la proclamation de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant signée à New York le 20 novembre 1989, un droit commun de l'enfance a été fondé incluant l'écoute de l'enfant. Cette convention a été approuvée par la loi du 20 décembre 1993 au Luxembourg.

2. Le projet de loi

4. En considération de ce qui précède, le Gouvernement entend prendre en considération autant le père que la mère, sans omettre l'enfant, chacun pour lui-même et tous ensemble pour la famille qu'ils forment. Il s'agira donc de préserver les liens et les relations entre l'enfant et chacun de ses père et mère, y compris après la rupture quand ceux-ci avaient eu une vie commune en mariage ou en concubinage.

Il s'agit par conséquent de consacrer l'exercice en commun de la responsabilité parentale par les père et mère, que la famille soit fondée sur le mariage ou non et par-delà la rupture du couple le cas échéant. Les père et mère sont et demeurent parents autant l'un que l'autre et peu importe qu'ils soient ou aient été mariés ou non. Ils partagent l'autorité et la responsabilité liées à la paternité et à la maternité.

Il s'agit de rechercher autant que possible un équilibre dans la participation de chacun des père et mère à l'exercice de la responsabilité parentale et ceci en vertu du principe de l'égalité parentale et du principe de non-discrimination.

5. Le projet de loi introduit aussi le concept de résidence alternée.

6. Le Titre IX „De l'autorité parentale“ du Livre I du Code civil sera dénommé „Titre IX. – De la responsabilité parentale“. Les nouveaux articles 371 et suivants remplaceront les actuels.

Le Gouvernement entend en effet aligner les termes de la législation luxembourgeoise sur ceux de la législation européenne qui utilise l'expression „responsabilité parentale“. L'expression „responsabilité parentale“, qui s'inspire de la Convention relative aux droits de l'enfant, est ainsi substituée à celle „d'autorité parentale“. Cette notion a également déjà été utilisée par la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants.

Le Gouvernement s'est inspiré dans le présent projet dans une large mesure de la législation française en vigueur en matière de responsabilité parentale, aussi bien quant à la structure que quant au contenu, tout en maintenant certaines dispositions spécifiques au droit luxembourgeois.

7. La responsabilité parentale est définie comme étant l'ensemble des droits et devoirs, ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et de visite. Les parents associent l'enfant à la prise de décision le concernant en fonction de son âge et de son degré de maturité.

Les auteurs du projet proposent de donner une nouvelle définition de la responsabilité parentale. Le but est de rappeler à chacun des parents ses droits et ses devoirs découlant de la responsabilité parentale et leur finalité, qui réside dans l'intérêt de l'enfant.

La nouvelle définition permet de mettre en application l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui dispose que: „La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant“.

La responsabilité parentale est ainsi définie comme un ensemble de droits et de devoirs attribués aux parents pour protéger ce dernier. Cette notion de responsabilité parentale englobe non seulement les droits qu'ont les parents vis-à-vis de leurs enfants, mais également les obligations qu'ils ont à leur égard.

Le droit de garde peut être défini comme les droits et obligations portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décider de son lieu de résidence. Il s'agit en l'occurrence de la prise en charge de l'enfant, d'assurer ses soins, mais aussi et surtout de vivre auprès de l'enfant et d'entretenir avec lui une relation d'attachement.

Cette fonction implique que le parent qui exerce la responsabilité parentale prenne, dans la vie quotidienne de l'enfant, les décisions éducatives qui sont liées à la présence de l'enfant chez lui ou auprès de lui.

Le devoir de protection de la sécurité de l'enfant permet aux parents de déterminer le lieu où il vivra. L'enfant est, en principe, domicilié à la résidence de ses père et mère.

Parmi les droits et obligations des parents figure le devoir d'éducation qui consiste à prendre les décisions importantes relatives à l'entretien, l'éducation et la formation de l'enfant, c'est-à-dire les décisions qui ne sont pas liées à la vie quotidienne de l'enfant et qui ne se rattachent dès lors pas à l'exercice de la garde de l'enfant.

Le droit de visite est défini au niveau européen comme le droit d'emmener l'enfant pour une période déterminée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

En ce qui concerne le principe demandant aux parents d'associer l'enfant aux décisions le concernant en fonction de son âge et de sa maturité, cette disposition s'inspire directement de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui oblige les Etats parties à garantir „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“. Elle est à rapprocher de l'article 388-1 du code civil, qui prévoit que le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant.

Les auteurs du texte affirment ainsi l'exigence d'une mise en oeuvre, au sein de la famille, d'une „démocratie parentale“: les décisions qui concernent l'enfant capable de discernement doivent, dans la mesure du possible, recueillir son adhésion.

8. Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur.

L'obligation pour les parents de contribuer financièrement à l'entretien et à l'éducation des enfants est ainsi expressément prévue par le nouveau texte.

A l'heure actuelle, l'obligation des parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants n'est prévue de manière explicite que dans le cadre de la famille „légitime“ issue des liens du mariage. Elle figure à l'article 203 du code civil selon lequel: „les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants“. L'article 213 du code civil prévoit, en outre, que les époux concourent „à élever les enfants et à préparer leur établissement“. En application de l'article 214, les époux doivent contribuer à cette charge à proportion de leurs facultés respectives, sauf disposition contraire d'une convention matrimoniale. La jurisprudence a élargi cette obligation aux parents d'enfants nés hors mariage, étant donné qu'ils sont sur un pied d'égalité avec les enfants nés dans le mariage dans leur rapport avec les père et mère.

Dans le cadre du divorce, les articles 303, respectivement 303-1 du code civil prévoient déjà que les père et mère sont tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de leurs ressources, même si les enfants sont majeurs, en cas d'études en cours ou en cas d'infirmité.

Le Gouvernement a ici entendu généraliser l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation à tous les père et mère, quel que soit leur statut, qu'ils soient mariés ou non, séparés ou non.

Cette obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation n'est pas liée à l'exercice de la responsabilité parentale, mais au fait d'être parent. La jurisprudence assigne aux parents le devoir de continuer à poursuivre le financement des études de leurs enfants, à proportion de leurs moyens. Les juridictions vérifient cependant le caractère sérieux des études poursuivies et les possibilités réelles qu'elles offrent de procurer effectivement une profession à l'enfant.

9. L'enfant ne peut quitter la maison familiale sans la permission de ses père et mère et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

Cette disposition reprend partiellement la philosophie de l'actuel article 373, sauf que les termes „maison paternelle“ sont remplacés par les termes „maison familiale“. En effet, la loi du 6 février 1975

ayant aboli la puissance paternelle et ayant consacré l'autorité parentale commune pendant le mariage, ce changement de terminologie s'impose.

Il a en outre été jugé nécessaire de préciser que l'enfant ne peut être retiré de la maison familiale que dans les cas déterminés par la loi.

10. L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à ce droit. A défaut d'accord des parents et si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge des tutelles fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

Le droit d'entretenir des relations avec les grands-parents existe déjà sous la législation actuelle, mais l'accent est mis actuellement sur l'interdiction faite aux parents de l'enfant de faire obstacle à de telles relations, sauf à invoquer l'intérêt de l'enfant.

Suivant le commentaire des articles du projet, il est indéniable qu'il est bénéfique pour l'enfant de fréquenter ses ascendants dans la mesure où ceux-ci représentent un élément de stabilité important lors de la séparation des parents et ont un rôle actif à jouer dans l'éducation de l'enfant. Eu égard aux tendances actuelles aux familles recomposées, le Gouvernement estime que des conjoints non parents accomplissent de fait des actes quotidiens relatifs à l'éducation de l'enfant.

De ce fait le juge pourra fixer les modalités des relations avec un tiers, parent ou non en fonction de l'intérêt de l'enfant. Le juge restera, en tout état de cause, maître de la constatation de cet intérêt.

11. Le projet de loi fixe le principe que les père et mère exercent en commun la responsabilité parentale.

Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre parent, celui-ci reste seul investi de l'exercice de la responsabilité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant. La responsabilité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le juge des tutelles.

Actuellement les règles d'attribution de la responsabilité parentale varient selon la situation matrimoniale des parents, c'est-à-dire selon que la filiation établie est légitime ou naturelle.

Dans ce dernier cas, même si le père et la mère ont reconnu l'un et l'autre l'enfant, la mère a le monopole de la responsabilité parentale et le père nécessite le consentement de la mère qui se traduit par une déclaration conjointe devant le juge des tutelles pour pouvoir exercer la responsabilité parentale sur son enfant. D'où une inégalité entre parents que la Cour Constitutionnelle avait condamnée dans un arrêt du 29 mars 1999 comme non conforme au principe d'égalité inscrit à l'article 11(2) de la Constitution.

Dorénavant la loi posera donc le principe que la responsabilité parentale soit exercée en commun par les père et mère, quelque soit leur condition juridique.

Les deux exceptions se justifient par le désintérêt pour l'enfant que semble montrer une reconnaissance tardive ou une déclaration judiciaire de la filiation en l'absence de reconnaissance volontaire.

12. Le projet précise ensuite qu'à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant.

Ces dispositions reprennent celles de l'actuel article 375-2 du code civil. Sauf que les termes „chacun des époux“ sont remplacés par les termes „chacun des parents“. Ainsi même en l'absence de vie commune, cette présomption de droit d'agir s'applique à tous les parents, qu'ils soient mariés ou non, divorcés ou séparés, exerçant la responsabilité parentale commune.

En principe, les décisions relatives à la responsabilité parentale doivent être prises en commun.

Les auteurs du projet précisent dans le commentaire des articles que, dans l'exercice quotidien de la responsabilité parentale, lorsque les père et mère vivent ensemble, chacun est présumé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un „acte usuel“ relatif à la personne de l'enfant. Il s'agit d'actes de faible gravité relatifs à la vie quotidienne du mineur (vie scolaire, loisirs, soins médicaux et interventions chirurgicales bénignes, ...). Le devoir d'information envers l'autre parent subsiste néanmoins. Ainsi, même si l'enfant n'est pas nécessaire d'informer ce parent sur tous les détails des actes de la vie courante, il n'en demeure pas moins qu'il devra être tenu au courant de la plupart des actes concernant la vie quotidienne de l'enfant.

En ce qui concerne les actes non usuels soumis au consentement des deux parents, il s'agit des actes qui engagent l'avenir de l'enfant et en ce sens doivent être pris d'un commun accord. Ceci surtout parce que dorénavant, même en cas de séparation des parents, la responsabilité parentale est exercée en commun et qu'il y aurait une certaine contradiction à laisser un parent décider seul d'actes importants relatifs à l'avenir de l'enfant.

13. Le texte précise qu'est privé de l'exercice de la responsabilité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause.

Le Gouvernement s'est ici inspiré des dispositions françaises en la matière en rendant le libellé de l'actuel article 376 plus simple. Le Gouvernement estime que certains motifs justifient la perte de l'exercice de la responsabilité parentale, mais une énumération limitative lui semble inadaptée de nos jours.

La notion d'éloignement est éliminée comme cas justifiant la perte de l'exercice de la responsabilité parentale. Compte tenu en effet des moyens modernes de communication, cette situation ne devait pas entraîner une perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale.

14. Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de la responsabilité parentale, l'autre l'exerce seul.

Cette disposition reprend l'esprit de l'actuel article 377 alinéa 1, tout en modifiant l'expression „l'exercice de l'autorité parentale est dévolue en entier à l'autre“ par une terminologie plus moderne.

15. La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de la responsabilité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Les auteurs du projet posent ici le principe que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de la responsabilité parentale, non seulement lorsqu'il s'agit d'un divorce, mais aussi lorsqu'il s'agit d'une séparation entre parents non mariés, partenaires ou concubins. Ainsi, tous les parents sont concernés par ce principe, qu'ils aient été mariés ou non.

Le Gouvernement a donc prévu un droit commun de la séparation parentale, à savoir un régime uniforme qui règle la question de l'exercice de la responsabilité parentale sur l'enfant de parents séparés, que ceux-ci aient été mariés ou non.

Selon les auteurs du projet il s'agit d'une avancée importante en ce qui concerne l'égalité des familles. Après la séparation des parents, en écho avec la Convention internationale des droits de l'enfant (*article 9-3*), est affirmé le droit de l'enfant au maintien des liens avec ses deux parents, ceux-ci ayant la responsabilité de favoriser ce maintien.

Le projet de loi part du principe selon lequel l'exercice en commun de la responsabilité parentale est, en général, conforme à l'intérêt de l'enfant.

Au-delà de l'exercice de la responsabilité parentale, le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents séparés doit être favorisé par les père et mère, chacun devant respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent. Cette règle s'impose non seulement au parent avec lequel réside l'enfant, mais aussi au parent qui ne vit pas avec l'enfant ou qui n'exerce pas la responsabilité parentale.

Ainsi, le changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il est susceptible de modifier l'exercice de la responsabilité parentale, s'il n'est pas subordonné à l'accord de l'autre parent, doit néanmoins être communiqué en temps utile à l'autre parent.

16. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge compétent peut confier l'exercice de la responsabilité parentale à l'un des deux parents.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves. Ce parent, privé de l'exercice de la responsabilité parentale, conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation de contribuer à l'entretien et l'éducation de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent ainsi que des besoins de l'enfant.

Ce qui est à ce jour le principe en cas de séparation des parents, à savoir l'exercice exclusif de la responsabilité parentale par un seul parent et le droit de visite et de surveillance accordé à l'autre, devient dorénavant l'exception.

Ce n'est que si l'intérêt de l'enfant le commande que le juge compétent attribue l'exercice de la responsabilité parentale à un seul des parents.

Suivant le commentaire des articles les situations familiales suivantes justifiant l'exercice de la responsabilité parentale par un seul parent sont envisageables:

- un des parents éprouve des difficultés sérieuses (état dépressif, fragilité psychologique, maladie mentale) ou montre des carences graves (maltraitance, désintéressement de l'enfant) dans l'exercice de ses responsabilités parentales;
- il peut y avoir un état provisoirement irréductible de conflit entre les parents, de sorte que les parents se trouvent systématiquement en désaccord à propos de leurs enfants empêchant ainsi l'un ou l'autre parent de prendre les décisions qui s'imposent à propos de la personne ou des biens de l'enfant. Il appartiendra au juge de confier l'exercice des prérogatives de la responsabilité parentale à celui des deux parents qui paraîtra le moins déraisonnable dans la gestion du conflit;
- il faudra protéger, dans l'intérêt de l'enfant, les mères qui seraient confrontées à des pères qui, davantage soucieux d'imposer leur autorité que de prendre réellement en charge l'éducation de leurs enfants, pourraient revendiquer l'exercice conjoint de la responsabilité parentale comme un moyen de retrouver, à l'égard de leur ex-épouse ou ex-compagne, un pouvoir qu'ils ne supporteraient toujours pas d'avoir perdu;
- enfin, il y a des cas de défaillance ou de démission d'un des parents qui laissera spontanément la pleine responsabilité à l'autre des parents.

Dans ces cas d'exercice exclusif de la responsabilité parentale, le parent titulaire exclusif de la responsabilité parentale prend seul les décisions concernant la personne de l'enfant et le parent, qui n'exerce pas la responsabilité parentale, continue d'exercer certaines prérogatives de la responsabilité parentale. Il est titulaire d'un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves. Ce droit de visite et d'hébergement implique pour le parent n'exerçant pas la responsabilité parentale un droit d'hébergement de l'enfant, mais aussi un droit de continuer à communiquer avec son enfant, pendant les périodes où il séjourne chez l'autre parent. Ce droit de communiquer signifie à la fois un droit de correspondre avec l'enfant, par écrit ou par téléphone, et un droit de rencontrer l'enfant. Le juge peut ainsi aménager une ou plusieurs possibilités pour ce parent de communiquer avec son enfant en dehors des périodes dites d'hébergement de l'enfant. Pour priver un parent de ses droits parentaux, il faut que la mesure prise par le juge réponde à une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant appartient au parent n'exerçant pas la responsabilité parentale et n'a pas à être demandé au juge. Suivant le commentaire des articles des tiers, sous réserve du respect des règles du secret professionnel, ne peuvent s'abstenir de transmettre à ce parent titulaire du droit de surveillance qui les contacte ou les interroge les informations dont ils disposent eux-mêmes. Tel par exemple au directeur de l'école ou au professeur de l'enfant qui ne pourront pas refuser de lui communiquer par écrit les renseignements utiles à la scolarité de l'enfant (calendrier, options agenda et horaire des activités, bulletins et appréciation des professeurs) ou de le rencontrer pour répondre à ses questions.

17. En cas de séparation des parents ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre ou à la personne à laquelle l'enfant est confié. Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par une convention entre parents homologuée par le juge compétent ou, à défaut, par le juge compétent.

Lorsque les parents vivent ensemble avec l'enfant, l'obligation parentale d'entretien est, en principe, exécutée en nature. Par contre, elle est exécutée en valeur et prend la forme d'une pension alimentaire en cas de séparation des parents ou en cas de départ de l'enfant du foyer.

A la suite de la séparation des parents, la pension alimentaire est à la charge du parent qui n'exécute plus en nature son obligation d'entretien. Elle est versée au parent qui assume la charge de l'enfant.

Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, c'est à celui-ci que sera versée la pension alimentaire.

Le versement d'une pension alimentaire n'est pas exclu dans le cadre d'une résidence de l'enfant fixée en alternance au domicile de chacun des parents, même en cas d'alternance paritaire.

18. Le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation.

Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou en partie entre les mains de l'enfant majeur.

Le parent qui assume la charge de l'enfant majeur à titre principal a la faculté de demander à l'autre parent de contribuer financièrement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. En cas de séparation des parents ou en cas d'exercice unilatéral de la responsabilité parentale, il est du devoir de chacun des parents de subvenir aux besoins de l'enfant, même majeur. L'entretien et l'éducation de l'enfant majeur continue donc d'être une obligation pour le parent, même s'il n'assume pas à titre principal la charge de l'enfant. En outre, il est permis aux parents ou au juge de décider que tout ou partie de cette contribution soit versée entre les mains de l'enfant majeur.

19. En cas d'accord des parents sur le choix de la résidence de l'enfant, celle-ci peut être fixée dans la convention soumise à homologation en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Toutefois, en cas de désaccord entre les parents sur le choix de la résidence de l'enfant, le juge fixe la résidence habituelle de l'enfant au domicile de l'un d'eux en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

Les parents ont donc la possibilité de choisir la résidence en alternance au domicile de chacun des parents ou bien de fixer la résidence au domicile de l'un d'eux.

La rédaction de cet article permet d'inscrire le principe de la résidence alternée dans la loi, ce qui n'est en fait qu'une application concrète du principe de coparentalité.

La résidence alternée ne sera donc possible que de l'accord des deux parents. Les auteurs du projet expliquent que pendant longtemps la résidence alternée était considérée avec réticence. Cette approche était principalement fondée sur le fait que l'autorité parentale, notion d'ordre public, ne pouvait „changer de tête“, en fonction de la personne ayant la responsabilité de la garde. La généralisation de l'exercice en commun de la responsabilité parentale et la distinction entre garde et la responsabilité parentale fait tomber cet argument.

La résidence alternée n'impose pas un partage strictement égal du temps de résidence de l'enfant au domicile de chacun des parents, mais permet également des formules souples correspondant aux actuels „droits de visite“ élargis. Le système peut donc fonctionner en alternance non paritaire.

Selon le commentaire des articles le Gouvernement est conscient des avantages et des inconvénients que comporte le choix de la résidence alternée pour un enfant. Afin de garantir que le mode de résidence alternée puisse être vécu de manière optimale par l'enfant et par ses parents, il convient de préciser dans la convention les conditions exactes de cette résidence alternée.

Le juge vérifiera que les conditions nécessaires à la fixation d'une résidence alternée sont remplies: il faut que cette résidence alternée corresponde à l'intérêt de l'enfant et qu'il y ait proximité des résidences des deux parents et une bonne entente entre eux.

En effet, l'enfant doit rester en mesure de rejoindre facilement son école, la résidence alternée ne pouvant en aucun cas impliquer la fréquentation de deux écoles.

De plus, un mode de résidence alternée irrégulier ou changeant tous les jours de la semaine serait difficilement concevable et d'ailleurs douteux du point de vue de l'intérêt de l'enfant. Par contre, un mode permettant à l'enfant de vivre avec l'un des parents pendant les jours de classe et avec l'autre en dehors des jours de classe ou le week-end pourrait être envisageable.

En ce qui concerne le cas de parents dont l'un, à la suite d'une séparation, déménage à l'étranger, il convient de se poser la question si une résidence alternée d'une année sur deux auprès de l'un des parents peut être une solution acceptable pour l'enfant. La doctrine et la jurisprudence étrangères sont partagées sur ces questions.

En cas de désaccord entre les parents quant au choix de cette résidence de l'enfant, le juge aura à fixer la résidence habituelle de l'enfant. Il fixera la résidence, au vu de l'intérêt de l'enfant, au domicile de l'un d'eux.

20. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de la responsabilité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.

L'usage de la médiation familiale pour résoudre les conflits entre parents restera un acte volontaire, mais l'information sur l'objet et le déroulement de la mesure de médiation par le médiateur peut être obligatoire.

21. Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, le juge prend en considération:

- la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure;
- les sentiments exprimés par l'enfant mineur;
- l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre;
- le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant;
- les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues.

Suivant le commentaire des articles du projet la liste précitée n'est pas limitative.

Avant toute décision fixant les modalités d'exercice de la responsabilité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut, comme à ce jour, donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.

Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée. L'enquête sociale ne peut d'ailleurs être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

3. Les interrogations que suscite le projet de loi

22. Le projet de loi prévoit la possibilité de la résidence alternée des enfants au domicile de chacun des parents. Cette hypothèse pose plusieurs questions:

➤ *La question du domicile de l'enfant*

23. Qu'en sera-t-il alors de la domiciliation de l'enfant? Pourra-t-il être déclaré aux deux adresses? Le projet de loi n'est pas très clair à ce sujet. En ce qui concerne le domicile de l'enfant, l'article 108 du Code civil est modifié pour préciser dorénavant que le mineur non émancipé est domicilié chez ses père et mère. Si les père et mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside. Faut-il en conclure que s'il réside chez les deux, en cas de responsabilité parentale partagée des parents séparés, il pourra être domicilié chez les deux? Le commentaire des articles du projet quant à lui n'est pas clair. Il y est précisé: „En cas de domiciles distincts des parents, le domicile de l'enfant mineur sera fixé au domicile du parent chez lequel il réside. Ceci peut être le cas par exemple s'il y a séparation des parents exerçant la responsabilité parentale conjointe et si le domicile de l'enfant a été fixé en alternance chez l'un ou l'autre des parents.“ La dernière phrase n'est pas compréhensible: en cas de résidence alternée, l'enfant réside par définition à deux endroits différents. La question de savoir si dans ce cas il est domicilié auprès des deux parents n'est pas tranchée par le projet de loi. La CSL demande au législateur de légiférer clairement sur ce point.

➤ *L'effet sur les allocations familiales*

24. L'article 273 du Code de la Sécurité sociale dispose que les allocations familiales sont versées à celui des parents qui a la garde effective de l'enfant.

On peut lire sur le site internet de la Caisse Nationale des Prestations Familiales (www.cnpf.lu) que aussi longtemps que l'enfant est mineur, les allocations familiales sont, d'une manière générale, versées au gardien, c'est-à-dire lorsque:

- l'enfant est élevé dans le ménage commun des parents: au choix des parents, à celui d'entre eux qui est désigné sur la demande. Au cas où les parents n'ont rien spécifié, elle est versée au père;

- les parents vivent séparés ou sont divorcés: à celui qui a la garde effective de l'enfant;
- l'enfant est placé dans une institution ou auprès de particuliers: à l'institution ou à la personne qui a recueilli l'enfant.

Dans l'hypothèse où dans l'optique du projet de loi, on ne parlera plus de garde de l'enfant, mais de responsabilité parentale qui sera en principe exercée par les deux parents en commun, même en cas de séparation des parents, l'article 208 susmentionné devra être adapté.

La CNPF devra en effet savoir à qui attribuer les prestations familiales.

Se pose en outre la question de la détermination du groupe familial afin de pouvoir déterminer le montant des allocations familiales.

Suivant la CNPF le groupe familial est déterminé en premier lieu par le lien de filiation.

Les enfants suivants appartiennent de plein droit au groupe familial d'une personne:

- ses enfants légitimes et légitimés;
- ses enfants adoptifs en vertu d'une adoption plénière; (ces deux catégories d'enfants sont seules à garder leurs droits au titre du groupe familial d'origine lorsqu'ils sont séparés)
- ses enfants naturels reconnus et qui vivent dans son ménage;
- ses enfants adoptifs en vertu d'une adoption simple qui vivent dans son ménage;
- les enfants du conjoint ou du partenaire au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats qui vivent dans son ménage;
- ses petits-enfants qui vivent dans son ménage, lorsqu'ils sont orphelins ou que les parents ou celui d'entre eux qui en a la garde effective sont incapables au sens de la loi.

Les enfants suivants peuvent être admis par la CNPF comme appartenant au groupe familial d'une personne:

- les enfants dont le demandeur/la demanderesse est tuteur/tutrice et qui vivent dans son ménage;
- les enfants dont la garde a été confiée au demandeur/à la demanderesse d'une façon durable par décision judiciaire ou administrative pour une durée d'au moins une année et qui vivent dans son ménage.

Les enfants suivants n'appartiennent pas au groupe familial d'une personne:

- ses enfants naturels qui ne vivent pas dans son ménage même s'ils sont reconnus par elle;
- les enfants du conjoint qui ne vivent pas dans le ménage du demandeur/de la demanderesse;
- les enfants dont le demandeur/la demanderesse est le tuteur/la tutrice et qui ne vivent pas dans son ménage;
- les enfants dont la garde n'a été confiée au demandeur/à la demanderesse qu'à titre provisoire pour une durée inférieure à une année, même s'ils vivent dans son ménage;
- les enfants du concubin/de la concubine qui ne sont pas les enfants du demandeur/de la demanderesse, même s'ils vivent dans son ménage.

Ainsi un enfant qui réside sur base de la future responsabilité parentale partagée de ses parents de manière alternée chez ses deux parents, est-ce que les deux parents pourront revendiquer cet enfant comme faisant partie de leur groupe familial?

Les difficultés relatives au groupe familial se trouvent encore amplifiées par le boni pour enfant (voir par la question de la modération d'impôt) ou encore les chèques services accueil. Ces derniers dépendent directement du groupe familial d'une famille.

Le cas échéant l'article 270 du Code de la Sécurité sociale traitant du groupe familial devra aussi être adapté.

En tout état de cause il appartient au législateur de régler ces problèmes dans la future loi tout en prenant soin d'éviter que les citoyens subissent une perte pécuniaire du fait des nouvelles dispositions, perte qui pourrait par exemple résulter du fait que l'enfant change de groupe familial: prenons l'exemple de deux enfants qui dans le cadre de la séparation de leurs parents sont séparés et se retrouvent l'un tout seul avec un parent et l'autre dans un nouveau groupe familial de trois enfants avec l'autre parent, ce parent vivant dorénavant avec un autre adulte qui a aussi deux enfants. Dans ce cas le premier enfant qui vit seul avec un des parents touchera des pres-

tations familiales moins élevées que le second qui vit dorénavant dans un groupe familial de trois enfants. De même si deux enfants d'un couple résident après la séparation de leurs parents chacun avec un des parents, ils se retrouvent tous les deux dans un groupe familial composé d'un seul enfant alors qu'avant ils appartenaient à un groupe familial de deux enfants, ce qui entraîne une perte au niveau du montant des allocations familiales.

Se posera en outre la question de savoir si un partage des allocations familiales devra être organisé par la loi? Signalons à ce titre que la France, qui prévoit aussi la résidence alternée de l'enfant en cas de séparation des parents, permet un partage des allocations.

On peut lire sur le site internet de la Caisse des allocations familiales française:

„Parents séparés ou divorcés, si vous avez un ou plusieurs enfants en résidence alternée, vous pouvez opter pour le partage des allocations familiales.

D'un commun accord, vous pouvez donc

- soit désigner celui des deux parents qui sera le bénéficiaire pour toutes les prestations,
- soit choisir le partage des allocations familiales et désigner un bénéficiaire pour les autres prestations.

Le choix est fait pour un an minimum.

A défaut d'accord entre les deux parents: Une part des allocations familiales est versée à chaque parent. Les autres prestations sont maintenues au parent qui les reçoit déjà.“

➤ *L'effet sur d'autres réglementations*

La résidence alternée peut encore affecter d'autres domaines et notamment tous dans lesquels la notion de ménage commun joue un rôle important dans l'attribution d'un droit, tel par exemple en matière de revenu minimum garanti.

25. Au-delà des remarques formulées ci-avant, la CSL approuve le projet de loi.

Luxembourg, le 15 décembre 2011

Pour la Chambre des salariés,

La Direction,
René PIZZAFERRI
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING

CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

5867/06

N° 5867⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2015-2016

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

* * *

ARRETE GRAND-DUCAL DE RETRAIT DU ROLE DES AFFAIRES

(1.6.2016)

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom le retrait du projet de loi n° 5867 relatif à la responsabilité parentale.

Palais de Luxembourg, le 1^{er} juin 2016

Le Ministre de la Justice,

Félix BRAZ

HENRI

CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2015-2016

LB/pk

P.V. J 34

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 08 juin 2016

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 25 et 30 mai 2016
2. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
 - le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988
 - Rapporteur: Madame Viviane Loschetter
 - Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat
- 5867 *Projet de loi relatif à la responsabilité parentale*
(- Rapporteur: Madame Christine Doerner)
Le projet de loi ne figurera plus à l'ordre du jour dès qu'il aura fait l'objet d'un arrêté grand-ducal de retrait du rôle des affaires de la Chambre des Députés.
- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale
- 6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation
3. Divers

*

Présents : Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth

M. Fernand Kartheiser, député (*auteur de la proposition de loi 6797*)

Mme Jeannine Dennewald, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

Mme Marie-Jeanne Kappweiler, Avocat général

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, Mme Octavie Modert, Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 25 et 30 mai 2016

Les projets de procès-verbal sous rubrique recueillent l'accord unanime des membres de la commission.

- 2. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant**
- le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988

Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

1. Organisation des travaux

Madame la Rapportrice résume les points clés de la discussion menée au sein de la commission en date du 1^{er} juin 2016 (P.V. J 33) et revient notamment sur la volonté des membres de la commission de s'informer davantage sur la prospective des législations étrangères en matière du droit de la filiation.

L'oratrice rappelle qu'une connaissance approfondie des législations étrangères peut servir d'outil d'orientation dans le cadre des travaux relatifs au présent projet de loi

Le représentant du Ministre de la Justice annonce qu'un document de travail, contenant une approche comparative de diverses législations étrangères en matière du droit de la filiation sera transmis, sous réserve de l'accord définitif de Monsieur le Ministre de la Justice, aux membres de la Commission juridique.

L'oratrice donne à considérer que le Ministère de la Justice ne dispose pas d'un service spécifiquement dédié à l'étude du droit comparé, partant, le document de travail constitue une compilation de travaux élaborés par diverses institutions et organisations internationales.

Le document de travail sert à apporter des éclaircissements juridiques sur certaines législations étrangères en abordant certaines problématiques actuelles auxquelles le droit de la filiation est confronté, à l'exclusion de toute considération de nature politique.

Elle explique qu'un certain nombre de documents risquent de ne pas être à jour, comme les législations étrangères peuvent avoir été modifiées entretemps.

De même, un tableau synoptique sera transmis aux membres de la commission.

Echange de vues

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR critique l'utilisation de la notion « *approche progressiste* ». Selon l'orateur, cette notion comporte une connotation politique et il estime qu'il n'appartient pas à des fonctionnaires de devoir formuler des positions politiques par rapport aux discussions menées dans le cadre du présent projet de loi. Il est d'avis que cette notion fait référence à une idéologie qui risquerait de remettre en cause l'intérêt supérieur de l'enfant et le modèle familial traditionnel.

L'orateur donne à considérer que toutes les tentatives en Allemagne ayant eu pour objet l'introduction de l'homoparentalité dans la législation allemande ont échoué. L'approche du législateur allemand pourrait également guider le législateur luxembourgeois en matière du droit de la filiation.

- ❖ Madame la Rapportrice ne partage pas ce point de vue. Elle explique que cette notion ne présente aucune connotation politique, mais constitue la terminologie fréquemment utilisée par les auteurs doctrinaux en matière du droit de la filiation.

2. Discussion générale sur la co-parentalité en faveur des couples de même sexe

Echange de vues

Le représentant du Parquet général explique que le législateur belge a procédé à une extension de la présomption de la co-parentalité aux couples mariés de sexe féminin. Ainsi, cette présomption de co-parentalité joue pendant la durée du mariage entre deux femmes. La présumée coparente est l'épouse de la mère si l'enfant est né pendant le mariage (article 325-2 du Code civil belge).

Cette disposition ne s'applique cependant pas aux couples mariés de sexe masculin.

Partant, cette disposition risque d'être considérée comme une discrimination en défaveur des couples mariés de sexes masculins et suscite des discussions controversées au sein de la doctrine belge.

Ainsi, l'épouse de la mère de l'enfant peut également recourir à la reconnaissance volontaire de l'enfant (article 325-4 du Code civil belge).

Au sujet de la reconnaissance volontaire de l'enfant, il est précisé que le législateur belge a maintenu le principe selon lequel seul le père biologique de l'enfant peut recourir au mécanisme de la reconnaissance volontaire de l'enfant. Ce principe de la vérité biologique ne s'applique cependant pas à l'épouse de la mère de l'enfant. Ainsi, pour l'épouse de la mère de l'enfant, le recours facultatif au mécanisme de la reconnaissance volontaire constitue une fiction juridique, déliée de la vérité biologique.

D'ailleurs, le législateur belge a limité le nombre de filiations à établir à l'égard d'un enfant au nombre de deux. En cas de contestation relative à l'établissement du lien de filiation par un prétendu parent, le principe de l'établissement chronologique de la filiation s'applique. Ainsi, seule une décision de justice, coulée en force de chose jugée, peut annuler une filiation établie à l'égard d'un enfant.

Le représentant du Ministre de la Justice renvoie aux discussions actuelles dans certains pays voisins qui envisagent de légiférer sur un éventuel recours au mécanisme de la gestation pour autrui (dénommée ci-après « GPA »), réservé aux seuls couples mariés de sexe masculin, qui sont dans l'impossibilité biologique de donner naissance à un enfant.

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR donne à considérer que, d'un point de vue biologique, les couples de sexe féminin peuvent procréer un enfant en ayant recours à la procréation médicalement assistée (dénommée ci-après « PMA ») et en ayant recours à la GPA.
- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la compatibilité de ces dispositions avec le droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles.

Madame la Rapportrice explique que la question du droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles est intimement liée à la problématique du maintien éventuel de l'anonymat du tiers donneur dans le cadre de la PMA. Elle estime qu'il s'agit d'un point clé de la discussion en matière de la réforme du droit de la filiation et propose que ces deux sujets fassent l'objet d'une discussion approfondie lors d'une prochaine réunion.

L'oratrice estime qu'il serait judicieux de connaître la prospective des législations étrangères en matière de la levée de l'anonymat du donneur de gamètes et du droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles. [Ministère de la Justice]

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge les conséquences juridiques d'une levée de l'anonymat du tiers donneur. Ainsi, il ne serait pas exclu à ce qu'un tiers donneur pourrait être condamné à verser une pension alimentaire à un enfant issu d'une PMA, malgré les dispositions proposées à l'endroit de l'article 313 alinéa 2 du présent projet de loi.
- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR renvoie à des décisions de justice étrangères ayant condamné des donneurs de sperme à verser une pension alimentaire à un enfant issu d'une PMA.

L'orateur se prononce en faveur de légiférer à ce sujet dans le cadre du présent projet de loi.

Il donne à considérer que si le législateur entendait interdire la PMA, aucune voie de recours à l'encontre du donneur de sperme ne serait ouverte.

Le représentant du Ministre de la Justice explique que, contrairement à d'autres pays, le Luxembourg ne s'est pas doté d'une législation spécifique qui encadre le volet médical en matière des techniques de PMA.

L'oratrice renvoie aux progrès réalisés par la biomédecine au fil des dernières années et aux risques de laisser subsister un vide juridique en la matière.

Elle donne à considérer que si le législateur veut réglementer le volet médical de la PMA, une concertation préalable avec le Ministère de la Santé serait indispensable.

Dans le cadre d'une éventuelle action en justice contre un donneur de sperme, il faudrait également tenir compte des implications au niveau du droit international privé, comme un don de sperme pourrait provenir de l'étranger.

- ❖ Un représentant du groupe politique déi Gréng estime à cet égard qu'il serait judicieux de continuer les travaux législatifs relatifs à la ratification de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la

biologie et de la médecine, encore appelée Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine.

Le représentant du Parquet général précise que la loi du 1^{er} août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines dispose dans son article 14 alinéa 2 que :

« 2) L'identité du receveur ne doit être révélée ni au donneur ni à sa famille et inversement, sans préjudice de dispositions particulières pouvant régir le don de gamètes ».

L'oratrice estime cependant qu'une législation précise en matière d'accès aux origines personnelles serait utile.

3. Aperçu sur la jurisprudence étrangère en matière de GPA

Le représentant du Parquet général présente aux membres de la commission plusieurs jurisprudences.

L'oratrice rappelle que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (dénommée ci-après « Convention EDH ») dispose que :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » .

- L'oratrice renvoie à la position de la Cour de cassation française en matière de GPA réalisées à l'étranger (Cour de cassation française, 1^{ère} chambre civile, 13 septembre 2013, N° de pourvoi: 12-30138 et 12-18315). La Cour de cassation française a refusé la transcription d'un acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA, en s'appuyant sur le fondement de la fraude. Elle a approuvé la décision d'une cour d'appel d'avoir déduit de l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre le père et la mère de l'enfant, que l'acte de naissance de celui-ci établi par les autorités étrangères ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français. En application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », toutes les conséquences de la fraude sont anéanties et la filiation ne peut être établie en France.
- La Cour européenne des droits de l'Homme (dénommée ci-après « CEDH ») a rendu deux arrêts récents en matière de GPA (arrêts *Menesson c. France* du 26 juin 2014, requête n° 65192/11 et *Labassée c. France* du 26 juin 2014, requête n° 65941/11).

Ainsi, les requérants sont dans l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance en droit français de la filiation entre les parents d'intention et les enfants, établie aux Etats-Unis. Les requérants ont eu recours à une GPA aux Etats-Unis. Les autorités françaises leur opposant l'illégalité des conventions de GPA conclues par les requérants avec des mères porteuses.

Les requérants ont été définitivement déboutés de leur demandes par la Cour de cassation française le 6 avril 2011 au motif que de telles transcriptions ou inscriptions donneraient effet

à une convention de gestation pour autrui, frappée d'une nullité conformément aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil français.

La CEDH retient dans son arrêt que:

« Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

[...]

Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun..., on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. »

La CEDH estime qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. La Cour conclut que le droit des enfants au respect de leur vie privée a été méconnu, en violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention EDH.

Il y a lieu de noter que les parents ne sauraient invoquer les dispositions de la Convention EDH, comme le recours à la GPA constitue pour eux un fait volontaire. La législation restrictive de la France à l'égard des parents d'intention n'est pas critiquée par la CEDH.

La Cour de cassation française (arrêts du 3 juillet 2015, pourvoi n°14-21.323 ; 15-50.002) a réagi suite à la jurisprudence récente de la CEDH. La France semble opter pour une construction de la filiation lien par lien, en distinguant au besoin entre le parent biologique et le parent d'intention. Il s'agit d'une approche minimaliste pour se conformer à la jurisprudence de la CEDH. Cependant, la question de l'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention reste ouverte. Par un revirement de jurisprudence, elle décide de limiter les effets de la prohibition en France de la GPA effectuée à l'étranger, lorsque les mentions dans l'acte de naissance correspondent à la réalité biologique, sans pour autant revenir sur le principe même de l'interdiction de la GPA.

- Dans l'affaire D. et autres contre la Belgique (CEDH, arrêt du 8 juillet 2014, requête n°29176/13), la CEDH a estimé que les parents d'intention ne peuvent invoquer une atteinte à l'article 8 de la Convention EDH, en cas de vérifications juridiques supplémentaires effectuées par les autorités nationales suite à une GPA effectuée à l'étranger.

En l'espèce, les parents d'intention ont eu recours à une GPA réalisée en Ukraine et les autorités belges ont refusé de fournir un document de voyage à l'enfant issu de cette GPA jusqu'à ce que les parents d'intention fournissent suffisamment d'éléments permettant d'établir l'apparence d'une filiation avec l'enfant.

Ce refus des autorités belges a engendré une séparation effective entre les parents d'intention et l'enfant. La Cour constate que les parents d'intention ont été victimes d'une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie familiale. Cependant, cette ingérence avait une base légale et elle était justifiée par des objectifs de prévention des infractions pénales, en particulier de lutte contre la traite des êtres humains, et par celui de protéger les droits d'autrui, en l'espèce les droits de la mère porteuse et, dans une certaine mesure également, les droits de l'enfant.

La Cour note que, eu égard aux circonstances de l'espèce, ni la procédure en référé entamée par les parents d'intention en Belgique, ni la période de séparation effective entre les requérants et l'enfant ne sauraient être considérées comme déraisonnablement longues. En effet, la Convention ne saurait obliger les Etats d'autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes.

- L'affaire Paradiso et Campanelli contre Italie (CEDH, 27 janvier 2015, requête 25358/12, renvoyée devant la Grande Chambre, donc il ne s'agit pas d'un arrêt définitif) concerne également la problématique de l'arrivée sur le territoire national d'un enfant né d'une GPA à l'étranger. Dans le cas d'espèce, les autorités italiennes n'avaient pas reconnu la filiation établie à l'étranger et ont pris la mesure d'éloigner l'enfant de ses parents d'intention et de le placer sous tutelle. Il y a lieu de noter que les autorités italiennes ont découvert qu'aucun lien biologique n'existait entre les parents d'intention et l'enfant.

La Cour a estimé que les considérations d'ordre public ayant orienté les décisions des autorités italiennes ne pouvaient l'emporter sur l'intérêt supérieur de l'enfant, malgré l'absence de tout lien biologique et la brièveté de la période pendant laquelle les requérants se sont occupés de l'enfant. La Cour rappelle également que l'éloignement d'un enfant du contexte familial est une mesure extrême ne pouvant se justifier qu'en cas de danger immédiat pour lui, la Cour a estimé qu'en l'espèce, les conditions pouvant justifier un éloignement n'étaient pas remplies.

4. Aperçu sur la jurisprudence étrangère en matière de PMA

- Dans l'affaire Evans contre Royaume-Uni (CEDH, 10 avril 2007, n°6339/05) la Cour refuse de condamner au nom du droit au respect de la privée et familiale, le Royaume-Uni dont la législation interdit l'implantation d'un embryon conçu par fécondation *in vitro* lorsque le conjoint a retiré son consentement. La Cour compatit à la situation de la requérante, qui se retrouve sans l'implantation des embryons dans l'impossibilité à donner naissance à un enfant biologique, mais ne voit pas de raison de faire prédominer son droit de devenir parent au sens génétique du terme sur celui de son ex-conjoint au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle.

La Cour retient que :

« Le dilemme au cœur de la présente affaire tient au fait que se trouvent en conflit les droits puisés dans l'article 8 par deux individus : la requérante et l'ex-conjoint. En outre, l'intérêt de chacun est totalement inconciliable avec celui de l'autre, puisque si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, son ex-conjoint sera contraint de devenir père, et que si le refus ou la révocation par l'ex-conjoint de son consentement est confirmé, la requérante se verra privée de la possibilité de devenir parent au sens génétique du terme. Dans les circonstances difficiles de l'espèce, quelle que soit la solution adoptée par les autorités

nationales, les intérêts de l'une des parties au traitement par fécondation in vitro seront entièrement déçus.

Si la requérante critique que les dispositions législatives relatives au consentement en ce qu'elles ne souffrent aucune dérogation, la Cour estime que le caractère absolu de la loi n'est pas, en soi, nécessairement incompatible avec l'article 8. La décision du législateur britannique d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par fécondation in vitro puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par fécondation in vitro. »

- Dans l'affaire Parillo contre Italie (CEDH, 27 août 2015, requête n°46470/11) la Cour a été amenée à répondre à la question si le droit au respect de la vie privée peut englober le droit de disposer d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* dans le but d'en faire don à des recherches scientifiques.

En l'espèce, Madame Parrillo et son compagnon ont eu recours aux techniques de la PMA. Suite à un traitement de fécondation *in vitro*, le couple a obtenu cinq embryons, qui ont été cryoconservés.

Le compagnon de Madame Parrillo est décédé en novembre 2003, avant qu'une implantation n'ait pu être effectuée. La requérante souhaite mettre les embryons obtenus par fécondation *in vitro* à la disposition d'un institut spécialisé à la recherche scientifique.

En 2004, le législateur italien adopte une loi qui interdit les expériences sur les embryons humains.

« La Cour constate que les embryons conçus par fécondation in vitro renferment le patrimoine génétique de la requérante et représentent donc une partie constitutive de son identité. Elle conclut que la possibilité pour la requérante de choisir quel sort réserver à ses embryons touche un aspect intime de sa vie personnelle.

L'interdiction faite à la requérante de faire le don en question constitue une ingérence au droit de la vie privée, cependant, la Cour constate que l'Etat italien poursuivait le but de protéger la « potentialité de vie dont l'embryon est porteur », l'embryon humain étant considéré dans l'ordre juridique italien comme un sujet de droit devant bénéficier du respect de la dignité humaine.

La Cour estime d'emblée que l'Italie devait bénéficier d'une ample marge d'appréciation dans cette affaire qui soulevait des questions moralement et éthiquement sensibles ».

Enfin, la Cour constate que rien n'atteste de la volonté du compagnon décédé de la requérante de donner les embryons à la science, alors qu'il était concerné au même titre que la requérante à l'époque de la fécondation *in vitro*.

La CEDH conclut que l'Italie n'a pas outrepassé l'ample marge d'appréciation dont elle jouissait dans cette affaire et que l'interdiction litigieuse était « *nécessaire dans une société démocratique* ». Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 8.

Il est précisé que la CEDH a retenu qu'il n'était pas nécessaire de se pencher dans cette affaire sur la question, délicate et controversée, du début de la vie humaine.

Echange de vues

- ❖ Madame la Rapportrice constate que la CEDH prend en compte la législation nationale en matière de PMA et de GPA. Les notions clés qui pourraient orienter le législateur sont l'intérêt supérieur de l'enfant sous ses diverses facettes et le lien biologique entre l'enfant et ses parents.

Le représentant du Parquet général précise la CEDH ne donne pas une trame aux législateurs nationaux en matière de PMA et de GPA et laisse une appréciation assez large aux législations nationales, à condition que des droits fondamentaux seraient respectés.

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR revient sur les arrêts Mennesson contre France et Labassée contre France.

L'orateur tient à préciser que la problématique du refus de la transcription d'un acte de naissance étranger est à distinguer de la problématique de l'identité et de la nationalité de l'enfant. L'enfant né d'une GPA effectuée à l'étranger dispose d'une nationalité étrangère, avec l'ensemble des droits et obligations y afférentes (en l'espèce la nationalité américaine).

L'orateur renvoie aux discussions doctrinales et donne à considérer que l'enfant en question n'est pas privé de ses droits fondamentaux en raison de sa nationalité étrangère et du statut que lui confère cette nationalité en France.

En outre, il estime que les parents d'intention qui recourent à une GPA qui est explicitement prohibée par le droit national, devraient subir les conséquences légales d'une telle transgression de la loi.

Ainsi, il met en garde le législateur de ne pas légaliser implicitement le recours à la GPA réalisée à l'étranger.

Il renvoie à la complexité de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant et donne à considérer que souvent les enfants doivent indirectement subir les conséquences psychologiques et sociales des infractions commises par leurs parents.

Il estime que la GPA constitue une pratique commerciale qui remet en cause le principe selon lequel le corps humain ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial. Selon l'orateur, la GPA conduirait systématiquement à un acte d'abandon d'enfant par la mère porteuse et à une marchandisation du corps humain, ainsi qu'à un détournement du droit de l'adoption.

3. Divers

Les membres de la Commission conviennent de prévoir la tenue de deux réunions supplémentaires, en dehors de la plage horaire du mercredi matin de 09h00 à 10h30 le jeudi, 16 juin 2016 à 14h00 et le mardi, 19 juillet 2016 à 10h30.

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*),
Christophe Li

La Présidente,
Viviane Loschetter



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

AFFAIRE LABASSEE c. FRANCE

(Requête n° 65941/11)

ARRÊT

STRASBOURG

26 juin 2014

DÉFINITIF

26/09/2014

Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.



En l'affaire Labassee c. France,

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Mark Villiger, *président*,

Angelika Nußberger,

Boštjan M. Zupančič,

Ganna Yudkivska,

Vincent A. De Gaetano,

André Potocki,

Aleš Pejchal, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 10 juin 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 65941/11) dirigée contre la République française et dont des ressortissants de cet État, M. Francis Labassee (« le premier requérant ») et M^{me} Monique Labassee (« la deuxième requérante ») (« les premiers requérants »), et une ressortissante américaine, M^{lle} Juliette Labassee (« la troisième requérante »), ont saisi la Cour le 6 octobre 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés par la société civile professionnelle Gadiou Chevallier, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le 12 février 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement et le président de la section a décidé qu'il serait procédé simultanément à son instruction et à celle de la requête *Mennesson c. France* (n° 65192/11).

4. Le Gouvernement a déposé un mémoire sur la recevabilité et le fond de l'affaire. Les requérants ont renvoyé aux conclusions de leur requête.

5. Le 10 octobre 2013, le président de la section a décidé, en vertu de l'article 54 § 2 a) du règlement, de poser des questions complémentaires aux requérants et au Gouvernement, qui y ont répondu les 20 et 21 novembre 2013 respectivement.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les requérants sont nés respectivement en 1950, 1951 et 2001 et résident à Toulouse.

7. Les premiers requérants sont mari et femme. En raison d'un problème d'infertilité de la deuxième requérante, ils décidèrent de recourir à la gestation pour autrui. À cette fin, le 20 juin 2000, ils conclurent aux États-Unis un contrat avec l'*International Fertility Center for Surrogacy* puis, le 29 octobre 2000, un contrat avec cet institut et M. et M^{me} L., aux termes desquels cette dernière porterait un embryon provenant d'un ovocyte d'une donneuse anonyme et des gamètes du premier requérant.

8. C'est ainsi que, le 27 octobre 2001, la troisième requérante naquit dans le Minnesota, aux États-Unis.

9. Par un jugement du 31 octobre 2001, le Tribunal de l'État du Minnesota, statuant sur requête de M^{me} L., constata que le but de la grossesse de cette dernière avait été de donner naissance à un enfant biologiquement lié au requérant, qu'elle n'entendait pas conserver ses droits parentaux et que lesdits droits prenaient fin avec ce jugement.

Le même jour, saisi par le premier requérant ainsi que par M. et M^{me} L., ce même tribunal rendit un second jugement, constatant que le premier requérant déclarait être le père biologique de la troisième requérante, que le nom de cette dernière était Juliette Monique Labassee, que sa garde légale et physique était accordée au premier requérant, celui-ci étant autorisé à retourner en France avec elle, et qu'aucun droit de visite n'était donné à M. et M^{me} L., lesquels renonçaient expressément à leurs droits sur l'enfant.

10. Dressé au Minnesota le 1^{er} novembre 2001, l'acte de naissance de la troisième requérante indique qu'elle est la fille du premier requérant et de la deuxième requérante.

A. Le refus de transcription de l'acte de naissance

11. Le 28 juillet 2003, le Parquet du tribunal de grande instance de Nantes informa les premiers requérants qu'il refusait de retranscrire l'acte de naissance de la troisième requérante sur les registres de l'état civil français, au motif qu'une telle mesure serait contraire à l'ordre public français.

B. L'acte de notoriété établi par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Tourcoing

12. Saisi par les requérants, le juge des tutelles du tribunal de grande instance de Tourcoing, au vu de l'acte de naissance de la troisième requérante, de l'acte de mariage des premiers requérants et de témoignages indiquant qu'ils s'occupaient de l'enfant depuis sa naissance, établit, le 3 décembre 2003, un acte de notoriété.

C. Le jugement du tribunal de grande instance de Lille du 4 mai 2006

13. Le Parquet de Nantes ayant refusé de porter la mention marginale de cet acte à l'état civil, les premiers requérants, le 20 juillet 2004, assignèrent le ministre de la Justice devant le tribunal de grande instance de Lille afin de voir ordonner la transcription de l'acte de notoriété. Le 10 septembre 2004, le procureur de la République près cette juridiction les assigna à son tour afin de voir annuler l'acte de notoriété.

14. Les deux instances ayant été jointes, le tribunal débouta les requérants par un jugement du 22 mars 2007. Il considéra que la convention de mère porteuse était nulle car conclue en violation de la loi française, et avait un caractère frauduleux. Il en déduisit que la possession d'état sur laquelle se fondaient les requérants et l'acte de notoriété étaient viciés et ne pouvaient permettre l'établissement d'un lien de filiation.

D. L'arrêt de la cour d'appel de Douai du 14 septembre 2009

15. Saisie par les requérants, la cour d'appel de Douai confirma le jugement déféré par un arrêt du 14 septembre 2009. Elle retint notamment ce qui suit :

« (...) Il n'est pas contesté que Monsieur et Madame Labassee traitent Juliette Labassee depuis sa naissance comme leur enfant et pourvoient à son éducation et son entretien.

Cependant, la possession d'état doit, pour pouvoir constituer une présomption légale, permettant d'établir la filiation, être également exempte de vice.

En l'espèce, la possession d'état de Juliette Labassee à l'égard de Monsieur et Madame Labassee résulte de la convention de gestation pour autrui, conclue entre Monsieur et Madame Labassee et Madame [L.], en vertu de laquelle Madame [L.] leur a remis Juliette, dont elle venait d'accoucher, après insémination artificielle, l'embryon étant conçu avec un gamète de Monsieur Labassee et un ovocyte provenant d'une donneuse anonyme.

Cette possession d'état repose ainsi sur un contrat portant sur la gestation, contrat atteint, en application des articles 16-7 et 16-9 du code civil, d'une nullité absolue qui s'impose aux parties comme aux tiers.

Dans ces conditions, une telle possession d'état est viciée et ne peut avoir d'effet en ce qui concerne la filiation quel que soit le demandeur.

Il ne peut être valablement soutenu que cette absence d'effet porte atteinte à l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que protégé par l'article 3 § 1 de la convention de New York, alors que les principes d'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes, ainsi que le caractère d'ordre public de l'article 16-7 du code civil, imposent, en l'état de la loi française, d'exclure tout effet à une convention de gestation pour autrui, dite de mère porteuse.

Au vu de ces considérations, il convient de débouter les [requérants] de leurs demandes principales visant à voir ordonner la transcription du certificat de notoriété établissant la possession d'état d'enfant de Juliette à l'égard de Monsieur et Madame Labassee.

En ce qui concerne la demande subsidiaire de Monsieur Labassee visant à voir constater que le lien de filiation existant entre lui et Juliette est établi par la possession d'état, il convient de relever, comme retenu ci-avant, que la possession d'état d'enfant de Juliette à l'égard de Monsieur Labassee résulte d'une convention de gestation pour autrui, atteinte d'une nullité absolue, et qu'elle ne peut donc produire aucun effet.

Dans ces conditions, la possession d'état de Monsieur Labassee est viciée et sa demande doit être également rejetée pour les mêmes motifs que ceux ci-avant exposés (...) »

E. L'arrêt de la Cour de cassation, du 6 avril 2011

16. Les requérants se pourvurent en cassation, faisant notamment valoir une méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant – au sens de l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant – et une violation de l'article 8 de la Convention.

17. Le 6 avril 2011, la Cour de cassation (première chambre civile), rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français ;

Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit, qu'en l'état de la convention du 29 octobre 2000 portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la possession d'état de [la troisième requérante] à l'égard [des premiers requérants] ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ; qu'une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'État du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les [premier requérants] en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention (...), non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant (...). »

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Dispositions de droit civil

18. L'article 18 du code civil est rédigé comme il suit :

« Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. »

19. Les articles 16-7 et 16-9 du code civil (créés par loi n° 94-653 du 29 juillet 1994) sont ainsi libellés :

Article 16-7

« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

Article 16-9

« Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

20. À la date de la naissance de la troisième requérante (le 27 octobre 2001) et jusqu'au 27 novembre 2003, l'article 47 du code civil prévoyait que « tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ». La Cour de cassation avait toutefois précisé que « les actes de l'état civil ne font foi des faits qui ont été déclarés à l'officier de l'état civil que jusqu'à la preuve du contraire » (Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1986 : Bulletin 1986 I, n° 258, p. 247).

Dans sa version en vigueur du 27 novembre 2003 au 15 novembre 2006, l'article 47 du code civil était rédigé comme il suit :

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

En cas de doute, l'administration, saisie d'une demande d'établissement, de transcription ou de délivrance d'un acte ou d'un titre, sursoit à la demande et informe l'intéressé qu'il peut, dans un délai de deux mois, saisir le procureur de la République de Nantes pour qu'il soit procédé à la vérification de l'authenticité de l'acte.

S'il estime sans fondement la demande de vérification qui lui est faite, le procureur de la République en avise l'intéressé et l'administration dans le délai d'un mois.

S'il partage les doutes de l'administration, le procureur de la République de Nantes fait procéder, dans un délai qui ne peut excéder six mois, renouvelable une fois pour les nécessités de l'enquête, à toutes investigations utiles, notamment en saisissant les autorités consulaires compétentes. Il informe l'intéressé et l'administration du résultat de l'enquête dans les meilleurs délais.

Au vu des résultats des investigations menées, le procureur de la République peut saisir le tribunal de grande instance de Nantes pour qu'il statue sur la validité de l'acte

après avoir, le cas échéant, ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

21. Il résulte des articles 319 et 320 du code civil, dans leur version applicable en l'espèce, que la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil et qu'à défaut, la possession d'état d'enfant légitime suffit.

22. L'article 311-3 du code civil (abrogé en 2006) était ainsi rédigé :

« Les parents ou l'enfant peuvent demander au juge des tutelles que leur soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72 du présent code, un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire ;

Sans préjudice de tous autres moyens de preuve auxquels ils pourraient recourir pour en établir l'existence en justice, si elle venait à être contestée.

Le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant. »

B. Disposition de droit pénal

23. Les articles 227-12 et 227-13 du code pénal disposent :

Article 227-12

« (...) Est puni [d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende] le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative (...) est punie des mêmes peines. »

Article 227-13

« La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La tentative est punie des mêmes peines. »

C. Jurisprudence de la Cour de cassation

24. La Cour de cassation considère que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes (Cass. ass. plén. 31 mai 1991 : Bulletin 1991 A.P., n° 4, p. 5 ; dans cette affaire, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant). Cette position fait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant issu d'une telle convention et la femme qui l'a recueilli à sa naissance et qui l'élève, que ce soit, comme en l'espèce, par l'effet de la possession d'état

(Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011 ; pourvoi n° 09-17130), par le biais de la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger (Cass. 1^{ère} civ. 6 avril 2011 ; pourvoi n° 09-66486) ou par le biais de l'adoption (Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 : Bulletin 1994 I, n° 226, p. 165 ; dans cette affaire également, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant).

25. Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la transcription des actes de naissance d'enfants nés en Inde d'une gestation pour autrui, de mères indiennes et de pères français (Cass. 1^{ère} civ. ; pourvois n°s 12-18315 et 12-30138). Ces derniers, qui avaient préalablement reconnus les enfants en France, avaient vainement sollicité la transcription des actes de naissances établis en Inde. Dans l'un des cas, la cour d'appel avait ordonné la transcription au motif que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif qu'en l'état du droit positif, le refus de transcription est justifié « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des [articles 16-7 et 19-9 du code civil] » (la Cour de cassation a statué à l'identique le 19 mars 2014 dans une affaire similaire ; pourvoi n° 13-50005). Dans l'autre cas, la cour d'appel avait refusé d'ordonner la transcription, retenant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un contrat de gestation pour autrui prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, contraire à l'ordre public, le père ayant versé à la mère porteuse un salaire de 1 500 EUR. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi par le même motif que dans son autre arrêt. Elle a ajouté qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (...) ne sauraient être utilement invoqués ». Sur ce même fondement et après avoir souligné que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait annulé la reconnaissance de paternité.

D. La décision du juge des référés du Conseil d'État du 4 mai 2011

26. Par une décision du 4 mai 2011, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté un appel du ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes, dirigé contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon enjoignant de faire bénéficier des enfants nés en Inde

d'un père français et d'une mère indienne d'un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire français dans les meilleurs délais. Leur demande à cette fin avait été rejetée par les autorités au motif qu'elles soupçonnaient qu'ils étaient nés d'une gestation pour autrui.

Le juge des référés du Conseil d'État retient notamment que « la circonstance que la conception de ces enfants par [le père biologique français] et [la mère biologique indienne] aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant ».

E. La circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013

27. Le 25 janvier 2013, la garde des Sceaux, ministre de la Justice, a adressé aux procureurs généraux près les cours d'appel, au procureur près le tribunal supérieur d'appel, aux procureurs de la République et aux greffiers des tribunaux d'instance, la circulaire suivante :

« L'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

Vous veillerez, dans l'hypothèse où de telles demandes seraient formées, et sous réserve que les autres conditions soient remplies, à ce qu'il soit fait droit à celles-ci dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil selon lequel « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance sera fondé, après consultation du bureau de la nationalité, à refuser la délivrance d'un CNF.

J'appelle votre attention sur le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probantes au sens de l'article 47 précité.

Dans tous les cas, le bureau de la nationalité sera destinataire d'une copie du dossier et du certificat de nationalité française délivré ou du refus de délivrance opposé.

Vous veillerez, par ailleurs, à informer le bureau de la nationalité de toutes difficultés liées à l'application de la présente circulaire. »

III. L'ÉTUDE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA RÉVISION DES LOIS DE BIOÉTHIQUE

28. Dans une étude sur la révision des lois de bioéthique adoptée par son assemblée générale plénière le 9 avril 2009 (La documentation française, 2009), le Conseil d'État s'est notamment penché sur les questions que pose la gestation pour autrui. Abordant la problématique de la reconnaissance en droit français des enfants ainsi conçus, il a souligné ce qui suit (pp. 63-66) :

« (...)

La question de la reconnaissance en droit français des enfants nés de gestations pour autrui

Quel est le statut juridique des enfants nés, en France ou à l'étranger, d'une gestation pour autrui illégale mais dont les parents d'intention veulent faire reconnaître en France la filiation, notamment par la transcription à l'état civil des actes de naissance dressés sur place ? La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur une affaire où la Cour d'appel avait, à rebours de la plupart des décisions de juges du fond, reconnu la validité de la transcription des actes d'état civil dressés aux États-Unis. Mais si la Cour de cassation a cassé l'arrêt, c'est pour une raison de procédure et sans traiter le fond, de sorte que la question n'est toujours pas tranchée en jurisprudence (Première chambre civile, affaire 07-20 468, arrêt no 1285, 17 décembre 2008).

Les questions juridiques que cette situation pose sont sérieuses.

Dans la plupart des cas, les parents d'intention demandent la transcription sur les registres de l'état civil français des actes juridiques qui établissent leur lien de parenté dans le pays où a eu lieu la gestation pour autrui – il s'agit en général de la reconnaissance de l'enfant par le père et de l'adoption de ce même enfant par la mère d'intention.

La reconnaissance de la paternité du père, s'il a été donneur, ne soulève pas toujours de difficultés, quoique la jurisprudence, assez rare sur ces questions, ne soit pas clairement tranchée. Certains tribunaux considèrent en effet que, en se rendant à l'étranger pour y conclure une convention illégale en France, le couple contourne sciemment la loi française et que, par suite, en vertu du principe selon lequel « la fraude corrompt tout », la filiation paternelle doit être refusée. Dans d'autres cas, le père donneur a fait procéder à la transcription sans que le Parquet en ait demandé l'annulation. En pratique, le problème tient cependant principalement à la reconnaissance de la « mère d'intention », la Cour de cassation ayant interdit que l'enfant né d'une gestation pour autrui légale à l'étranger puisse faire l'objet d'une adoption plénière par la femme ou la compagne du père de l'enfant, lorsque la paternité de celui-ci est établie (arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991, cf. supra note no 31). Pour la Cour de cassation, la disposition d'ordre public que constitue l'article 16-7 du code civil prévoyant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », il existe une contrariété entre la loi étrangère et l'ordre public international français.

L'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins...), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire. En effet, l'article 47 du code civil reconnaît la force probante des actes

d'état civil dressés à l'étranger [Note de bas de page : Sauf s'il est établi qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; mais ce n'est pas ce qui est en jeu dans les situations dont nous parlons]. L'acte doit toutefois être traduit et, sous réserve de conventions contraires, être légalisé ou « apostillé » par les autorités compétentes.

Toutefois, dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie. Il convient de relever notamment qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation de l'enfant établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, lorsque celle-ci décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers.

À ce jour, la pratique du parquet de Nantes, qui connaît de ces situations, est de refuser les transcriptions demandées, au motif que celles-ci sont contraires à l'ordre public international français. Il existe, il est vrai, la notion « d'effet atténué de l'ordre public », à laquelle on peut recourir lorsqu'il s'agit de laisser perdurer en France les effets d'une situation fixée à l'étranger, mais cette notion ne trouve pas à s'appliquer pour des couples français qui se sont spécialement rendus à l'étranger pour y bénéficier de la gestation pour autrui, si l'on considère que l'article 16-7 du code civil est une loi de police relevant de l'ordre public absolu et, en tout état de cause, qu'il y a eu une fraude à la loi. La transcription devient alors interdite. Cette position du Parquet – qui, le cas échéant, procède à la transcription de l'acte étranger à la seule fin d'en demander l'annulation – est partagée par certaines juridictions du fond qui ont eu à se prononcer. Cependant, toutes ne vont pas dans ce sens : un récent arrêt du 25 octobre 2007 de la cour d'appel de Paris [Note de bas de page : Cassé pour motif de procédure par l'arrêt du 17 décembre 2008 de la Cour de cassation déjà cité], confirmant un jugement du tribunal de grande instance de Créteil, a considéré que, « l'intérêt supérieur de l'enfant », garanti par le droit international, justifiait que soit transcrite la filiation tant paternelle que maternelle.

Quelles pistes si l'on veut permettre d'assurer aux enfants une certaine sécurité de la filiation ?

Il a été proposé de dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite, dans l'esprit de l'évolution qui a été constatée pour les enfants adultérins. Dans ce dernier domaine, la loi a fini par reconnaître des droits, notamment successoraux, équivalents à ceux des autres enfants. Pour pallier les inconvénients résultant de l'absence de filiation des enfants issus de gestation pour autrui, la solution pourrait être d'admettre une sorte de « filiation putative » (en comparaison avec l'institution du mariage putatif admis par le droit français : en vertu de l'article 201 du code civil, un mariage déclaré nul peut malgré tout produire ses effets s'il a été contracté de bonne foi).

Il pourrait également être envisagé d'autoriser la transcription de la filiation paternelle et d'admettre une possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, impossible en l'état du droit. Cette solution permettrait au juge de contrôler l'adoption et de n'admettre celle-ci que si elle est dans l'intérêt de l'enfant. Cette solution pose toutefois un problème dans le cadre des couples non mariés, puisque l'adoption n'est pas permise au sein de tels couples : ainsi, un arrêt du 20 février 2007 de la Cour de cassation a annulé une décision admettant l'adoption de l'enfant par la compagne du père, au motif que cette adoption entraînait le transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante seule. Il en résulterait donc une différence selon le statut matrimonial du couple. En effet, l'adoptante non mariée serait alors

seule investie de l'autorité parentale (cf. articles 356 et 365 du code civil), à l'exclusion du père, et la question de l'héritage resterait entière.

Toutes ces solutions auraient cependant pour point commun de créer une profonde incohérence juridique par rapport à la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne. Elles conduiraient en effet à reconnaître des effets juridiques à une situation que le législateur a formellement interdite. En privant d'une partie de ses effets l'interdiction de la gestation pour autrui, on prendrait le risque de faciliter des pratiques jugées contraires au respect de la personne humaine, qu'il s'agisse de la mère gestatrice ou de l'enfant. Sur un plan autant juridique que symbolique, il paraît délicat de concilier le maintien de cet interdit en France et la reconnaissance de certains effets d'une gestation régulièrement conduite à l'étranger. En outre, admettre une forme de régularisation au bénéfice des couples ayant eu légalement recours à une gestation pour autrui à l'étranger sans autoriser la même pratique pour les « parents d'intention » qui auraient recouru illégalement à la gestation pour autrui en France, créerait une injustice entre les enfants élevés par des couples ayant eu les moyens de se rendre à l'étranger et les enfants élevés par ceux qui n'auraient pu le faire.

Des solutions ponctuelles peuvent cependant être imaginées dans le but de pallier les difficultés pratiques des familles, sans modifier les règles relatives à la filiation.

On pourrait ainsi permettre la transcription de la seule filiation paternelle, en considérant qu'il en va de l'intérêt de l'enfant que sa filiation soit reconnue à l'égard de son père biologique ; puis, à défaut de permettre la reconnaissance de la filiation maternelle, la mère d'intention pourrait bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale (article 377 du code civil). Dans ce cas, la mère pourrait bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale (comme peuvent en bénéficier certains tiers au regard du droit de la famille) sans que la filiation à son égard soit pour autant établie. Toutefois, de même que l'option précédente consistant à permettre une adoption par la mère, le recours à une délégation-partage de l'autorité parentale nécessite que l'on admette une possibilité d'établissement de la filiation paternelle (par la transcription de l'acte étranger, ou par la reconnaissance). Celle-ci ne devrait pas, malgré les incertitudes jurisprudentielles, créer de difficulté, puisqu'il existe un lien biologique entre l'enfant et le père, lequel se trouve dans une situation similaire à celle du père d'un enfant né hors mariage. La filiation paternelle paraît au Conseil d'État pouvoir être reconnue.

On pourrait enfin autoriser l'inscription en marge de l'acte de naissance de l'enfant d'une mention relative au jugement étranger qui a reconnu la mère d'intention comme mère, en prévoyant que cette inscription aurait pour seul effet d'éviter qu'en cas de décès de la mère, une procédure d'adoption plénière par un tiers puisse priver les parents de la mère d'intention de tout lien avec l'enfant (cette inscription aurait pour effet de permettre une adoption simple mais non plénière). »

IV. LE RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL « FILIATION, ORIGINES, PARENTALITE »

29. Dans le cadre de la préparation d'un « projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants », la ministre déléguée à la famille a chargé un groupe de travail « filiation, origines, parentalité » présidé par M^{me} Irène Théry, sociologue, directrice d'études à l'école des hautes études en sciences sociales, de préparer un rapport appréhendant les métamorphoses contemporaines de la

filiation et analysant la diversité de ses modalités d'établissement ainsi que les questions qu'elles soulèvent. Intitulé « filiation, origines, parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » et publié en avril 2014, ce rapport aborde notamment la question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Constatant que la jurisprudence de la Cour de cassation fait obstacle à une telle reconnaissance, il souligne que cela a des « implications particulièrement graves » pour l'enfant. Il relève notamment ce qui suit :

« Il est d'abord impossible à l'enfant d'obtenir un acte d'état civil français. Cela présente un inconvénient majeur pour l'enfant et ses parents. S'ils peuvent certes, en pratique, faire certaines utilisations de l'acte étranger, dès lors qu'il est légalisé ou apostillé, le risque réel est que cet acte soit rejeté ou contesté par les administrations, qui confrontés à un acte étranger, craignent systématiquement une fraude.

Inévitablement, même muni de cet acte étranger, les parents d'intention vont se trouver face à des difficultés concrètes majeures. Ils vont devoir obtenir pour l'enfant un titre de voyage et de séjour, puisque l'enfant n'a pas la nationalité française. Il existe certes des correctifs à cette solution introduits par le Conseil d'État et la Circulaire dite Taubira, mais il n'est pas certain que les solutions proposées demeurent, notamment eu égard à la dernière solution de la Cour de cassation qui n'admet plus que la filiation puisse être établie à l'égard du père biologique. Il est probable que les administrations n'admettent plus désormais que l'acte étranger prouve une filiation dont la validité risque d'être contestée en droit français puisque la Cour de cassation a estimé que la naissance est intervenue dans le cadre d'un processus frauduleux. Cette difficulté sera récurrente devant toutes les administrations, pour les inscriptions à l'école, ou encore la perception des prestations sociales. En outre, dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation. Pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention. »

Le rapport s'interroge également sur la compatibilité de la position de la Cour de cassation avec notamment l'article 8 la Convention et l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant, aux termes duquel, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Examinant ensuite les différentes solutions envisageables, le rapport formule la proposition suivante :

« Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention.

Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via

l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne. »

V. LES PRINCIPES ADOPTES PAR LE COMITE *AD HOC* D'EXPERTS SUR LES PROGRES DES SCIENCES BIOMEDICALES DU CONSEIL DE L'EUROPE

30. Le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique précité, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé :

« 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition:

- a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
- b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

VI. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

31. La Cour a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France : Andorre, l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, le Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

32. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre,

de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes) : en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui peut revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation : en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne.

33. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par l'*exequatur*, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil, ou d'établir juridiquement un tel lien par l'adoption. Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovaquie et de l'Ukraine. Cela semble également possible dans onze autres États où la gestation pour autrui est interdite ou n'est pas prévue par la loi : en Autriche, en Belgique, en Finlande, en Islande, en Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), à Malte, en Pologne, à Saint-Marin, en Suède, en Suisse et, éventuellement, au Luxembourg.

Cela semble en revanche exclu dans les onze États suivants : Andorre, l'Allemagne (sauf peut-être quant au lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

34. Les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils n'ont pas la possibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger entre les deux premiers d'entre eux et la troisième requérante, née à l'étranger d'une

gestation pour autrui. Ils invoquent l'article 8 de la Convention, aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

35. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. Sur la recevabilité

36. Bien que le Gouvernement ne conteste pas la recevabilité de la requête, la Cour se doit d'apporter certaines précisions sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

37. La Cour rappelle qu'en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille (voir *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 117, ainsi que les références qui y sont indiquées). Elle note que le Gouvernement ne déduit pas que cette condition n'est pas remplie en l'espèce du fait que le lien de filiation entre les premiers et la troisième requérante n'est pas reconnu en droit interne. Elle rappelle à cet égard qu'elle a conclu dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (22 avril 1997, §§ 36-37, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II) à l'existence de « liens familiaux *de facto* » caractérisant l'applicabilité de l'article 8, entre un enfant né par insémination artificielle avec donneur, le compagnon transsexuel de sa mère, qui se comportait comme un père depuis la naissance, et cette dernière. Elle a similairement reconnu l'existence d'une vie familiale de fait dans – notamment – l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, mêmes références) entre un enfant et sa mère adoptive alors que l'adoption n'était pas reconnue en droit interne. Ce qui importe à cette fin dans ce type de situations, c'est la réalité concrète de la relation entre les intéressés. Or il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents de la troisième requérante depuis sa naissance, et que tous les trois vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. Cela suffit pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet « vie familiale ».

38. La Cour a par ailleurs jugé que la « vie privée », au sens de cette même disposition, intègre quelquefois des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 34, CEDH 2002-I; voir aussi l'arrêt *Jäggi c. Suisse* (n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X), dans lequel la Cour a souligné que le

droit à l'identité fait partie intégrale de la notion de vie privée). Il en va ainsi de la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu, ce qu'illustrent les affaires dans lesquelles la Cour a examiné la question de la compatibilité avec le droit au respect de la vie privée de l'impossibilité de faire établir un lien juridique entre un enfant et un parent biologique et a souligné que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain (voir en particulier *Mikulić* précité, § 35). Comme dans les affaires de ce type, il y a une « relation directe » (*Mikulić* précité, § 36) entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation. L'article 8 trouve donc également à s'appliquer en l'espèce dans son volet « vie privée ».

39. Cela étant, la Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Relevant par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle la déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

40. Les requérants rappellent que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille. Ils ajoutent, se référant aux arrêts *Maire c. Portugal* (n° 48206/99, CEDH 2003-VII) et *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007), que les obligations que l'article 8 fait peser sur les États contractants en la matière doivent s'interpréter à la lumière de la convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

41. Ils indiquent qu'en raison du rejet de leur demande de transcription de l'acte de notoriété établissant la possession d'état de la troisième d'entre eux sur le registre de l'état civil français, cette dernière n'est pas un enfant légitime et se trouve dépourvue de filiation vis-à-vis de la deuxième d'entre eux, ceci pour des considérations tenant à la nullité de la convention de gestation pour autrui pourtant valable dans l'État où elle a été conclue. Ils considèrent que cette ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée et familiale n'est pas justifiée. Selon eux, quelle que soit la marge d'appréciation reconnue aux États, les juges nationaux ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8, ni refuser de reconnaître des liens familiaux qui préexistaient *de facto* et se dispenser d'un examen concret de la situation. Ils estiment de plus que la nullité de la convention de gestation pour autrui retenue par les juges

français ne constituait pas un « but légitime » susceptible de justifier qu'un enfant soit privé de sa filiation légitime avec ceux qui se comportent et sont regardés comme ses deux parents, et ne pouvait justifier la non reconnaissance de liens familiaux qui préexistaient non seulement *de facto* mais aussi – vu l'acte de naissance établi au Minnesota – *de jure*. Selon eux, le rejet de leur demande méconnaît l'intérêt supérieur de l'enfant à avoir une filiation conforme à la vérité juridique résultant tant de son acte de naissance que de sa vie privée et familiale réelle ainsi que le droit de l'enfant et de ses père et mère à avoir une vie familiale normale.

42. Dans leurs réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), les requérants indiquent qu'il résulte de l'article 311-14 du code civil que la loi applicable en matière de filiation est la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi de celle qui a accouché. Ils en déduisent que lorsque la mère porteuse est connue, elle doit être considérée comme étant la mère de l'enfant au sens de l'article 311-14, de sorte que l'établissement de la filiation est régi par la loi personnelle de cette dernière. Il s'agirait donc en l'espèce de la loi du Minnesota, en vertu de laquelle les premiers d'entre eux sont les parents de la troisième. Cependant, soulignent-ils, à cause de la jurisprudence de la Cour de cassation, aucun acte d'état civil français constatant cette filiation ne peut être établi. Or l'impossibilité de posséder des actes d'état civil français ou un livret de famille français sur lequel les enfants sont inscrits compliquerait significativement la vie des familles telles que la leur, la production de ces documents étant presque toujours exigée lors de l'accomplissement de démarches judiciaires ou administratives, dont la délivrance ou le renouvellement d'une carte nationale d'identité, la constitution d'un dossier d'allocations familiale, l'inscription des enfants sous le numéro de sécurité sociale de leurs parents et leur inscription à l'école. Les requérants précisent que, si les actes d'état civil étrangers sont théoriquement acceptés puisqu'ils font foi au titre de l'article 47 du code civil, ils doivent toutefois être traduits par un traducteur assermenté, ce qui a un coût, légalisés et – en principe – apostillés. En outre, du fait notamment de la multiplication des cas de falsifications, ils seraient de plus en plus souvent rejetés ou contestés par les administrations devant lesquelles ils sont produits. Par ailleurs, faute d'être nés en France et de pouvoir établir leur filiation en France à l'égard de parents français, les enfants concernés ne pourraient en principe être considéré comme français de naissance, étant observé que, dépourvue de force obligatoire et vraisemblablement contraire à la position de la Cour de cassation, la circulaire du 25 janvier 2013 ne changerait rien à ce constat. Plus largement, ils seraient privés en France des droits attachés à leurs filiations paternelle et maternelle, en matière successorale notamment, et leur situation au regard de l'autorité parentale serait problématique en cas de

séparation des parents ou de décès de l'un d'eux. Enfin, leur vie durant, ils se trouveraient privés du droit fondamental d'établir leur filiation.

b) Le Gouvernement

43. Le Gouvernement déclare ne pas contester que le refus de porter mention de l'acte de notoriété à l'état civil français est constitutif d'une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 de la Convention.

44. Il soutient que l'ingérence était « prévue par la loi », observant que les requérants ne le démentent pas.

45. Le Gouvernement expose ensuite que le refus de reconnaître la possession d'état était motivée par le fait que cela aurait donné effet à une convention de gestation pour autrui, formellement prohibée par une disposition interne d'ordre public et pénalement sanctionnée lorsqu'elle est pratiquée en France. Il en déduit que l'ingérence avait pour « buts légitimes » la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui.

46. Au chapitre de la proportionnalité, le Gouvernement expose que le refus de faire produire effet à une possession d'état pour l'établissement de l'affiliation sur les registres français de l'état civil n'empêche pas que l'acte d'état civil américain délivré à la naissance de la troisième requérante aux États-Unis produise tous ses effets en France. Ainsi, premièrement, des certificats de nationalité française sont délivrés sur le fondement de tels actes dès lors qu'il est établi que l'un des parents est français (à ce titre, le Gouvernement produit une copie de la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013) ; deuxièmement, les premier et deuxième requérants exercent pleinement l'autorité parentale sur la troisième requérante, sur le fondement des actes de l'état civil américain de cette dernière, ils ne font état d'aucune difficulté pour l'exercice quotidien de cette autorité, et le décès de l'un d'eux serait sans effet sur le bénéfice de l'autorité parentale dont l'autre parent jouit ; troisièmement, si un divorce devait survenir, le juge aux affaires familiales fixerait le lieu de résidence et les droits de visite des parents tels que ceux-ci sont désignés par l'acte d'état civil étranger ; quatrièmement, la preuve de la qualité d'héritier pouvant être apportée par tout moyen, la troisième requérante serait en mesure d'hériter des premiers requérants sur le fondement de son acte d'état civil américain dans les conditions du droit commun. Le Gouvernement s'interroge en conséquence sur la portée réelle de l'ingérence dans la vie familiale des requérants, cette ingérence étant réduite à l'impossibilité pour eux de se voir délivrer des actes d'état civil français.

47. Le Gouvernement insiste sur le fait que, soucieux de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur, exprimant la volonté générale du peuple français, a décidé de ne pas autoriser la gestation pour

autrui ; le juge interne en a dûment tiré les conséquences en refusant de lui donner effet en transcrivant la possession d'état dans l'état civil s'agissant d'individus nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit sciemment et impunément contournée et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

Le Gouvernement ajoute que, la gestation pour autrui étant un sujet d'ordre moral et éthique et en l'absence de consensus sur cette question parmi les États parties, il faut reconnaître à ces derniers une large marge d'appréciation dans ce domaine ainsi que dans la manière dont ils appréhendent les effets de la filiation établie dans ce contexte à l'étranger. Selon lui, vu cette large marge d'appréciation et le fait que la vie familiale des requérants se déroule de manière normale sur le fondement de l'état civil américain des enfants et que l'intérêt supérieur de ces derniers est préservé, l'ingérence dans l'exercice des droits que l'article 8 de la Convention leur garantit est proportionnée aux buts poursuivis, si bien qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

48. Dans ses réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), le Gouvernement indique que la loi applicable à l'établissement de la filiation de la troisième requérante est, selon l'article 311-14 du code civil, la loi personnelle de sa mère, soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1^{ère} 11 juin 1996, Bull. civ. n° 244), de celle qui l'a mise au monde ; il s'agit donc de la loi de la mère porteuse, c'est-à-dire en l'espèce, de la loi américaine ; or au regard de cette loi, les premiers requérants sont les parents de la troisième requérante, la deuxième requérante étant sa « mère légale ». Le Gouvernement ajoute que, dès lors qu'ils répondent aux prescriptions de l'article 47 du code civil et indépendamment de leur transcription, les actes de naissances étrangers produisent leurs effets sur le territoire français, notamment quant à la preuve de la filiation dont ils font état. Il précise que l'article 47 est applicable en l'espèce alors même qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que les conventions de gestation pour autrui sont nulles et d'une nullité d'ordre public et ne peuvent produire d'effet en droit français au regard de la filiation. En conséquence, l'article 18 du code civil – aux termes duquel est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français – s'applique dès lors que la preuve de l'existence du lien de filiation légalement établi est rapportée par la remise d'un acte de l'état civil étranger dont la force probante ne peut être contestée. Enfin, le Gouvernement indique que le premier requérant ne pourrait pas reconnaître en France la troisième requérante, la Cour de cassation ayant jugé le 13 septembre 2013 que la reconnaissance de paternité formée par un père d'intention à l'égard d'un enfant né d'un contrat de gestation pour autrui devait être annulé en raison de la fraude à la loi commise par son auteur en recourant à ce procédé.

2. *L'appréciation de la Cour*

a) **Sur l'existence d'une ingérence**

49. Il ressort des écrits des parties qu'elles s'accordent à considérer que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analyse en une « ingérence » dans leur droit au respect de leur vie familiale, et pose donc une question sous l'angle des obligations négatives de l'État défendeur au regard de l'article 8 plutôt que de ses obligations positives.

50. La Cour marque son accord. Elle rappelle que telle était son approche notamment dans les affaires *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, § 123) et *Negrepointis-Giannisis c. Grèce* (n° 56759/08, § 58, 3 mai 2011), qui concernaient le refus des juridictions luxembourgeoises et grecques de reconnaître juridiquement une adoption établie par des jugements étrangers. Elle précise que, comme dans ces affaires, il y a en l'espèce ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 non seulement dans son volet « vie familiale » mais aussi dans son volet « vie privée ».

51. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi (voir, par exemple, précités, *Wagner et J.M.W.L.*, § 124, et *Negrepointis-Giannisis*, § 61).

b) **Sur la justification de l'ingérence**

i. « Prévues par la loi »

52. La Cour prend acte du fait que les requérants ne contestent pas que l'ingérence litigieuse est prévue par la loi.

ii. Buts légitimes

53. La Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait en l'espèce d'assurer « la défense de l'ordre » et « la prévention des infractions pénales ». Elle constate en effet qu'il n'établit pas que le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale serait constitutif d'une infraction en droit français. Elle a du reste relevé à cet égard dans l'affaire *Menesson* précitée (voir l'arrêt, § 61), dans laquelle une information avait été ouverte à l'encontre de parents d'intention qui avaient eu recours à une gestation pour autrui aux États-Unis pour « entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui » et « simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants », que le juge d'instruction avait conclu au non-lieu, au motif que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement

répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire français.

54. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 28 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

iii. « Nécessaire », « dans une société démocratique »

α. Considérations générales

55. La Cour note que le Gouvernement soutient que, dans le domaine en litige, les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation importante pour décider ce qui est « nécessaire », « dans une société démocratique ».

56. La Cour rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, *Wagner et J.M.W.L.* et *Negrepontis-Giannis*, précités, § 128 et § 69 respectivement). Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte (voir en particulier, *S.H.* précité, § 94).

57. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Il ressort en effet de la recherche de droit comparé à laquelle elle a procédé que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-cinq États membres du Conseil de l'Europe – autres que la France – étudiés ; dans dix, soit elle est interdite en vertu de dispositions générales ou non tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; elle est en revanche expressément autorisée dans sept et

semble tolérée dans quatre. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible d'obtenir la reconnaissance ou l'établissement juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger. Cela semble également possible dans onze autres de ces États (dont un dans lequel cette possibilité ne vaut peut-être que pour le lien de filiation paternel lorsque le père d'intention est le père biologique), mais exclu dans les onze restants (sauf peut-être la possibilité dans l'un d'eux d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique) (paragraphe 31-33 ci-dessus).

58. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

59. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce.

60. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, *mutatis mutandis*, *S.H. et autres*, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, *Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134, et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008).

61. En l'espèce, la Cour de cassation a constaté qu'en droit positif français, il était contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, « principe essentiel du droit français », de faire produire effet à une convention de gestation pour le compte d'autrui, et qu'une telle convention était nulle d'une nullité d'ordre public. Elle a ensuite jugé que ce principe faisait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français (paragraphe 17 ci-dessus).

62. L'impossibilité pour les requérants de voir reconnaître en droit français le lien de filiation entre les premiers et la troisième d'entre eux est donc, selon la Cour de cassation, un effet du choix d'éthique du législateur

français d'interdire la gestation pour autrui. Le Gouvernement souligne à cet égard que le juge interne a dûment tiré les conséquences de ce choix en retenant que la possession d'état ne pouvait être invoquée pour établir en France la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Selon lui, le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

63. La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur de l'enfant – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.

64. Elle note à cet égard, que la Cour de cassation a jugé que le fait que la possession d'état de la troisième requérante à l'égard des premiers requérants ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ne portait atteinte ni à son droit au respect de sa vie privée et familiale ni à son intérêt supérieur en tant qu'enfant, dès lors que cela ne la privait pas de la filiation maternelle et paternelle que le droit du Minnesota lui reconnaît et ne l'empêchait pas de vivre en France avec les premiers requérants (paragraphe 17 ci-dessus).

65. La Cour estime qu'il faut en l'espèce distinguer le droit des requérants au respect de leur vie familiale, d'une part, et le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée, d'autre part.

β. Sur le droit des requérants au respect de leur vie familiale

66. S'agissant du premier point, la Cour considère que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et la troisième d'entre eux affecte nécessairement leur vie familiale. Elle note à ce titre que, dans son rapport de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a souligné que, « dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie » (paragraphe 28 ci-dessus).

67. Ainsi, ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés dans le

contexte de la constitution d'un dossier d'allocations familiale, de l'inscription des enfants sous le numéro de sécurité sociale de leurs parents et de leur inscription à l'école.

68. Par ailleurs, le fait qu'en droit français, la troisième requérante n'a de lien de filiation ni avec le premier requérant ni avec la deuxième requérante, a pour conséquence, du moins à ce jour, qu'elle ne s'est pas vue reconnaître la nationalité française. Cette circonstance est de nature à compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes – fussent-elles infondées, comme l'affirme le Gouvernement – quant au droit de séjour de la troisième requérante en France après sa majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. Le Gouvernement soutient qu'eu égard notamment à la circulaire de la garde de Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013 (paragraphe 27 ci-dessus), la troisième requérante peut obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du code civil, qui dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français », en produisant son acte de naissance américain.

69. La Cour note cependant que des interrogations subsistent quant à cette possibilité.

En premier lieu, elle observe qu'aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or elle constate que la détermination juridique des parents est précisément au cœur de la requête qui lui est soumise. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française de la troisième requérante.

En second lieu, la Cour note que le Gouvernement tire argument de l'article 47 du code civil. Ce texte précise que les actes d'état civil établis à l'étranger et rédigés dans les formes utilisées dans les pays concernés font foi « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Se pose donc la question de savoir si un tel cas d'exclusion est constitué lorsque, comme en l'espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une gestation pour autrui obtenue à l'étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu'invité par le Président à répondre à cette question et à préciser s'il existait un risque qu'un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le Gouvernement n'a fourni aucune indication. Du reste, la Cour a constaté dans l'arrêt *Menesson* précité que la demande déposée à cette fin dans cette affaire le 16 avril 2013 au greffe du tribunal d'instance de Paris était toujours sans effet onze mois plus tard : le greffier en chef a indiqué le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014 qu'elle était « en cours », « en attente

du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles » (voir l'arrêt *Menesson*, § 90).

70. À cela s'ajoutent des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale entre la deuxième requérante et la troisième requérante en cas de décès du premier requérant ou de séparation du couple.

71. Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et la troisième d'entre eux (voir, *mutatis mutandis*, *X, Y et Z* précité, § 48). Or elle note que les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les trois en France peu de temps après la naissance de la troisième requérante, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir, *mutatis mutandis*, *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, § 49-50 et 56, 21 décembre 2010).

72. La Cour observe en outre que pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation a souligné que le fait que la possession d'état de la troisième requérante à l'égard des premiers requérants ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ne l'empêchait pas de vivre avec les premiers requérants en France (paragraphe 17 ci-dessus). La Cour en déduit qu'en l'espèce, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (arrêt précité, § 135), les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention

73. Ainsi, au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et la troisième d'entre eux sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

74. Il reste à déterminer s'il en va de même s'agissant du droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée.

γ. Sur le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée

75. Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 38 ci-dessus) ; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 59 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, la troisième requérante se trouve à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit du Minnesota, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte puis de faire produire effet à la possession d'état, manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elle a été identifiée ailleurs comme étant l'enfant des premiers requérants, lui nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à l'identité de la troisième requérante au sein de la société française.

76. Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes (*Genovese c. Malte*, n° 53124/09, § 33, 11 octobre 2011). Or, comme la Cour l'a relevé précédemment, bien que son père biologique soit français, la troisième requérante est confrontée à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (paragraphe 18 ci-dessus). Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de sa propre identité.

77. La Cour constate en outre que le fait pour la troisième requérante de ne pas être identifiée en droit français comme étant l'enfant des premiers requérants a des conséquences sur ses droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (paragraphe 28 ci-dessus), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés.

78. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 54 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce

qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

79. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jaggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre la troisième requérante et son père biologique n'a pas été admis à l'occasion des demandes de transcription de l'acte de naissance et de l'acte de notoriété, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

80. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée a été méconnu.

c) Conclusion générale

81. Il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Il y a en revanche eu violation de cette disposition s'agissant du droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

82. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

83. Les requérants réclament chacun 30 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'ils auraient subi.

84. Le Gouvernement estime qu'un constat de violation constituerait une réparation suffisante du préjudice moral.

85. La Cour rappelle qu'elle a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention dans le chef de la troisième requérante uniquement. Cela étant, elle considère qu'il y a lieu d'octroyer à cette dernière 5 000 EUR au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

86. Les requérants demandent 10 658 EUR au titre de leurs frais et dépens : 1 196 EUR correspondent à ceux qu'ils ont engagés devant la Cour (ils produisent une facture d'honoraires datée du 26 mai 2011 mentionnant ce montant) ; 5 000 EUR correspondent aux honoraires qu'ils ont payés à l'avocat américain qui les représentait devant le tribunal de l'État du Minnesota puis devant l'administration américaine pour l'obtention de l'acte de naissance et du passeport américains de la troisième d'entre eux (ils produisent deux factures, datées des 23 novembre et 23 décembre 2001, portant sur un montant total de 6 040,38 USD).

Le reste, correspond à leurs frais et dépens devant les juridictions françaises. Ils produisent à cet égard des demandes de provisions émanant de l'avocat qui les représentait en première instance et en appel qui, datées des 6 décembre 2003, 10 avril, 23 juillet et 26 octobre 2004, et 26 septembre et 18 décembre 2005, font respectivement mention des montants suivants : 150 EUR, 100 EUR, 150 EUR, 600 EUR, 300 EUR et 300 EUR. S'y ajoutent cinq demandes de provisions pour un montant total de 1 200 EUR qui ne sont pas datées mais qui se réfèrent à la procédure au fond ou, pour l'une, en cassation. S'y ajoute également un état de frais d'appel adressé le 18 septembre 2009 par un avoué à leur avocat, indiquant la somme de 911,83 EUR, une facture d'honoraire de 2 392 EUR datée du 30 octobre 2009 relatifs au frais et honoraires du pourvoi et la copie d'un chèque de 750 EUR libellé le 25 janvier 2010 à l'ordre de leur avocat aux Conseils.

87. Le Gouvernement estime que, dénuée de lien avec le redressement de la violation alléguée de la Convention, la demande des requérants relative aux frais et dépens qu'ils ont engagés aux États-Unis doit être rejetée. S'agissant des frais d'avoué, il observe que les requérants se bornent à produire une facture adressée à leur avocat ; il en déduit qu'ils ne démontrent pas les avoir payés. Il note aussi que la facture d'honoraire du 30 octobre 2009 est dépourvue de tout élément permettant d'identifier son émetteur, et considère que les demandes au titre du recours introduit devant le tribunal de grande instance et du pourvoi en cassation ne sont justifiées par aucune pièce. Selon lui, seuls les frais correspondant à la procédure devant la Cour – soit 1 196 EUR – sont dûment établis.

88. La Cour rappelle que lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder au requérant le remboursement des frais et dépens qu'il a engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation en sus de ceux relatifs à la procédure devant elle (*Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 159, CEDH 2010). Il faut cependant que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*ibidem*).

Il convient en l'espèce de rejeter les prétentions des requérants pour autant qu'elles concernent la procédure qu'ils ont conduite aux États-Unis qui, manifestement, ne visait pas à prévenir ou redresser la violation de la Convention dont la Cour a fait le constat. Pour le reste, la Cour observe que, si les documents produits par les requérants ne permettent pas de comprendre complètement comment ils parviennent au montant total qu'ils réclament, ils établissent la réalité des honoraires dont les requérants font état relativement à la procédure devant la Cour et d'une partie au moins de ceux encourus devant les juridictions du fond. Au vu de ces documents et prenant en compte les deux autres critères rappelés ci-dessus, la Cour alloue 4 000 EUR aux requérants pour frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

89. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Déclare* la requête recevable ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée ;
4. *Dit*
 - a) que l'État défendeur doit verser dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
 - i) à la troisième requérante, 5 000 EUR (cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
 - ii) aux requérants, 4 000 EUR (quatre mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour frais et dépens ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 juin 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek
Greffière

Mark Villiger
Président



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

AFFAIRE MENNESSON c. FRANCE

(Requête n° 65192/11)

ARRÊT

STRASBOURG

26 juin 2014

DÉFINITIF

26/09/2014

Cet arrêt est devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.



En l'affaire Mennesson c. France,

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Mark Villiger, *président*,
Angelika Nußberger,
Boštjan M. Zupančič,
Ganna Yudkivska,
Vincent A. De Gaetano,
André Potocki,
Aleš Pejchal, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 10 juin 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 65192/11) dirigée contre la République française et dont deux ressortissants français, M. Dominique Mennesson (« le premier requérant ») et M^{me} Sylvie Mennesson (« la deuxième requérante ») (« les premiers requérants »), et deux ressortissantes américaines, M^{lles} Valentina et Fiorella Mennesson (« les troisième et quatrième requérantes »), ont saisi la Cour le 6 octobre 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés devant la Cour par M^e Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le 12 février 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement et le président de la section a décidé qu'il serait procédé simultanément à son instruction et à celle de la requête *Labassee c. France* (n° 65941/11).

4. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

5. Le 10 octobre 2013, le président de la section a décidé, en vertu de l'article 54 § 2 a) du règlement, de poser des questions complémentaires aux requérants et au Gouvernement, qui y ont répondu les 19 et 21 novembre 2013 respectivement.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les premiers requérants sont nés en 1965 et 1955 respectivement. Les troisième et quatrième requérantes sont nées en 2000. Ils résident à Maisons-Alfort.

A. La naissance des troisième et quatrième requérantes

7. Mari et femme, les premiers requérants n'ont pu mener à bien leur projet de parentalité en raison de l'infertilité de la deuxième requérante.

8. Après avoir vainement fait des tentatives de fécondation *in vitro* avec leurs propres gamètes, les premiers requérants décidèrent d'avoir recours à la fécondation *in vitro* avec les gamètes du premier requérant et un ovule issu d'un don, en vue de l'implantation des embryons fécondés dans l'utérus d'une autre femme. Pour ce faire, ils se rendirent en Californie, où ces modalités sont prévues par la loi, et conclurent une convention de gestation pour autrui.

Les requérants précisent que, conformément au droit californien, la « mère-porteuse » n'était pas rémunérée mais seulement défrayée. Ils ajoutent que, mariée à un cadre et cadre elle-même, elle disposait de ressources bien supérieures aux leurs, et qu'elle agissait par solidarité.

9. Une grossesse gémellaire fut constatée le 1^{er} mars 2000 et, par un jugement du 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie, saisie conjointement par les premiers requérants, la mère porteuse et l'époux de celle-ci, décréta que tout enfant qui serait mis au monde par celle-ci dans les quatre mois aurait le premier requérant pour « père génétique » et la deuxième requérante pour « mère légale ». Le jugement précise les mentions devant figurer sur l'acte de naissance, indiquant notamment que les premiers requérants devaient être enregistrés comme père et mère.

10. Des jumelles – les troisième et quatrième requérantes – naquirent le 25 octobre 2000, et les actes de naissance furent établis comme indiqué ci-dessus.

B. Le refus du consulat français de transcrire les actes de naissance

11. Au début du mois de novembre 2000, le premier requérant se rendit au consulat français de Los Angeles en vue de la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français et de l'inscription des enfants sur son passeport afin de pouvoir rentrer en France avec elles.

12. Les requérants indiquent que cette procédure avait été suivie avec succès par bon nombre de couples français dans leur situation. Les services

consulaires opposèrent cependant un refus au premier requérant, faute pour lui de pouvoir établir l'accouchement de la deuxième requérante. Suspectant un cas de gestation pour autrui, ils transmirent le dossier au Parquet de Nantes.

C. L'instruction conduite contre les premiers requérants

13. L'administration fédérale américaine ayant délivré aux jumelles des passeports américains sur lesquels les premiers requérants sont désignés comme étant leurs parents, ils purent rentrer tous les quatre en France en novembre 2000.

14. En décembre 2000, une enquête préliminaire fut diligentée à l'initiative du parquet.

15. En mai 2001, une information fut ouverte, contre X, du chef d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui et, contre les premiers requérants, du chef de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants.

16. Le 30 septembre 2004, conformément au réquisitoire du procureur de la République de Créteil, le juge d'instruction rendit une ordonnance de non-lieu : il considéra que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire national.

D. La procédure devant les juridictions civiles

17. Entre-temps, le 25 novembre 2002, sur les instructions du Parquet, les actes de naissance des troisième et quatrième requérantes avaient été retranscrits sur les registres du service central d'état civil à Nantes par le consulat de France à Los Angeles.

18. Cependant, le 16 mai 2003, le procureur de la République de Créteil assigna les premiers requérants devant le tribunal de grande instance de Créteil aux fins de voir annuler cette transcription et ordonner la transcription du jugement en marge des actes annulés. Il soulignait que la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance est nulle car elle contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. Il en déduisait que, contraire à la conception française de l'ordre public international et à l'ordre public français, le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 ne pouvait être exécuté en France, et l'autorité des actes d'état civil établis sur son fondement ne pouvait être reconnue en France.

1. Le jugement du tribunal de grande instance de Créteil du 13 décembre 2005, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 et l'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008

19. Par un jugement du 13 décembre 2005, le tribunal de grande instance de Créteil déclara l'action irrecevable. Il constata que le procureur de la République était « seul à l'origine de la transcription effectuée, qu'il n'[avait] opérée que dans le but désormais avoué d'introduire la présente action en annulation ». Il en déduisit que le procureur ne pouvait « être considéré comme recevable à invoquer un ordre public qu'il [avait] lui-même troublé, alors que les dispositions de l'article 47 du code civil dont il se [prévalait] lui permettaient de procéder à tout contrôle de régularité des actes et de refuser toute demande de transcription tendant à leur conférer opposabilité en France ».

20. Saisie par le ministère public, la cour d'appel de Paris confirma ce jugement, par un arrêt du 13 décembre 2005. Elle jugea pareillement que le ministère public était irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes. Elle procéda toutefois à une substitution de motifs. Elle retint en effet à cet égard que les énonciations de ces actes étaient exactes au regard du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000, et que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité à la France de ce jugement ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usités dans cet État.

21. Le 17 décembre 2008, la Cour de cassation (première chambre civile) cassa et annula cet arrêt au motif que le ministère public disposait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions dès lors qu'il ressortait des constatations de la cour d'appel que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui. Elle renvoya la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

2. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010

22. Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, infirmant le jugement déféré, annula la transcription des actes de naissance et ordonna la transcription de l'arrêt en marge des actes de naissance annulés.

23. Sur la recevabilité de l'action du ministère public, la cour d'appel considéra notamment qu'il ne pouvait être sérieusement prétendu que le ministère public avait troublé l'ordre public ou porté atteinte à la paix des familles en sollicitant l'annulation d'une transcription qu'il avait lui-même ordonnée, l'objectif étant de faire échec aux conséquences d'un état civil étranger qu'il estimait contraire à l'ordre public français ou de se prémunir contre une action en transcription.

24. Sur le fond, la cour d'appel statua comme il suit :

« (...) Considérant que les actes de naissance ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie qui a déclaré [le premier requérant] père génétique et [la deuxième requérante] mère légale de tout enfant devant naître de [la mère-porteuse] entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000 ; que les actes d'état civil sont donc indissociables de la décision qui en constitue le soutien et dont l'efficacité demeure subordonnée à sa propre régularité internationale ;

Considérant que la reconnaissance, sur le territoire national, d'une décision rendue par une juridiction d'un État qui n'est lié à la France par aucune convention est soumise à trois conditions, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que [la mère-porteuse] a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes [du premier requérant] et d'une tierce personne et qui ont été remises aux [premiers requérants] ;

Considérant que, selon l'article 16-7 du code civil, dont les dispositions qui sont issues de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 et qui n'ont pas été modifiées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, sont d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code, toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; que, dès lors, l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international ; qu'en conséquence, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si une fraude à la loi a été réalisée, il y a lieu d'annuler la transcription, sur les registres du service central d'état civil français, des actes de naissance américains qui désignent [la deuxième requérante] comme mère des enfants et d'ordonner la transcription du présent arrêt en marge des actes de naissance annulés ;

Considérant que les [requérants], qui ne peuvent sérieusement prétendre ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, ne sont pas davantage fondés à soutenir qu'une telle mesure contrevient à des dispositions inscrites dans des conventions internationales et des textes de droit interne ; qu'en effet, les notions qu'ils invoquent, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sauraient permettre, en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider a posteriori un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif ; qu'en outre, l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des [premiers requérants] par le droit californien (...) ».

3. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011

25. Les requérants se pourvurent en cassation, faisant valoir, d'une part, une méconnaissance de l'intérêt supérieur des enfants – au sens de l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant – et de leur droit à se voir reconnaître une filiation stable, et, d'autre part, une violation de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention. Ils soutenaient par ailleurs que la décision étrangère reconnaissant la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant

régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, lequel ne se confond pas avec l'ordre public interne.

26. Lors de l'audience, qui eut lieu le 8 mars 2011, l'avocat général préconisa la cassation. Il exprima l'avis que l'ordre public international ne pouvait être opposé pour refuser à un droit régulièrement acquis à l'étranger ou une décision étrangère régulièrement prononcée par une juridiction étrangère de produire en France les effets juridiques qui en dérivent lorsqu'un tel refus a pour conséquence de porter atteinte à un principe, une liberté ou un droit garanti par une convention internationale ratifiée par la France.

En particulier, il releva que, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007), la Cour avait, sur le terrain de l'article 8 de la Convention, tenu compte d'une « vie familiale effective » et de « liens familiaux existant *de facto* » entre une luxembourgeoise célibataire et l'enfant qu'elle avait adoptée au Pérou, sans attacher aucune importance au fait que la première était allée chercher à l'étranger un système juridique qui lui permettait d'obtenir ce que la loi de son pays d'origine lui refusait. Selon lui, transposé à la situation de l'espèce, cet élément permettait de penser que même obtenu au terme d'un contournement de la loi prohibitive nationale, un rapport juridique créé régulièrement à l'étranger ne peut se voir refuser de produire l'efficacité de droit qu'il engendre dès lors qu'il doit s'appliquer à une communauté familiale effective et permettre à celle-ci de s'organiser et de se développer dans des conditions normales au regard de l'article 8 de la Convention. Il constata en outre que les troisième et quatrième requérantes vivaient depuis dix ans en France et y « [étaient] élevées par des parents génétiques et d'intention dans le cadre d'une cellule familiale de fait où [elles recevaient] l'affection, les soins, l'éducation et le bien-être matériel nécessaires à leur développement », et que « cette communauté de vie effective et affective – tout à fait régulière au regard du droit étranger qui l'a[vait] vue naître – [était] frappée de clandestinité juridique », « les enfants n'[ayant] aucun état civil reconnu en France et aucun lien de filiation considéré comme valable au regard du droit français ». Posant la question de savoir si un tel état de choses portait atteinte à leur « droit à une vie familiale normale », l'avocat général souligna en réponse ce qui suit :

« (...) A ce stade, deux réponses sont envisageables : ou bien, hypothèse assez théorique et largement paradoxale, le refus de transcription ne tire pas à conséquence et n'apporte aucune gêne d'importance à la vie quotidienne de la famille, ce qui signifie que la transcription n'est qu'une simple formalité, et l'on ne voit pas alors quelle raison majeure s'oppose dans ces conditions à l'accueil d'actes d'effet juridique si ténu qu'on n'imagine pas qu'ils puissent en soi ébranler les assises de nos principes fondamentaux et troubler gravement l'ordre public (puisque les actes ne renferment intrinsèquement aucun indice révélateur sur la gestation).

Ou bien un tel refus perturbe durablement et significativement la vie de la famille qui est en France juridiquement coupée en deux – les époux français d'un côté, les enfants étrangers de l'autre – et se pose alors la question de savoir si notre ordre public international, même de proximité, peut tenir en échec le droit à une vie familiale au sens de l'article 8 [de la Convention] ou si, bien au contraire, un tel ordre public, dont les effets doivent s'apprécier de manière concrète tout comme ceux des droits ou décisions étrangères qu'il a pour objet d'écartier, ne doit pas s'effacer pour permettre à la norme conventionnelle d'être respectée.

Si l'on privilégie le deuxième terme de cette alternative au motif que les conventions internationales doivent primer sur un ordre public dont le support effectif est une norme de valeur législative, il n'en résulte pas nécessairement un effondrement automatique des barrières qu'élève ledit ordre public interne dans de telles occurrences. Tant que la Cour européenne ne s'est pas clairement prononcée sur la question de la licéité de la gestation pour autrui et laisse aux États le soin de légiférer à leur guise en ce domaine, on peut considérer que l'ordre public s'oppose à la validation, au nom du droit au respect de la vie familiale, de situations créées en contradiction avec la loi, à l'intérieur des pays qui les interdisent.

Mais lorsqu'il s'agit seulement de faire produire à de telles situations régulièrement acquises à l'étranger – fût-ce au prix de l'intention de s'affranchir des rigueurs d'une loi impérative – des effets juridiques sur le territoire de ceux-ci, rien ne s'oppose absolument à ce que l'ordre public international, même de proximité, s'efface pour permettre à des familles de mener une vie conforme aux conditions de droit dans lesquelles elles se sont constituées et aux conditions de fait dans lesquelles elles vivent désormais. Ajouté à cela que l'intérêt supérieur de l'enfant envisagé non plus sous l'angle de la convention de New York mais sous celui de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme qui en a fait une composante du respect de la vie familiale milite aussi en ce sens. C'est du moins l'enseignement que l'on peut tirer me semble-t-il de l'arrêt *Wagner* (...) ».

27. Le 6 avril 2011, la Cour de cassation (première chambre civile) rejeta cependant le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit que, dans la mesure où il donnait effet à une convention de cette nature, le jugement « américain » du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international, en sorte que les actes de naissance litigieux ayant été établis en application de cette décision, leur transcription sur les registres d'état civil français devait être annulée ; qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention (...), non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant (...) ».

4. *La demande de certificat de nationalité*

28. Le 16 avril 2013, le premier requérant déposa au greffe du tribunal d'instance de Paris une demande de délivrance d'un certificat de nationalité française au bénéfice des troisième et quatrième requérantes. Le greffier en chef lui adressa des récépissés datés des 31 octobre 2013 et 13 mars 2014, indiquant que cette demande « [était] toujours en cours dans [ses] services, en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles, Californie ».

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Dispositions de droit civil

29. L'article 18 du code civil est rédigé comme il suit :

« Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. »

30. Les articles 16-7 et 16-9 du code civil (créés par loi n° 94-653 du 29 juillet 1994) sont ainsi libellés :

Article 16-7

« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

Article 16-9

« Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

31. À la date de la naissance des troisième et quatrième requérantes (le 25 octobre 2000) et jusqu'au 27 novembre 2003, l'article 47 du code civil prévoyait que « tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ». La Cour de cassation avait toutefois précisé que « les actes de l'état civil ne font foi des faits qui ont été déclarés à l'officier de l'état civil que jusqu'à la preuve du contraire » (Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1986 : Bulletin 1986 I, n° 258, p. 247).

Dans sa version en vigueur du 27 novembre 2003 au 15 novembre 2006, l'article 47 du code civil était rédigé comme il suit :

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

En cas de doute, l'administration, saisie d'une demande d'établissement, de transcription ou de délivrance d'un acte ou d'un titre, sursoit à la demande et informe l'intéressé qu'il peut, dans un délai de deux mois, saisir le procureur de la République de Nantes pour qu'il soit procédé à la vérification de l'authenticité de l'acte.

S'il estime sans fondement la demande de vérification qui lui est faite, le procureur de la République en avise l'intéressé et l'administration dans le délai d'un mois.

S'il partage les doutes de l'administration, le procureur de la République de Nantes fait procéder, dans un délai qui ne peut excéder six mois, renouvelable une fois pour les nécessités de l'enquête, à toutes investigations utiles, notamment en saisissant les autorités consulaires compétentes. Il informe l'intéressé et l'administration du résultat de l'enquête dans les meilleurs délais.

Au vu des résultats des investigations menées, le procureur de la République peut saisir le tribunal de grande instance de Nantes pour qu'il statue sur la validité de l'acte après avoir, le cas échéant, ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

B. Dispositions de droit pénal

32. Les articles 227-12 et 227-13 du code pénal disposent :

Article 227-12

« (...) Est puni [d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende] le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative (...) est punie des mêmes peines. »

Article 227-13

« La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La tentative est punie des mêmes peines. »

C. La Jurisprudence de la Cour de cassation

33. La Cour de cassation considère que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes (Cass. ass. plén. 31 mai 1991 : Bulletin 1991 A.P., n° 4, p. 5 ; dans cette affaire, la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant). Cette position fait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant issu d'une telle convention et la femme qui l'a recueilli à sa naissance et qui l'élève, que ce soit par le biais, comme en l'espèce, de la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger, par le biais de l'adoption (Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 : Bulletin 1994 I, n° 226, p. 164 ; dans cette affaire également,

la mère porteuse était la mère biologique de l'enfant), ou par l'effet de la possession d'état (Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011 : pourvoi n° 09-17130).

34. Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la transcription des actes de naissance d'enfants nés en Inde d'une gestation pour autrui, de mères indiennes et de pères français (Cass. 1^{ère} civ. ; pourvois n^{os} 12-18315 et 12-30138). Ces derniers, qui avaient préalablement reconnus les enfants en France, avaient vainement sollicité la transcription des actes de naissances établis en Inde. Dans l'un des cas, la cour d'appel avait ordonné la transcription au motif que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif qu'en l'état du droit positif, le refus de transcription est justifié « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des [articles 16-7 et 19-9 du code civil] » (la Cour de Cassation a statué à l'identique le 19 mars 2014 dans une affaire similaire ; pourvoi n° 13-50005). Dans l'autre cas, la cour d'appel avait refusé d'ordonner la transcription, retenant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un contrat de gestation pour autrui prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, contraire à l'ordre public, le père ayant versé à la mère porteuse un salaire de 1 500 EUR. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi par le même motif que dans son autre arrêt. Elle a ajouté qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (...) ne sauraient être utilement invoqués ». Sur ce même fondement et après avoir souligné que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait annulé la reconnaissance de paternité.

D. La décision du juge des référés du Conseil d'État du 4 mai 2011

35. Par une décision du 4 mai 2011, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté un appel du ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes, dirigé contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon enjoignant de faire bénéficiaire des enfants nés en Inde d'un père français et d'une mère indienne d'un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire français dans les meilleurs délais. Leur demande à cette fin avait été rejetée par les autorités au motif qu'elles soupçonnaient qu'ils étaient nés d'une gestation pour autrui.

Le juge des référés du Conseil d'État retient notamment que « la circonstance que la conception de ces enfants par [le père biologique français] et [la mère biologique indienne] aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant ».

E. La circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013

36. Le 25 janvier 2013, la garde des Sceaux, ministre de la Justice, a adressé aux procureurs généraux près les cours d'appel, au procureur près le tribunal supérieur d'appel, aux procureurs de la République et aux greffiers des tribunaux d'instance, la circulaire suivante :

« L'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

Vous veillerez, dans l'hypothèse où de telles demandes seraient formées, et sous réserve que les autres conditions soient remplies, à ce qu'il soit fait droit à celles-ci dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil selon lequel « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance sera fondé, après consultation du bureau de la nationalité, à refuser la délivrance d'un CNF.

J'appelle votre attention sur le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probantes au sens de l'article 47 précité.

Dans tous les cas, le bureau de la nationalité sera destinataire d'une copie du dossier et du certificat de nationalité française délivré ou du refus de délivrance opposé.

Vous veillerez, par ailleurs, à informer le bureau de la nationalité de toutes difficultés liées à l'application de la présente circulaire. »

III. L'ÉTUDE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA RÉVISION DES LOIS DE BIOÉTHIQUE

37. Dans une étude sur la révision des lois de bioéthique adoptée par son assemblée générale plénière le 9 avril 2009 (La documentation française, 2009), le Conseil d'État s'est notamment penché sur les questions que pose la gestation pour autrui. Abordant la problématique de la reconnaissance en droit français des enfants ainsi conçus, il a souligné ce qui suit (pp. 63-66) :

« (...)

La question de la reconnaissance en droit français des enfants nés de gestations pour autrui

Quel est le statut juridique des enfants nés, en France ou à l'étranger, d'une gestation pour autrui illégale mais dont les parents d'intention veulent faire reconnaître en France la filiation, notamment par la transcription à l'état civil des actes de naissance dressés sur place ? La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur une affaire où la Cour d'appel avait, à rebours de la plupart des décisions de juges du fond, reconnu la validité de la transcription des actes d'état civil dressés aux États-Unis. Mais si la Cour de cassation a cassé l'arrêt, c'est pour une raison de procédure et sans traiter le fond, de sorte que la question n'est toujours pas tranchée en jurisprudence (Première chambre civile, affaire 07-20 468, arrêt no 1285, 17 décembre 2008).

Les questions juridiques que cette situation pose sont sérieuses.

Dans la plupart des cas, les parents d'intention demandent la transcription sur les registres de l'état civil français des actes juridiques qui établissent leur lien de parenté dans le pays où a eu lieu la gestation pour autrui – il s'agit en général de la reconnaissance de l'enfant par le père et de l'adoption de ce même enfant par la mère d'intention.

La reconnaissance de la paternité du père, s'il a été donneur, ne soulève pas toujours de difficultés, quoique la jurisprudence, assez rare sur ces questions, ne soit pas clairement tranchée. Certains tribunaux considèrent en effet que, en se rendant à l'étranger pour y conclure une convention illégale en France, le couple contourne sciemment la loi française et que, par suite, en vertu du principe selon lequel « la fraude corrompt tout », la filiation paternelle doit être refusée. Dans d'autres cas, le père donneur a fait procéder à la transcription sans que le Parquet en ait demandé l'annulation. En pratique, le problème tient cependant principalement à la reconnaissance de la « mère d'intention », la Cour de cassation ayant interdit que l'enfant né d'une gestation pour autrui légale à l'étranger puisse faire l'objet d'une adoption plénière par la femme ou la compagne du père de l'enfant, lorsque la paternité de celui-ci est établie (arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991, cf. supra note no 31). Pour la Cour de cassation, la disposition d'ordre public que constitue l'article 16-7 du code civil prévoyant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », il existe une contrariété entre la loi étrangère et l'ordre public international français.

L'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins...), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire. En effet, l'article 47 du code civil reconnaît la force probante des actes

d'état civil dressés à l'étranger [Note de bas de page : Sauf s'il est établi qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; mais ce n'est pas ce qui est en jeu dans les situations dont nous parlons]. L'acte doit toutefois être traduit et, sous réserve de conventions contraires, être légalisé ou « apostillé » par les autorités compétentes.

Toutefois, dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie. Il convient de relever notamment qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation de l'enfant établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, lorsque celle-ci décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers.

À ce jour, la pratique du parquet de Nantes, qui connaît de ces situations, est de refuser les transcriptions demandées, au motif que celles-ci sont contraires à l'ordre public international français. Il existe, il est vrai, la notion « d'effet atténué de l'ordre public », à laquelle on peut recourir lorsqu'il s'agit de laisser perdurer en France les effets d'une situation fixée à l'étranger, mais cette notion ne trouve pas à s'appliquer pour des couples français qui se sont spécialement rendus à l'étranger pour y bénéficier de la gestation pour autrui, si l'on considère que l'article 16-7 du code civil est une loi de police relevant de l'ordre public absolu et, en tout état de cause, qu'il y a eu une fraude à la loi. La transcription devient alors interdite. Cette position du Parquet – qui, le cas échéant, procède à la transcription de l'acte étranger à la seule fin d'en demander l'annulation – est partagée par certaines juridictions du fond qui ont eu à se prononcer. Cependant, toutes ne vont pas dans ce sens : un récent arrêt du 25 octobre 2007 de la cour d'appel de Paris [Note de bas de page : Cassé pour motif de procédure par l'arrêt du 17 décembre 2008 de la Cour de cassation déjà cité], confirmant un jugement du tribunal de grande instance de Créteil, a considéré que, « l'intérêt supérieur de l'enfant », garanti par le droit international, justifiait que soit transcrite la filiation tant paternelle que maternelle.

Quelles pistes si l'on veut permettre d'assurer aux enfants une certaine sécurité de la filiation ?

Il a été proposé de dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite, dans l'esprit de l'évolution qui a été constatée pour les enfants adultérins. Dans ce dernier domaine, la loi a fini par reconnaître des droits, notamment successoraux, équivalents à ceux des autres enfants. Pour pallier les inconvénients résultant de l'absence de filiation des enfants issus de gestation pour autrui, la solution pourrait être d'admettre une sorte de « filiation putative » (en comparaison avec l'institution du mariage putatif admis par le droit français : en vertu de l'article 201 du code civil, un mariage déclaré nul peut malgré tout produire ses effets s'il a été contracté de bonne foi).

Il pourrait également être envisagé d'autoriser la transcription de la filiation paternelle et d'admettre une possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, impossible en l'état du droit. Cette solution permettrait au juge de contrôler l'adoption et de n'admettre celle-ci que si elle est dans l'intérêt de l'enfant. Cette solution pose toutefois un problème dans le cadre des couples non mariés, puisque l'adoption n'est pas permise au sein de tels couples : ainsi, un arrêt du 20 février 2007 de la Cour de cassation a annulé une décision admettant l'adoption de l'enfant par la compagne du père, au motif que cette adoption entraînait le transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante seule. Il en résulterait donc une différence selon le statut matrimonial du couple. En effet, l'adoptante non mariée serait alors

seule investie de l'autorité parentale (cf. articles 356 et 365 du code civil), à l'exclusion du père, et la question de l'héritage resterait entière.

Toutes ces solutions auraient cependant pour point commun de créer une profonde incohérence juridique par rapport à la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne. Elles conduiraient en effet à reconnaître des effets juridiques à une situation que le législateur a formellement interdite. En privant d'une partie de ses effets l'interdiction de la gestation pour autrui, on prendrait le risque de faciliter des pratiques jugées contraires au respect de la personne humaine, qu'il s'agisse de la mère gestatrice ou de l'enfant. Sur un plan autant juridique que symbolique, il paraît délicat de concilier le maintien de cet interdit en France et la reconnaissance de certains effets d'une gestation régulièrement conduite à l'étranger. En outre, admettre une forme de régularisation au bénéfice des couples ayant eu légalement recours à une gestation pour autrui à l'étranger sans autoriser la même pratique pour les « parents d'intention » qui auraient recouru illégalement à la gestation pour autrui en France, créerait une injustice entre les enfants élevés par des couples ayant eu les moyens de se rendre à l'étranger et les enfants élevés par ceux qui n'auraient pu le faire.

Des solutions ponctuelles peuvent cependant être imaginées dans le but de pallier les difficultés pratiques des familles, sans modifier les règles relatives à la filiation.

On pourrait ainsi permettre la transcription de la seule filiation paternelle, en considérant qu'il en va de l'intérêt de l'enfant que sa filiation soit reconnue à l'égard de son père biologique ; puis, à défaut de permettre la reconnaissance de la filiation maternelle, la mère d'intention pourrait bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale (article 377 du code civil). Dans ce cas, la mère pourrait bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale (comme peuvent en bénéficier certains tiers au regard du droit de la famille) sans que la filiation à son égard soit pour autant établie. Toutefois, de même que l'option précédente consistant à permettre une adoption par la mère, le recours à une délégation-partage de l'autorité parentale nécessite que l'on admette une possibilité d'établissement de la filiation paternelle (par la transcription de l'acte étranger, ou par la reconnaissance). Celle-ci ne devrait pas, malgré les incertitudes jurisprudentielles, créer de difficulté, puisqu'il existe un lien biologique entre l'enfant et le père, lequel se trouve dans une situation similaire à celle du père d'un enfant né hors mariage. La filiation paternelle paraît au Conseil d'État pouvoir être reconnue.

On pourrait enfin autoriser l'inscription en marge de l'acte de naissance de l'enfant d'une mention relative au jugement étranger qui a reconnu la mère d'intention comme mère, en prévoyant que cette inscription aurait pour seul effet d'éviter qu'en cas de décès de la mère, une procédure d'adoption plénière par un tiers puisse priver les parents de la mère d'intention de tout lien avec l'enfant (cette inscription aurait pour effet de permettre une adoption simple mais non plénière). »

IV. LE RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL « FILIATION, ORIGINES, PARENTALITE »

38. Dans le cadre de la préparation d'un « projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants », la ministre déléguée à la famille a chargé un groupe de travail « filiation, origines, parentalité » présidé par M^{me} Irène Théry, sociologue, directrice d'études à l'école des hautes études en sciences sociales, de préparer un rapport appréhendant les métamorphoses contemporaines de la

filiation et analysant la diversité de ses modalités d'établissement ainsi que les questions qu'elles soulèvent. Intitulé « filiation, origines, parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » et publié en avril 2014, ce rapport aborde notamment la question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Constatant que la jurisprudence de la Cour de cassation fait obstacle à une telle reconnaissance, il souligne que cela a des « implications particulièrement graves » pour l'enfant. Il relève notamment ce qui suit :

« Il est d'abord impossible à l'enfant d'obtenir un acte d'état civil français. Cela présente un inconvénient majeur pour l'enfant et ses parents. S'ils peuvent certes, en pratique, faire certaines utilisations de l'acte étranger, dès lors qu'il est légalisé ou apostillé, le risque réel est que cet acte soit rejeté ou contesté par les administrations, qui confrontés à un acte étranger, craignent systématiquement une fraude.

Inévitablement, même muni de cet acte étranger, les parents d'intention vont se trouver face à des difficultés concrètes majeures. Ils vont devoir obtenir pour l'enfant un titre de voyage et de séjour, puisque l'enfant n'a pas la nationalité française. Il existe certes des correctifs à cette solution introduits par le Conseil d'État et la Circulaire dite Taubira, mais il n'est pas certain que les solutions proposées demeurent, notamment eu égard à la dernière solution de la Cour de cassation qui n'admet plus que la filiation puisse être établie à l'égard du père biologique. Il est probable que les administrations n'admettent plus désormais que l'acte étranger prouve une filiation dont la validité risque d'être contestée en droit français puisque la Cour de cassation a estimé que la naissance est intervenue dans le cadre d'un processus frauduleux. Cette difficulté sera récurrente devant toutes les administrations, pour les inscriptions à l'école, ou encore la perception des prestations sociales. En outre, dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation. Pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention. »

Le rapport s'interroge également sur la compatibilité de la position de la Cour de cassation avec notamment l'article 8 de la Convention et l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant, aux termes duquel, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Examinant ensuite les différentes solutions envisageables, le rapport formule la proposition suivante :

« Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention.

Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via

l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne. »

V. LES PRINCIPES ADOPTES PAR LE COMITE *AD HOC* D'EXPERTS SUR LES PROGRES DES SCIENCES BIOMEDICALES DU CONSEIL DE L'EUROPE

39. Le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique précité, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé :

« 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition:

- a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
- b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

VI. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARE

40. La Cour a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France : Andorre, l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldova, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, le Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

41. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre,

de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes) : en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui peut revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation : en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne.

42. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance ou l'établissement juridiques du lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par l'*exequatur*, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil, soit par l'adoption. Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovaquie et de l'Ukraine. Cela semble également possible dans onze autres États où la gestation pour autrui est interdite ou n'est pas prévue par la loi : en Autriche, en Belgique, en Finlande, en Islande, en Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), à Malte, en Pologne, à Saint-Marin, en Suède, en Suisse et, éventuellement, au Luxembourg.

Cela semble en revanche exclu dans les onze États suivants : Andorre, l'Allemagne (sauf peut-être quant au lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

43. Les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils n'ont pas la possibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger entre les deux premiers d'entre eux et les troisième et quatrième d'entre eux, nées à l'étranger d'une gestation pour autrui. Ils dénoncent une violation du droit

au respect de leur vie privée et familiale que l'article 8 de la Convention garantit en ces termes :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Sur la recevabilité

44. Bien que le Gouvernement ne conteste pas la recevabilité de cette partie de la requête, la Cour se doit d'apporter certaines précisions sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

45. La Cour rappelle qu'en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille (voir *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 117, ainsi que les références qui y sont indiquées). Elle note que le Gouvernement ne déduit pas que cette condition n'est pas remplie en l'espèce du fait que le lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième requérants n'est pas reconnu en droit interne. Elle rappelle à cet égard qu'elle a conclu dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (22 avril 1997, §§ 36-37, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II) à l'existence de « liens familiaux *de facto* » caractérisant l'applicabilité de l'article 8, entre un enfant né par insémination artificielle avec donneur, le compagnon transsexuel de sa mère, qui se comportait comme un père depuis la naissance, et cette dernière. Elle a similairement reconnu l'existence d'une vie familiale de fait dans – notamment – l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, mêmes références) entre un enfant et sa mère adoptive alors que l'adoption n'était pas reconnue en droit interne. Ce qui importe à cette fin dans ce type de situations, c'est la réalité concrète de la relation entre les intéressés. Or il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents des troisième et quatrième requérantes depuis leur naissance, et que tous les quatre vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. Cela suffit pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet « vie familiale ».

46. La Cour a par ailleurs jugé que la « vie privée », au sens de cette même disposition, intègre quelquefois des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 34, CEDH 2002-I; voir aussi l'arrêt *Jäggi c. Suisse* (n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X), dans lequel la Cour a souligné que le droit à l'identité fait partie intégrale de la notion de vie privée). Il en va ainsi

de la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu, ce qu'illustrent les affaires dans lesquelles la Cour a examiné la question de la compatibilité avec le droit au respect de la vie privée de l'impossibilité de faire établir un lien juridique entre un enfant et un parent biologique et a souligné que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain (voir en particulier *Mikulić* précité, § 35). Comme dans les affaires de ce type, il y a une « relation directe » (*Mikulić* précité, § 36) entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation. L'article 8 trouve donc également à s'appliquer en l'espèce dans son volet « vie privée ».

47. Cela étant, la Cour constate que cette partie de la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Relevant par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle la déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Sur l'existence d'une ingérence

48. Les parties s'accordent à considérer que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analyse en une « ingérence » dans leur droit au respect de leur vie familiale, et pose donc question sous l'angle des obligations négatives de l'État défendeur au regard de l'article 8 plutôt que de ses obligations positives.

49. La Cour marque son accord. Elle rappelle que telle était son approche notamment dans les affaires *Wagner et J.M.W.L.* (précitée, § 123) et *Negrepontis-Giannisis c. Grèce* (n° 56759/08, § 58, 3 mai 2011), qui concernaient le refus des juridictions luxembourgeoises et grecques de reconnaître juridiquement une adoption établie par des jugements étrangers. Elle précise que, comme dans ces affaires, il y a en l'espèce ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 non seulement dans son volet « vie familiale » mais aussi dans son volet « vie privée ».

50. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi (voir, par exemple, précités, *Wagner et J.M.W.L.*, § 124, et *Negrepontis-Giannisis*, § 61).

2. Sur la justification de l'ingérence

a) « Prévues par la loi »

i. Les requérants

51. Les requérants soutiennent que l'ingérence litigieuse ne repose pas sur une base légale suffisante. Selon eux, au vu du droit positif à l'époque des faits, ils pouvaient légitimement croire que l'exception d'ordre public ne leur serait pas opposée et que la transcription des actes de naissance légalement établis en Californie se ferait sans difficulté. Ils renvoient au principe de l'effet atténué de l'ordre public, selon lequel « la réaction contre une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même selon qu'il s'agit d'acquérir un droit en France ou de faire produire des effets en France à un droit valablement acquis, sans fraude, à l'étranger » (arrêt Rivière ; Cass, civ, 1ère, 17 avril 1953).

52. Ils soulignent, premièrement, que l'article 16-7 du code civil se borne à poser le principe de la nullité de la convention de procréation ou de gestation pour autrui, sans établir que la nullité s'étend à la filiation des enfants ainsi conçus, notamment lorsque cette filiation est légalement établie par l'effet d'un jugement étranger. De plus, selon eux, aucune disposition de droit français n'interdit l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant ainsi conçu et la femme et l'homme qui l'accueillent, et dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, l'article 47 du code civil prévoyait que les actes de l'état civil réalisés en pays étranger faisaient foi dès lors qu'ils étaient établis dans les formes utilisés dans ce pays. Sur ce tout dernier point, ils estiment que la circonstance que le législateur a modifié cette disposition en 2003 pour prévoir expressément qu'ils ne peuvent recevoir effet lorsque les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité démontre que cette condition n'était pas antérieurement requise. Ils affirment en outre que des couples ayant eu recours à des conventions de gestation pour autrui à l'étranger avaient pu bénéficier de la transcription des actes d'état civil des enfants ainsi conçus.

53. Deuxièmement, à l'époque des faits, la jurisprudence n'opposait pas l'ordre public international à la reconnaissance d'une filiation. La Cour de cassation ne s'était prononcée dans un sens négatif que dans des affaires où la mère porteuse était également la mère biologique de l'enfant et où la gestation pour autrui avait eu lieu en France (arrêts des 31 mai 1991 et 29 juin 1994), et le ministère public avait renoncé à se pourvoir en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 validant l'adoption d'un enfant conçu aux États-Unis par gestation ou procréation pour autrui, alors que concomitamment il se pourvoyait contre un arrêt validant l'adoption d'un enfant ainsi conçu en France. En outre, ils jugent dénué de pertinence l'argument du Gouvernement selon lequel la jurisprudence relative à l'article 47 du code civil issue de l'arrêt de la Cour

de cassation du 12 novembre 1986 permettait de refuser de donner effet en France à des actes d'état civil établis dans des États tiers lorsque les faits qui y étaient rapportés ne correspondaient pas à la réalité. Ils soulignent à cet égard que les actes établis aux États-Unis en leur cause ne font pas état d'un prétendu lien biologique entre la deuxième requérante et les troisième et quatrième requérantes.

54. Troisièmement, alors que des couples dans la même situation qu'eux avaient sans difficulté obtenu du consulat français à Los Angeles des passeports pour les enfants, les requérants se sont heurtés à cet égard à un changement de pratique brutal destiné à détecter les cas de mères porteuses, comparable à celui que la Cour a condamné dans l'arrêt *Wagner* précité (§ 130).

ii. Le Gouvernement

55. Le Gouvernement estime pour sa part que l'ingérence était « prévue par la loi ». Il indique à cet égard que l'article 16-7 du code civil dispose que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle, cette disposition étant d'ordre public, et que la Cour de cassation a souligné dans des arrêts des 31 mai 1991 et 29 juin 1994 que les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposaient à ce que la qualité de père ou de mère soit décidée par un contrat, qu'ils relevaient également de l'ordre public, et qu'ils faisaient obstacles à ce qu'il soit donné effet, sur le plan de la filiation, à des contrats de maternité de substitution. Selon lui, le fait que ces arrêts concernent la validité de jugements d'adoption prononcés à la suite d'une gestation pour autrui intervenue sur le territoire français n'affecte pas leur pertinence en l'espèce ; ce qui compte, c'est qu'ils établissent clairement que de telles conventions contreviennent à ces principes d'ordre public. Autrement dit, d'après le Gouvernement, les requérants ne pouvaient ignorer ni le caractère d'ordre public de la prohibition de la gestation pour autrui en droit français au moment où ils se sont lancés dans ce projet, ni les difficultés susceptibles de se poser ensuite.

56. Il ajoute que la jurisprudence relative à l'article 47 du code civil issue de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1986 permettait de refuser de donner effet en France à des actes d'état civil établis dans des États tiers lorsque les faits qui y étaient rapportés ne correspondaient pas à la réalité. Il précise en outre que, sauf dans des cas isolés, il n'y avait pas en France à la date de la naissance des troisième et quatrième requérantes, une pratique consistant à transcrire les actes de naissance des enfants issus d'un contrat de gestation pour autrui conclu à l'étranger. Cela distinguerait les circonstances de l'espèce de celles de l'affaire *Wagner* précitée, dans laquelle les requérantes s'étaient vues privées du bénéfice d'une pratique de ce type en matière d'adoption.

iii. La Cour

57. Selon la jurisprudence de la Cour, les mots « prévue par la loi » figurant à l'article 8 § 2 imposent non seulement que la ou les mesures incriminées aient une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause : celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible. Pour satisfaire à la condition de prévisibilité, la loi doit énoncer avec suffisamment de précision les conditions dans lesquelles une mesure peut être appliquée, et ce pour permettre aux personnes concernées de régler leur conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés (voir, par exemple, *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 55, CEDH 2000-V, et *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, n° 38450/05, § 124, CEDH 2013 (extraits)).

58. La Cour estime que ces conditions sont remplies en l'espèce. Elle relève tout d'abord que les requérants n'apportent aucun élément à l'appui de leur affirmation selon laquelle il y avait antérieurement en France une pratique plus libérale quant à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention. Elle constate ensuite qu'à l'époque des faits déjà, les articles 16-7 et 16-9 du code civil prévoyaient expressément la nullité des conventions de gestation pour autrui et énonçaient qu'il s'agissait d'une nullité d'ordre public. Certes, la Cour de cassation ne s'était pas prononcée de manière générale sur la question de la reconnaissance en droit français des liens de filiation entre parents d'intention et enfants nés à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui. Elle avait cependant déjà précisé dans un cas où la mère porteuse était la mère biologique, qu'une telle convention contrevenait aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Elle en avait déduit dans un cas similaire que cela faisait obstacle à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant ainsi conçu et la mère d'intention, et empêchait notamment la transcription sur les registres de l'état civil des mentions figurant sur un acte de naissance dressé à l'étranger (paragraphe 30 et 33 ci-dessus). Or c'est en se fondant sur ces dispositions du code civil et conformément à cette jurisprudence explicite que la Cour de cassation, d'une part, a conclu en l'espèce que le jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui, et, d'autre part, en a déduit que la transcription des actes de naissance établis en application de ce jugement sur les registres d'état civil français devait être annulée. Selon la Cour, les requérants ne pouvaient dans ces conditions ignorer qu'il y avait au moins un risque sérieux que le juge français conclue de la sorte dans leur cas, même si aucune disposition de droit interne ne faisait expressément obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux, et nonobstant le principe de l'effet atténué de l'ordre public (que le Conseil d'État considère

d'ailleurs inapplicable à la situation ; paragraphe 37 ci-dessus). Il y a donc lieu de retenir que l'ingérence était « prévue par la loi », au sens de l'article 8 de la Convention.

b) Buts légitimes

59. Les requérants observent que le ministère public avait, de sa propre initiative, sollicité la transcription du jugement rendu en leur cause aux États-Unis puis, plusieurs mois après avoir obtenu cette transcription, avait saisi le juge interne d'une action en annulation. D'après eux, au vu de ce comportement contradictoire, on ne saurait retenir que les autorités françaises poursuivaient un but légitime.

60. Le Gouvernement réplique que le refus de transcrire dans les registres français les actes d'état civil américains était motivé par le fait que cette transcription aurait donné effet à une convention de gestation pour autrui, formellement prohibée par une disposition interne d'ordre public et pénalement sanctionnée lorsqu'elle est pratiquée en France. Il souligne que le droit français reflète ainsi des principes d'éthique et de morale qui s'opposent à ce que le corps humain devienne l'objet de transactions et que l'enfant soit réduit à être l'objet d'un contrat. Il en déduit que l'ingérence avait pour « buts légitimes » la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui. Il ajoute que si le parquet a sollicité la transcription des actes de naissances des troisième et quatrième requérantes, c'était précisément pour en demander ensuite l'annulation. Il aurait de la sorte procédé conformément à l'article 511 de l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, qui précise qu'il y a lieu à transcription d'office lorsque l'ordre public est intéressé, notamment en cas de nécessité d'annuler un acte de l'état civil concernant un français, dressé à l'étranger dans les formes locales.

61. La Cour n'est pas convaincue par la thèse des requérants. On ne peut en effet déduire du seul fait que le ministère public a lui-même sollicité la transcription du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 pour ensuite en requérir l'annulation, que le but poursuivi par l'ingérence litigieuse ne figurait pas parmi ceux qu'énumère le second paragraphe de l'article 8. Cela étant, elle n'est pas davantage convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait d'assurer « la défense de l'ordre » et « la prévention des infractions pénales ». Elle constate en effet que le Gouvernement n'établit pas que le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale serait constitutif d'une infraction en droit français. Elle relève à ce titre que, si une information a été ouverte en l'espèce pour « entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui » et « simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants », le juge d'instruction a conclu au non-lieu, au motif que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas

pénalement répréhensibles, les faits visés ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire français (paragraphe 15-16 ci-dessus).

62. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 37 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

c) « Nécessaire », « dans une société démocratique »

i. Les requérants

63. Les requérants concèdent qu'eu égard à l'absence d'approche européenne commune, les États parties ont en principe une large marge d'appréciation s'agissant de l'élaboration du droit relatif à la gestation pour autrui. Ils considèrent cependant qu'en l'espèce cette marge d'appréciation doit être relativisée. En effet, selon eux, d'une part, il n'est pas question de la compatibilité avec la Convention de l'interdiction de la gestation pour autrui par un État membre ; est critiquée la décision qui, dans le pays où ils résident, prive des enfants, issus d'une gestation pour autrui régulièrement pratiquée à l'étranger, d'actes d'état civil indiquant leur filiation, y compris celle à l'égard de leur père biologique. D'autre part, ils estiment qu'existe en Europe une tendance favorable, à tout le moins, à la prise en compte des situations telles que les leurs. Renvoyant à l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.* précité, ils soulignent que la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant a pour effet de restreindre la marge d'appréciation des États.

64. Se référant à ce même arrêt (§ 135), les requérants indiquent ensuite que les juridictions françaises n'ont pas procédé à l'examen concret et minutieux requis de leur situation familiale et des intérêts en présence : la cour d'appel se serait bornée à écarter sans motif le moyen tiré d'une violation de l'article 8 de la Convention, ce que la Cour de cassation aurait validé en se limitant à énoncer que la mesure litigieuse n'empêchait pas les requérants de vivre ensemble.

65. En outre, selon les requérants, la position rigide de la Cour de cassation, qui vise à conserver un plein « effet dissuasif » à la prohibition de la gestation pour autrui, revient à faire obstacle à tout aménagement pragmatique consistant à reconnaître, au nom de l'intérêt supérieur de

l'enfant, les effets d'une situation régulièrement constituée à l'étranger. Cela irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 8, qui consacre une approche concrète de la réalité de la vie familiale (les requérants se réfèrent notamment à l'arrêt *Wagner* précité, § 133).

66. De plus, d'après les requérants, la justification retenue par les juridictions internes manque de pertinence dès lors que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes fait l'objet de nombreux aménagements – ainsi, par exemple, les transsexuels peuvent obtenir un changement de la mention du sexe sur leur état civil – et que la reconnaissance juridique des enfants nés régulièrement à l'étranger d'une gestation pour autrui fait débat en doctrine, au Parlement et dans la société. Elle manquerait d'autant plus de pertinence que le droit positif serait en principe favorable aux parents « d'intention ». Ainsi, dans le cas d'accueil d'embryon (légal en France ; les requérants renvoient aux articles L. 2141-4 et suivants du code de la santé publique), une femme qui porte l'embryon d'un autre couple et met au monde un enfant qui n'est pas biologiquement le sien, pourrait, tout comme son conjoint, établir un lien de filiation avec cet enfant à l'exclusion des parents biologiques. Pareillement, en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur (également légale en France), aucun lien de filiation ne pourrait être établi avec le donneur de sperme, alors que la filiation à l'égard du conjoint de la mère pourrait être établie (les requérants renvoient aux articles 311-19 et 311-20 du code civil).

67. Les requérants indiquent qu'à cela s'ajoute le fait que l'ingérence ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi, puisque, comme le souligne la Cour de cassation, elle ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît et n'empêche pas les requérants de vivre ensemble en France. En outre, leur communauté de vie effective et affective se trouverait frappée de « clandestinité juridique ». Ce serait d'autant plus choquant à l'égard du premier requérant, que le refus de transcription le prive de la reconnaissance de son lien de parenté avec les troisième et quatrième requérantes alors qu'il est leur père biologique et que rien ne s'opposait à la reconnaissance de ce lien par l'état civil français. Plus encore, les requérants n'auraient aucune autre possibilité de faire établir juridiquement leur lien familial, la jurisprudence de la Cour de cassation faisant obstacle non seulement à la transcription des actes d'état civil, mais aussi à l'adoption et à la reconnaissance de la possession d'état. En cela, leur cas se distinguerait clairement de la situation examinée par la Cour dans l'affaire *Chavdarov c. Bulgarie* (n° 3465/03, 21 décembre 2010).

68. Les requérants soulignent aussi que la mesure litigieuse a des conséquences « lourdement disproportionnées » sur la situation des troisième et quatrième d'entre eux : en l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation avec les premiers requérants, elles n'ont pas la nationalité française, n'ont pas de passeport français, n'ont pas de titre de séjour

valable (même si elles sont protégées de l'expulsion par leur minorité), et pourraient se heurter à l'impossibilité de l'obtenir et donc de bénéficier à leur majorité du droit de vote et de séjourner sans condition sur le territoire français, et pourraient se trouver empêchées d'entrer dans la succession des premiers requérants ; de plus, en cas de décès du premier requérant ou de séparation, la deuxième requérante se verrait privée de tout droit sur les enfants, à leur préjudice comme au sien ; à l'occasion des démarches administratives où la nationalité française ou la filiation sont exigées (l'inscription des enfants à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou au centre aéré ou des demandes d'aides financière auprès de la caisse d'allocations familiales), ils doivent produire l'acte d'état civil américain accompagné d'une traduction assermentée pour prouver la filiation et sont livrés au bon-vouloir de leurs interlocuteurs. Les requérants soulignent à cet égard que, devant la cour de cassation, l'avocat général s'est prononcé en faveur de la reconnaissance du lien de filiation les unissant, au nom notamment de l'intérêt supérieur des enfants, et que la cour d'appel de Paris elle-même a retenu que la situation engendrait des difficultés concrètes pour la famille Mennesson. Ils se réfèrent également au rapport du Conseil d'État de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, qui indique que « dans les faits, la vie des familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie ». Ils ajoutent que, dans l'arrêt *Wagner* précité (§ 132), la Cour a notamment reconnu qu'il y avait dans ce type de situation une omission de tenir compte de la « réalité sociale » et que l'enfant ne se voyait pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans sa famille [en l'occurrence] adoptive ». Ils s'interrogent en outre sur le sens qu'aurait le refus de transcrire les actes d'état civil établis à l'étranger si, comme le prétend le Gouvernement, de tels actes produisaient leur plein effet en France et leur transcription n'était qu'une formalité.

69. Les requérants font également valoir que la conclusion de non-violation de l'article 8 auquel la Cour est parvenue dans les affaires *A., B. et C. c. Irlande* [GC] (n° 25579/05, CEDH 2010) et *S.H. et autres c. Autriche* [GC] (n° 57813/00, CEDH 2011), qui concernaient respectivement l'accès à l'avortement et à la procréation médicalement assistée, reposait notamment sur le constat que, si le droit interne interdisait ces pratiques, il n'empêchait pas les individus de se rendre à l'étranger pour en bénéficier et, dans l'affaire *S.H.*, que les filiations paternelle et maternelle se trouvaient alors « régies par des dispositions précises du code civil [respectant] le souhait des parents ».

70. Dans leurs réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), les requérants indiquent qu'aux termes de l'article 311-14 du code civil, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant (et, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant), soit, d'après la jurisprudence de

la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996), celle qui est mentionnée dans l'acte de naissance. Or il résulte de la décision rendue le 14 juillet 2000 par la Cour suprême de Californie que les parents officiels des troisième et quatrième requérantes sont les premiers requérants. Les autorités et juridictions françaises auraient toutefois refusé de faire ce constat, avec pour conséquence que la mère n'étant pas reconnue au sens du droit français, la filiation ne pourrait être régie par la loi personnelle de celle-ci. Elle le serait donc par la loi personnelle des troisième et quatrième requérantes, c'est-à-dire par la loi américaine. Le lien de filiation entre elles et les premiers requérants ne pouvant être établi en droit français et les arrêts du 13 septembre 2013 de la Cour de cassation ayant annulé des reconnaissances de paternité effectués par les pères biologiques d'enfants issus d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (paragraphe 34 ci-dessus), les troisième et quatrième requérantes ne pourraient accéder à la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ») alors même que le premier requérant est leur père biologique. Les requérants ajoutent que, nonobstant la circulaire du 25 janvier 2013 (paragraphe 36 ci-dessus), les troisième et quatrième d'entre eux ne peuvent obtenir un certificat de nationalité. En effet, selon eux, du fait de l'arrêt rendu dans leur cause par la Cour de cassation et de sa jurisprudence du 13 septembre 2013 qualifiant de « frauduleux » le processus ayant permis l'établissement de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une convention de de gestation pour autrui, les actes de naissance américains de ces dernières ne font pas foi au sens de l'article 47 du code civil, de sorte que cette disposition est inopérante. Ils ajoutent que le sens de la circulaire est de ne pas faire obstacle à la délivrance d'un certificat de nationalité sur la foi d'un simple soupçon de recours à la gestation pour autrui ; elle serait donc sans effet sur les situations comme la leur, où les juridictions ont explicitement constaté qu'il y avait eu gestation pour autrui. À l'appui de cette thèse, ils indiquent n'avoir pas reçu de réponse à la demande de délivrance d'un certificat de nationalité française des troisième et quatrième d'entre eux déposée le 16 avril 2013 par le premier d'entre eux au greffe du tribunal d'instance de Charenton Le Pont. Ils produisent des récépissés signés le 31 octobre 2013 et 13 mars 2014 par le greffier indiquant que cette demande « est toujours en cours dans [ses] services, en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles, Californie ». Ils ajoutent qu'en raison notamment de la jurisprudence de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, le premier d'entre eux ne peut reconnaître les troisième et quatrième d'entre eux alors même qu'il est leur père biologique.

ii. Le Gouvernement

71. Le Gouvernement expose que l'absence de transcription des actes d'état civil étrangers tels que les actes de naissance des troisième et

quatrième requérantes n'empêche pas qu'ils produisent tous leurs effets sur le territoire national. Ainsi, premièrement, des certificats de nationalité française sont délivrés sur le fondement de tels actes dès lors qu'il est établi que l'un des parents est français (le Gouvernement produit une copie de la circulaire de la garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013, et observe que les requérants n'ont fait aucune démarche en vue de l'acquisition de la nationalité française par les troisième et quatrième d'entre eux) et les mineurs ne peuvent faire l'objet de mesures de reconduite à la frontière ; deuxièmement, les premier et deuxième requérants exercent pleinement l'autorité parentale sur les troisième et quatrième requérantes, sur le fondement des actes de l'état civil américain de ces dernières ; troisièmement, si un divorce devait survenir, le juge aux affaires familiales fixerait le lieu de résidence et les droits de visite des parents tels que ceux-ci sont désignés par l'acte d'état civil étranger ; quatrièmement, la preuve de la qualité d'héritier pouvant être apportée par tout moyen, les troisième et quatrième requérantes seraient en mesure d'hériter des premiers requérants sur le fondement de leurs actes d'état civil américains, dans les conditions du droit commun. Le Gouvernement observe en outre que les requérants ont surmonté les problèmes dont ils font état dès lors qu'ils ne prétendent pas ne pas avoir pu inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale ou à l'école et ne pas bénéficier des aides sociales gérées par la caisse d'allocations familiales, et que, d'une manière générale, ils n'établissent pas qu'ils font face à des « difficultés nombreuses et quotidiennes » du fait du refus de transcription. Il s'interroge en conséquence sur la portée réelle de l'ingérence dans la vie familiale des requérants, cette ingérence étant réduite à l'impossibilité pour eux de se voir délivrer des actes d'état civil français.

72. Le Gouvernement insiste sur le fait que, soucieux de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur, exprimant la volonté générale du peuple français, a décidé de ne pas autoriser la gestation pour autrui. Le juge interne en a dûment tiré les conséquences en refusant de transcrire les actes de l'état civil d'individus nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit sciemment et impunément contournée et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

Il ajoute, s'agissant spécifiquement de l'absence de transcription de la filiation paternelle, qu'elle découle du fait que le projet des requérants était celui d'un couple et qu'« il n'y a pas lieu » de dissocier les situations respectives des membres de celui-ci. Il estime en outre qu'eu égard à la diversité des fondements et des modes d'établissement de la filiation prévus par le droit français, le privilège qui pourrait ainsi être accordé à un critère purement biologique « paraît très contestable ». Enfin, il considère qu'« en

termes d'intérêt de l'enfant, il semble préférable de situer les deux parents sur le même niveau de consécration juridique des liens existants entre eux et leurs enfants ».

73. Le Gouvernement ajoute que, la gestation pour autrui étant un sujet d'ordre moral et éthique et en l'absence de consensus sur cette question parmi les États parties, il faut reconnaître à ces derniers une large marge d'appréciation dans ce domaine ainsi que dans la manière dont ils appréhendent les effets de la filiation établie dans ce contexte à l'étranger. Selon lui, vu cette large marge d'appréciation et le fait que la vie familiale des requérants se déroule de manière normale sur le fondement de l'état civil américain des enfants et que l'intérêt supérieur de ces derniers est préservé, l'ingérence dans l'exercice des droits que l'article 8 de la Convention leur garantit est « extrêmement proportionnée » aux buts poursuivis, si bien qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

74. Dans ses réponses aux questions complémentaires du président de la section (paragraphe 5 ci-dessus), le Gouvernement indique que la loi applicable à l'établissement de la filiation des troisième et quatrième requérantes est, selon l'article 311-14 du code civil, la loi personnelle de leur mère, soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1^{ère} 11 juin 1996, Bull. civ. n° 244), de celle qui les a mis au monde ; il s'agit donc de la loi de la mère porteuse, c'est-à-dire en l'espèce, de la loi américaine ; or au regard de cette loi, les premiers requérants sont les parents des troisième et quatrième requérantes, la deuxième requérante étant leur « mère légale ». Le Gouvernement ajoute que, dès lors qu'ils répondent aux prescriptions de l'article 47 du code civil et indépendamment de leur transcription, les actes de naissances étrangers produisent leurs effets sur le territoire français, notamment quant à la preuve de la filiation dont ils font état. Il précise que l'article 47 est applicable en l'espèce alors même que la transcription des actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes a été annulé en vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011 et qu'il résulte de la jurisprudence de celle-ci que les conventions de gestation pour autrui sont nulles et d'une nullité d'ordre public et ne peuvent produire d'effet en droit français au regard de la filiation. En conséquence, l'article 18 du code civil – aux termes duquel est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français – s'applique dès lors que la preuve de l'existence du lien de filiation légalement établi est rapportée par la remise d'un acte de l'état civil étranger dont la force probante ne peut être contestée. Enfin, le Gouvernement indique que le premier requérant ne pourrait pas reconnaître en France les troisième et quatrième requérantes, la Cour de cassation ayant jugé le 13 septembre 2013 que la reconnaissance de paternité formée par un père d'intention à l'égard d'un enfant né d'un contrat de gestation pour autrui devait être annulé en raison de la fraude à la loi commise par son auteur en recourant à ce procédé.

*iii. La Cour**α. Considérations générales*

75. La Cour note que le Gouvernement soutient que, dans le domaine en litige, les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation importante pour décider ce qui est « nécessaire », « dans une société démocratique ». Elle note également que les requérants le concèdent, mais estiment que l'ampleur de cette marge doit être relativisée en l'espèce.

76. La Cour fait la même analyse que les requérants.

77. Elle rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, *Wagner et J.M.W.L. et Negrepontis-Giannisis*, précités, § 128 et § 69 respectivement). Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte (voir en particulier, *S.H.* précité, § 94).

78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Il ressort en effet de la recherche de droit comparé à laquelle elle a procédé que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-cinq États membres du Conseil de l'Europe – autres que la France – étudiés ; dans dix, soit elle est interdite en vertu de dispositions générales ou non tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; elle est en revanche expressément autorisée dans sept et semble tolérée dans quatre. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger. Cela semble également possible dans onze autres de ces États (dont un dans lequel cette possibilité ne vaut peut-être que pour le lien de filiation paternel lorsque le père d'intention est le père biologique), mais exclu dans les onze restants (sauf peut-être la possibilité dans l'un d'eux d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique) (paragraphe 40-42 ci-dessus).

79. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une

ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

80. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce.

81. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, *mutatis mutandis*, *S.H. et autres*, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, *Wagner et J.M.W.L.*, précité, §§ 133-134, et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008).

82. En l'espèce, la Cour de cassation a jugé que l'ordre public international français faisait obstacle à la transcription sur les registres français d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère comportant des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français. Elle a ensuite souligné qu'en droit français, les conventions de gestation pour autrui étaient nulles d'une nullité d'ordre public, et qu'il était contraire au « principe essentiel du droit français » de l'indisponibilité de l'état des personnes de leur faire produire effet au regard de la filiation. Elle en a déduit qu'en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui, le jugement rendu en la cause des requérants par la Cour suprême de Californie était contraire à la conception française de l'ordre public international, et qu'établis en application de ce jugement, les actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes ne pouvaient être transcrits sur les registres d'état civil français (paragraphe 27 ci-dessus).

83. L'impossibilité pour les requérants de voir reconnaître en droit français le lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux est donc, selon la Cour de cassation, un effet du choix d'éthique du législateur français d'interdire la gestation pour autrui. Le Gouvernement souligne à cet égard que le juge interne a dûment tiré les conséquences de ce choix en refusant la transcription des actes de l'état civil étranger des enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée en-dehors de la France. Selon lui, le permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction.

84. La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.

85. Elle note à cet égard, que la Cour de cassation a jugé que l'impossibilité de transcrire les actes de naissance américains des troisième et quatrième requérantes sur les registres d'état civil français ne portait atteinte ni à leur droit au respect de leur vie privée et familiale ni à leur intérêt supérieur en tant qu'enfant, dès lors que cela ne les privait pas de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît et ne les empêchait pas de vivre en France avec les premiers requérants (paragraphe 27 ci-dessus).

86. La Cour estime qu'il faut en l'espèce distinguer le droit des requérants au respect de leur vie familiale, d'une part, et le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée, d'autre part.

β. Sur le droit des requérants au respect de leur vie familiale

87. S'agissant du premier point, la Cour considère que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux affecte nécessairement leur vie familiale. Elle note à ce titre que, comme le soulignent les requérants, la cour d'appel de Paris a reconnu en l'espèce que la situation ainsi créée engendrait des « difficultés concrètes » (paragraphe 24 ci-dessus). Elle relève en outre que, dans son rapport de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a souligné que, « dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie » (paragraphe 68 ci-dessus).

88. Ainsi, ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés lorsqu'il s'est agi d'inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou à un centre aéré et de déposer des demandes d'aides financières auprès de la caisse d'allocations familiales.

89. Par ailleurs, le fait qu'en droit français, les deux enfants n'ont de lien de filiation ni avec le premier requérant ni avec la deuxième requérante, a pour conséquence, du moins à ce jour, qu'elles ne se sont pas vues reconnaître la nationalité française. Cette circonstance est de nature à compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes – fussent-elles infondées, comme l'affirme le Gouvernement – quant au droit de séjour des troisième et quatrième requérantes en France après leur majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. Le Gouvernement soutient qu'eu égard notamment à la circulaire de la garde de Sceaux, ministre de la Justice, du 25 janvier 2013 (paragraphe 36 ci-dessus), les troisième et quatrième requérantes peuvent obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du code civil, qui dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français », en produisant leurs actes de naissance américains.

90. La Cour note cependant que des interrogations subsistent quant à cette possibilité.

En premier lieu, elle observe qu'aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or elle constate que la détermination juridique des parents est précisément au cœur de la requête qui lui est soumise. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française des troisième et quatrième requérantes.

En second lieu, la Cour note que le Gouvernement tire argument de l'article 47 du code civil. Ce texte précise que les actes d'état civil établis à l'étranger et rédigés dans les formes utilisées dans les pays concernés font foi « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Se pose donc la question de savoir si un tel cas d'exclusion est constitué lorsque, comme en l'espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une gestation pour autrui obtenue à l'étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu'invité par le Président à répondre à cette question et à préciser s'il existait un risque qu'un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le Gouvernement n'a fourni aucune indication. Du reste, la demande déposée à cette fin le 16 avril 2013 au greffe du tribunal d'instance de Paris par le premier requérant était toujours sans effet onze mois plus tard : le greffier en chef a indiqué le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014 qu'elle était « en cours », « en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles » (paragraphe 28 ci-dessus).

91. À cela s'ajoutent des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale entre la deuxième requérante et les troisième et quatrième requérantes en cas de décès du premier requérant ou de séparation du couple.

92. Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux (voir, *mutatis mutandis*, *X, Y et Z*, précité, § 48). Or elle note que les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir, *mutatis mutandis*, *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, § 49-50 et 56, 21 décembre 2010).

93. La Cour observe en outre que pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation a souligné que l'annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des troisième et quatrième requérantes ne les empêchait pas de vivre avec les premiers requérants en France (paragraphe 27 ci-dessus). La Cour en déduit qu'en l'espèce, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* (arrêt précité, § 135), les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention

94. Ainsi, au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et les troisième et quatrième d'entre eux sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

95. Il reste à déterminer s'il en va de même s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée.

γ. Sur le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée

96. Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 46 ci-dessus) ; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 80 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.

97. Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes (*Genovese c. Malte*, n° 53124/09, § 33, 11 octobre 2011). Or, comme la Cour l'a relevé précédemment, bien que leur père biologique soit français, les troisième et quatrième requérantes sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil (paragraphe 29 ci-dessus). Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité.

98. La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu'il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d'État a souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés.

99. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien

de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

100. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.

3. Conclusion générale

102. Il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Il y a en revanche eu violation de cette disposition s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

103. Les requérants se plaignent de ce qu'en raison de l'impossibilité d'obtenir en France la reconnaissance de leur lien de filiation, les troisième

et quatrième d'entre eux subissent, dans l'exercice de leur droit au respect de leur vie familiale, une situation juridique discriminatoire par rapport, d'une part, aux autres enfants issus d'une assistance médicale à la procréation impliquant un don d'ovocyte et dont le père biologique est connu, et, d'autre part, aux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui dont l'acte de naissance a été transcrit par l'officier d'état civil. Ils invoquent, combiné avec l'article 8 précité, l'article 14 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

A. Sur la recevabilité

104. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

105. Les requérants rappellent que dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* (n° 69498/01, CEDH 2004-VIII), la Cour a retenu qu'un enfant adopté est dans la même position juridique que s'il avait été l'enfant biologique de ses parents, et souligné que cela illustre le principe primordial de l'égalité des filiations qui veut qu'aucune différence de droits ou de devoirs ne résulte des circonstances de la naissance. Ils ajoutent que la Cour a jugé similairement dans l'affaire *Mazurek c. France* (n° 34406/97, CEDH 2000-II) que la différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels quant à la succession de leur auteur était d'autant moins justifiée que « l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables », et a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention. Ils indiquent qu'elle est parvenue à la même conclusion dans l'affaire *Wagner* précitée, retenant que l'adoptée et l'adoptante se trouvaient respectivement dans la même situation que n'importe quel autre enfant péruvien bénéficiant d'un jugement d'adoption plénière entraînant la rupture des liens avec sa famille d'origine et dont l'adoptant demandait l'exéquatur au Luxembourg, et dans une situation comparable à celle de toute autre personne sollicitant la reconnaissance au Luxembourg d'un jugement d'adoption plénière rendu en sa faveur au Pérou. Soulignant là aussi que l'enfant adopté ne doit pas se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables, la Cour a déduit une discrimination

du fait qu'en l'absence d'exéquatur, l'enfant adopté n'avait pas acquis la nationalité luxembourgeoise et ne bénéficiait donc pas de la préférence communautaire, était susceptible de rencontrer des difficultés pour suivre un apprentissage professionnel au Luxembourg, et devait obtenir régulièrement des autorisations de séjour et demander des visas pour se rendre dans certains pays européens.

106. Les requérants invitent la Cour à suivre ce raisonnement en leur cause. Ils indiquent que les troisième et quatrième d'entre eux sont dans la même situation que n'importe quel enfant issu d'une assistance médicale à la procréation impliquant un don d'ovocyte et dont le père biologique est connu, et que n'importe quel enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui dont l'acte de naissance a été transcrit par l'officier d'état civil. Ils ajoutent qu'elles sont confrontées aux mêmes difficultés quotidiennes que l'enfant adopté par M^{me} Wagner et subissent comme lui une situation juridique discriminatoire : elles sont dans l'impossibilité d'obtenir la nationalité française ; elles n'auront pas le droit de vote à leur majorité ; elles ne pourront pas légalement hériter des premiers requérants ; la deuxième requérante n'a aucun droit d'autorité parentale sur elles. Ils estiment que l'« infériorité juridique » dans laquelle elles se trouvent par rapport aux enfants dont la situation filiale valablement acquise à l'étranger a été reconnue n'est justifiée par aucune raison objective et raisonnable, au vu du principe susmentionné de l'effet atténué de l'ordre public, du fait que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est aujourd'hui assorti de nombreuses exceptions et du fait que le principe *mater semper certa est, pater est quem nuptiale demonstrant* est battu en brèche en droit positif.

107. Le Gouvernement soutient à titre principal qu'en l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, il y a lieu d'« écarter l'examen du grief » tiré d'une violation de l'article 14 combiné avec cette disposition. À titre subsidiaire, il plaide que la gestation pour autrui à laquelle les premiers requérants ont eu recours à l'étranger en raison de son interdiction en France n'est pas comparable aux modes de procréation assistée réglementés sur le territoire national (il renvoie aux articles L. 2141-1 et suivants du code de la santé publique), dont les effets en matière d'état civil sont minutieusement prévus par la loi (il renvoie à l'article 211-20 du code civil). Il souligne à cet égard qu'à la différence de la gestation pour autrui, la procréation médicalement assistée réalisées à partir de dons de gamètes ne porte pas atteinte au principe d'indisponibilité du corps humain. Il s'agirait d'une cession d'éléments ou de produits de corps humains dans le cadre strict d'une procédure reposant sur les principes de gratuité et d'anonymat qui, contrairement à la gestation pour autrui, implique une distance importante entre la personne et les parties du corps humain en cause. Il en déduit que les troisième et quatrième requérantes ne sont pas dans une situation comparable à celle des enfants issus d'une procréation médicalement assistée. Il ajoute que les discriminations alléguées ne sont en tout état de

cause pas établies, qu'il s'agisse des questions de nationalité, de droit de vote, d'exercice de l'autorité parentale ou de succession.

108. Eu égard à sa conclusion selon laquelle il y a eu violation de l'article 8 considéré isolément dans le chef des troisième et quatrième requérantes (paragraphe 101 ci-dessus), la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le grief tiré d'une violation à leur égard de l'article 14 combiné avec cette disposition.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

109. Les requérants dénoncent le caractère inéquitable de la procédure à l'issue de laquelle les juridictions françaises ont refusé de reconnaître les effets du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000. Ils soulignent, premièrement, le caractère disproportionné de ce refus, deuxièmement, le fait qu'il ne repose sur aucune justification raisonnable, et, troisièmement, la circonstance que le Procureur a agi de manière déloyale en faisant procéder à la retranscription des actes de naissance dans le but d'en requérir ensuite l'annulation. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, aux termes duquel :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

110. Il ressort toutefois du dossier que les requérants n'ont pas invoqué l'article 6 § 1 devant la Cour de cassation et qu'ils ne peuvent prétendre l'avoir saisie en substance du grief qu'ils tirent de cette disposition s'agissant des deux premières branches de celui-ci. Cette partie de la requête est donc en tout état de cause irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

Quant à la troisième branche du grief, à supposer qu'il puisse être considéré que la Cour de cassation en a été saisie en substance dans le cadre du pourvoi contre l'arrêt d'appel du 25 octobre 2007, la Cour estime que la circonstance dénoncée n'est pas de nature à affecter l'équité de la procédure, les requérants ayant au demeurant eu la possibilité de faire valoir leur droit dans des conditions répondant aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. Cette partie de la requête est donc en tout état de cause manifestement mal fondée et irrecevable, et doit donc être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

111. Les requérants se plaignent d'une violation du droit de fonder une famille, élément du droit au mariage, résultant du refus des autorités de reconnaître le lien de filiation entre les deux premiers d'entre eux et les troisième et quatrième d'entre eux. Ils invoquant l'article 12 de la Convention, aux termes duquel :

« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

112. La Cour constate que les requérants n'ont pas préalablement saisi les juridictions internes de ce grief, de sorte que cette partie de la requête est en tout état de cause irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes. Elle la rejette donc en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

V. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

113. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

114. Les requérants réclament 10 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'ils auraient subi. Par ailleurs, soulignant que le refus de transcription a obligé les premiers d'entre eux à faire établir une traduction officielle du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000, ils demandent 2 500 EUR pour préjudice matériel. Ils produisent à cet égard une facture de 500 francs (environ 76 EUR) datée du 30 novembre 2000, correspondant à une « assermentation de la traduction de l'anglais en français de deux extraits d'acte de naissance (en 5 exemplaires) » ainsi qu'une facture de 233 EUR datée du 30 avril 2004, relative à une « traduction assermentée d'un document de l'anglais vers le français ».

115. Le Gouvernement estime qu'un constat de violation constituerait une réparation suffisante du préjudice moral. Il considère par ailleurs que les requérants n'ont pas établi un lien de causalité entre le préjudice matériel qu'ils invoquent et la violation alléguée de la Convention, observant en outre que le montant totale des factures produites s'élève à 309 EUR seulement.

116. La Cour note que, du fait de la non reconnaissance en droit français de la filiation établie en Californie, les requérants se trouvent dans la

nécessité de produire une traduction officielle du jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000, réalisée à leurs frais, à l'occasion de divers événements liés à leur vie familiale. Elle rappelle toutefois qu'elle n'a pas conclu à la violation du droit au respect de la vie familiale des requérants, mais uniquement à la violation du droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième d'entre eux. Elle en déduit qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la violation de la Convention qu'elle a constatée et les frais de traduction dont les requérants réclament le remboursement au titre du dommage matériel. Elle rejette donc ce volet de leur demande. Elle considère en revanche qu'il y a lieu d'octroyer à chacune des troisième et quatrième requérantes 5 000 EUR au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

117. Les requérants demandent 75 510 EUR pour les frais engagés devant les juridictions internes, soit 12 830 EUR pour la procédure pénale et 62 680 EUR pour la procédure civile. Ils produisent les documents suivants : une facture d'honoraires de 1 458,63 EUR, datée du 21 juin 2002 ; une facture d'honoraires de 91,47 EUR, datée du 13 septembre 2002 ; des factures pour « consultation » juridique de 3 000 EUR et 3 588 EUR, datées des 2 novembre 2002 et 29 septembre 2004 ; une facture d'honoraires de 1 093,97 EUR, datée du 12 décembre 2002 ; une note d'honoraires de 1 110,32 EUR, datée du 26 septembre 2003 ; une « demande d'honoraires - provision » de 2 392 EUR, datée du 1^{er} octobre 2003 ; une note d'honoraires de 1 500 EUR, datée du 22 décembre 2003 ; une note d'honoraires de 10 162,71 EUR, datée du 22 janvier 2004 ; une note d'honoraires de 2 738,84 EUR, datée du 4 août 2004 ; une note d'honoraires de 2 392 EUR, datée du 15 janvier 2005 ; une note d'honoraires de 9 568 EUR, datée du 14 octobre 2005 ; une demande de provision pour un montant de 3 588 EUR émanant d'un avocat, datée du 13 mars 2008 ; une facture d'honoraires de 211,30 EUR, datée 22 avril 2008 ; une note d'honoraires de 1 196 EUR, datée du 31 décembre 2009 ; une note d'honoraires de 1 196 EUR, datée du 21 avril 2010 ; une note d'honoraires de 1 196 EUR, datée du 10 février 2011. Ils produisent également une facture émanant d'un avocat américain datée du 16 janvier 2004, d'un montant de 1 262,05 USD, ainsi qu'une facture de 530,64 EUR datée du 19 novembre 2003 émise par l'ordre des avocats à la cour de Paris, sans préciser à quoi elles correspondent.

Ils réclament en outre 7 176 EUR pour leurs frais devant la Cour, produisant à cet égard une demande de provision émanant de leur conseil, datée du 10 septembre 2011.

118. Le Gouvernement ne conteste pas le montant réclamé par les requérants au titre de leurs frais devant la Cour. S'agissant des frais relatifs aux procédures internes, il estime que ceux engagés dans le cadre de la

procédure pénale sont sans lien avec le redressement de la violation alléguée. Pour le reste, il observe que les requérants demandent 62 680 EUR alors que le total brut des factures présentées s'élève à 54 750 EUR et 1 262 USD. Il constate que certaines des factures que les requérants rattachent à la procédure civile concernent en réalité la procédure pénale. Il note ensuite que d'autres sont adressées à des tiers et qu'il n'est pas établi que les requérants aient payés les sommes qu'elles mentionnent, ou sont à ce point dépourvues de précisions qu'il est impossible de les rattacher à une procédure. Il relève en outre qu'il y a parmi les documents produits deux factures intermédiaires et une facture globale qui reprend les montants qu'elles indiquent, de sorte que les premières doivent être écartées. Selon lui, seules les factures des 10 janvier 2004 et 13 avril 2008, de 560 EUR et 3 588 EUR respectivement, peuvent être retenues. Ajoutant à cette somme les 7 176 EUR relatifs à la procédure devant la Cour, il propose de retenir 11 324 EUR au total.

119. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour juge raisonnable la somme de 15 000 EUR tous frais confondus. Elle l'accorde donc aux requérants.

C. Intérêts moratoires

120. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

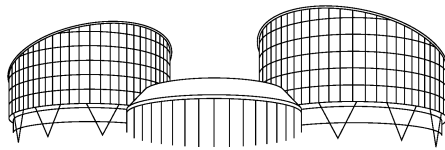
1. *Déclare* la requête recevable quant aux griefs tirés de l'article 8 pris isolément ainsi que combiné avec l'article 14 de la Convention et irrecevable pour le surplus ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée ;

4. *Dit* qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;
5. *Dit*
 - a) que l'État défendeur doit verser dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
 - i) à chacune des troisième et quatrième requérantes, 5 000 EUR (cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
 - ii) aux requérants, 15 000 EUR (quinze mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour frais et dépens ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 juin 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek
Greffière

Mark Villiger
Président



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DEUXIÈME SECTION

AFFAIRE PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE

(Requête n° 25358/12)

ARRÊT

STRASBOURG

27 janvier 2015

Renvoi devant la Grande Chambre

01/06/2015

Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.



En l'affaire Paradiso et Campanelli c. Italie,

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

Işıl Karakaş, *présidente*,
Guido Raimondi,
András Sajó,
Nebojša Vučinić,
Helen Keller,
Egidijus Kūris,
Robert Spano, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 9 décembre 2014,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 25358/12) dirigée contre la République italienne et dont deux ressortissants de cet État, Mme Donatina Paradiso et M. Giovanni Campanelli (« les requérants »), ont saisi la Cour le 27 avril 2012 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Les requérants ont introduit la requête également au nom de l'enfant qui, d'après le certificat de naissance délivré par les autorités russes le 1^{er} mars 2011, serait leur fils, né le 27 février 2011, et s'appellerait Teodoro Campanelli.

2. Les requérants ont été représentés par M^e K. Svitnev, avocat à Moscou, travaillant pour la société Rosjurconsulting. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, Mme E. Spatafora.

3. Les requérants allèguent en particulier que le refus de transcrire le certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil italien et l'éloignement du mineur sont incompatibles avec l'article 8 de la Convention.

4. Le 9 mai 2012, la requête a été communiquée au Gouvernement. Le gouvernement défendeur et les requérants ont déposé leurs observations. Le 20 février 2014, une question complémentaire a été posée aux parties sur le point de savoir s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso du 13 avril 2013 ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et pour contester la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 5 juin 2013, ayant déclaré que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir. Le Gouvernement a été invité

à déposer la jurisprudence pertinente relative à l'efficacité des remèdes dont il pourrait alléguer l'existence.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Les requérants sont nés respectivement en 1967 et 1955 et résident à Colletorto.

6. Les requérants sont un couple marié. Dans le formulaire de requête, ils ont exposé qu'après avoir vainement fait des tentatives de fécondation *in vitro*, ils décidèrent de recourir à la gestation pour autrui pour devenir parents. Ils contactèrent à cette fin une clinique basée à Moscou, spécialisée dans les techniques de reproduction assistée. Ils conclurent une convention de gestation pour autrui avec la société Rosjurconsulting. Après une fécondation *in vitro* réussie le 19 mai 2010, deux embryons « leur appartenant » furent implantés dans l'utérus d'une mère porteuse le 19 juin 2010. Il n'y avait pas de lien génétique entre cette dernière et les embryons.

7. Le bébé naquit le 27 février 2011. La mère porteuse donna son consentement écrit pour que l'enfant soit enregistré comme fils des requérants. Sa déclaration écrite datée du même jour, lue à haute voix à l'hôpital en présence de son médecin, du médecin chef et du chef de division (de l'hôpital) se lit ainsi (traduction française de la version originale russe) :

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...) »

Cette déclaration, dans sa traduction italienne annexée à l'original, se lit ainsi (version française) :

« Je soussignée (...) ai mis au monde un garçon à la clinique maternité (...) de Moscou. Les parents génétiques de l'enfant sont un couple marié d'italiens, Giovanni Campanelli, né le (...) et Donatina Paradiso née le (...), qui ont déclaré par écrit vouloir implanter leurs embryons dans mon utérus.

Sur la base de ce qui précède et conformément à l'alinéa 5 du paragraphe 16 de la loi fédérale sur l'état civil et à l'alinéa 4 du paragraphe 51 du code de la famille je donne mon consentement pour l'inscription dans l'acte et dans le certificat de naissance du couple ci-dessus comme parents de l'enfant que j'ai accouché. (...) »

8. Le 10 mars 2011, conformément au droit russe, les requérants furent enregistrés comme parents du nouveau-né. Le certificat de naissance russe, ne mentionnant pas la gestation pour autrui, fut apostillé selon les dispositions de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (*infra* « la Convention de la Haye ») supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

9. Le 29 avril 2011, la requérante se rendit au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant au nouveau-né de partir en Italie avec elle. La requérante répondit à des questions et déposa le dossier relatif à la naissance de l'enfant. Le Consulat d'Italie délivra les documents permettant à ce dernier de partir en Italie avec la requérante.

10. Le 30 avril 2011, la requérante et l'enfant arrivèrent en Italie. Quelques jours plus tard, le requérant demanda à la municipalité de Colletorto l'enregistrement du certificat de naissance.

11. Par une note du 2 mai 2011 - qui n'est pas versée au dossier - le Consulat d'Italie à Moscou communiqua au tribunal des mineurs de Campobasso, au ministère des Affaires étrangères, à la préfecture et à la ville de Colletorto, que le dossier relatif à la naissance de l'enfant contenait des données fausses.

12. Le 5 mai 2011, les requérants furent mis en examen pour « altération d'état civil » au sens de l'article 567 du code pénal, pour faux au sens des articles 489 et 479 du code pénal ; en outre, pour infraction à l'article 72 de la loi sur l'adoption (loi n° 183/1984), car ils avaient amené l'enfant sans respecter la loi et avaient contourné les limites posées dans l'agrément à l'adoption obtenu le 7 décembre 2006, qui excluait qu'ils puissent adopter un enfant en si bas âge.

13. Le 5 mai 2011, le ministère public près le tribunal pour mineurs de Campobasso demanda l'ouverture d'une procédure d'adoptabilité, car l'enfant devait être considéré comme étant dans un état d'abandon au sens de la loi. Le même jour, le tribunal pour mineurs nomma un curateur spécial au sens de l'article 8 de la loi n° 184/1983 et ouvrit une procédure d'adoptabilité. Le 16 mai 2011, le procureur de la République sollicita la mise sous curatelle de l'enfant au sens des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le tribunal nomma un curateur. Il ressort du dossier que les requérants s'opposaient aux mesures concernant l'enfant et avaient demandé à pouvoir adopter le mineur.

14. Le 25 mai 2011, la requérante, assistée par son avocat de confiance, fut interrogée par les carabinieri de Larino. L'intéressée déclara qu'elle s'était rendue en Russie seule, en septembre 2008, avec le liquide séminal de son mari précédemment recueilli. Elle avait souscrit un contrat avec la société Rosjurconsulting, qui s'était engagée à trouver une mère porteuse disposée à accueillir dans son utérus le matériel génétique de la requérante et de son époux, par le biais de la clinique Vitanova de Moscou. Cette pratique était parfaitement légale en Russie et permettait d'obtenir un

certificat de naissance indiquant les identités des requérants comme parents. En juin/juillet 2010, la requérante avait été contactée par la société russe au motif qu'une mère porteuse avait été trouvée, et avait donné son accord pour l'intervention. Le 10 mars 2011, la requérante s'était rendue à Moscou. En avril 2011, munie d'un certificat de naissance délivré le 10 mars 2011 par les autorités russes, elle s'était rendue au Consulat d'Italie à Moscou pour obtenir les documents permettant à l'enfant de sortir de Russie et de se rendre en Italie. Le certificat de naissance indiquait les noms des requérants et leur qualité de parents.

15. Le 27 juin 2011, les requérants furent entendus par le tribunal pour mineurs. La requérante déclara qu'après huit tentatives infructueuses de fécondation *in vitro*, et qui avaient mis en danger sa santé, elle avait recouru à la clinique russe car, dans ce pays-là, il était possible d'utiliser les ovules d'une donatrice, qui étaient ensuite implantés dans le ventre de la mère porteuse.

16. Par ailleurs, le curateur de l'enfant demanda au tribunal de suspendre l'autorité parentale des requérants, au sens de l'article 10 § 3 de la loi n° 184/1983.

17. Le 7 juillet 2011, le tribunal ordonna de procéder à un test ADN pour établir si le requérant était le père biologique de l'enfant.

18. Le 11 juillet 2011, le ministre de l'intérieur demanda au bureau de l'état civil de refuser l'enregistrement de l'acte de naissance.

19. Le 1^{er} août 2011, le requérant et l'enfant se soumièrent au test ADN. Le résultat de ce test montra qu'il n'y avait pas de lien génétique entre eux.

20. Le 4 août 2011, le bureau de l'état civil refusa l'enregistrement du certificat de naissance. Les requérants introduisirent un recours contre ce refus devant le tribunal de Larino. Le ministère public demanda à ce tribunal de donner une nouvelle identité à l'enfant et de délivrer un nouveau certificat de naissance.

21. Le tribunal de Larino s'étant déclaré incompétent le 29 septembre 2011, la procédure reprit devant la cour d'appel de Campobasso. Les requérants insistaient pour la transcription du certificat de naissance russe.

22. Le 20 octobre 2011, sur la base de l'expertise génétique et des conclusions des parties, y compris celles du curateur de l'enfant, le tribunal pour mineurs décida d'éloigner l'enfant des requérants. Cette décision était immédiatement exécutoire. À la base de sa décision, le tribunal prit en compte les éléments suivants : la requérante avait déclaré ne pas être la mère génétique ; les ovules provenaient d'une femme inconnue ; le test ADN effectué sur le requérant et sur l'enfant avait démontré qu'il n'y avait aucun lien génétique entre eux ; les requérants avaient payé une importante somme d'argent (49 000 euros (EUR)) ; contrairement à ses dires, rien ne prouvait que le matériel génétique du requérant ait été réellement transporté en Russie. La seule chose qui était sûre dans cette histoire était l'identité de

la mère porteuse, qui n'était pas la mère biologique et qui avait renoncé à l'enfant mis au monde. Les parents biologiques demeuraient inconnus. Ceci étant, on n'était pas dans un cas de maternité subrogée, car l'enfant n'avait aucun lien génétique avec les requérants. Ces derniers versaient dans l'illégalité : ils avaient amené un enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils. Ce faisant, ils avaient en premier lieu violé les dispositions sur l'adoption internationale (loi n° 184 du 4 mai 1983), qui en son article 72 prévoyait une infraction pénale, dont l'évaluation n'incombait toutefois pas au tribunal pour mineurs. En deuxième lieu, l'accord conclu par les requérants avec la société Rosjurconsulting était contraire à la loi sur la procréation médicalement assistée (loi n° 40 du 19 février 2004) qui interdisait en son article 4 la fécondation assistée hétérologue. Un terme devait être mis à cette situation illégale et la seule façon était d'éloigner l'enfant des requérants. Certes, l'enfant subirait un préjudice du fait de la séparation, mais, vu la courte période passée avec les requérants et son bas âge, l'enfant surmonterait tout ça. Les recherches pour trouver un couple d'adoptants seraient entamées immédiatement. En outre, vu que les requérants avaient préféré court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément qu'ils avaient obtenu, on pouvait penser que l'enfant résultait d'un désir narcissique du couple ou bien qu'il était destiné à résoudre des problèmes de couple. En conséquence le tribunal doutait de leur réelle capacité affective et éducative. L'enfant n'ayant ni une famille biologique ni sa mère porteuse, car elle avait renoncé à lui, le tribunal estima que la loi italienne sur l'adoption s'appliquait au cas d'espèce (au sens de l'article 37*bis* de la loi n° 184/1983), confia l'enfant aux services sociaux et nomma un tuteur pour sa défense.

23. L'enfant fut placé dans une maison d'accueil (*casa famiglia*) dans un endroit inconnu des requérants. Les contacts entre les requérants et l'enfant furent interdits.

24. Les requérants déposèrent un recours (*reclamo*) devant la cour d'appel de Campobasso. Ils arguaient, entre autres, que les juridictions italiennes ne pouvaient pas remettre en cause le certificat de naissance. Ils demandaient, par ailleurs, de ne pas adopter des mesures concernant l'enfant tant que la procédure pénale ouverte contre eux et la procédure engagée pour contester le refus de transcrire le certificat de naissance étaient pendantes.

25. Par une décision du 28 février 2012, la cour d'appel de Campobasso rejeta le recours. Il ressort en particulier de cette décision que l'article 33 de la loi n° 218/95 (loi sur le droit privé international) n'empêchait pas l'autorité judiciaire italienne de ne pas donner suite aux indications certifiées provenant d'un État étranger. Il n'y avait aucune incompétence, car l'article 37*bis* de la loi sur l'adoption internationale (loi n° 184/1983) prévoyait l'application de la loi italienne si le mineur étranger était en état d'abandon et tel était le cas en l'espèce. Il était par ailleurs inutile d'attendre

l'issue de la procédure pénale car la responsabilité pénale des requérants ne jouait aucun rôle. Il était au contraire nécessaire d'adopter une mesure urgente à l'égard de l'enfant pour mettre fin à la situation d'illégalité dans laquelle les intéressés versaient. Contre cette décision il n'était pas possible de former un recours en cassation.

26. Il ressort d'une note datée du 22 mai 2012, adressée par le tribunal pour mineurs au ministère de la Justice, que l'enfant n'avait pas encore été déclaré comme étant adoptable car la procédure portant sur la transcription du certificat de naissance de l'enfant était pendante devant la cour d'appel de Campobasso.

27. Entre-temps, le 30 octobre 2011, le procureur de la République près le tribunal de Larino avait ordonné la saisie conservatoire du certificat de naissance russe, au motif qu'il s'agissait d'une preuve essentielle. Il ressortait en effet du dossier que les requérants non seulement avaient vraisemblablement commis les faits reprochés, mais avaient tenté de les dissimuler. Ils avaient, entre autres, déclaré être les parents biologiques, et avaient corrigé leurs versions des faits au fur et à mesure qu'ils étaient démentis.

28. Les requérants attaquèrent la décision de saisie conservatoire.

29. Par une décision du 20 novembre 2012, le tribunal de Campobasso rejeta le recours des requérants. Il ressort de cette décision qu'il y avait de graves soupçons quant à la commission des infractions reprochées. En particulier, la requérante avait fait circuler la rumeur de sa grossesse ; elle s'était présentée au Consulat en laissant sous-entendre qu'elle était la mère naturelle ; ensuite, elle avait admis que l'enfant avait été mis au monde par une mère subrogée ; aux carabinieri, elle avait déclaré le 25 mai 2011 que le requérant était le père biologique alors que les tests ADN l'avaient démenti et donc elle avait fait de fausses déclarations ; elle avait été très vague quant à l'identité de la mère génétique ; les documents relatifs à la maternité subrogée disaient que les deux requérants avaient été vus par les médecins russes ce qui ne concordait pas avec le fait que le requérant n'avait pas été en Russie ; les documents concernant l'accouchement n'avaient pas une date avérée. La seule chose certaine était que l'enfant était né et qu'il avait été remis à la requérante contre le paiement de presque 50 000 EUR. L'hypothèse selon laquelle les requérants avaient eu une conduite illégale afin d'obtenir la transcription de la naissance et de contourner les lois italiennes paraissait donc fondée.

30. En novembre 2012, la décision concernant la saisie conservatoire fut transmise par le ministère public au tribunal pour mineurs, car elle avait les implications suivantes. Le chef d'accusation tiré de l'article 72 de la loi n° 184/1983 privait les requérants de la possibilité d'accueillir l'enfant en placement (*affido*) et d'adopter celui-ci ou d'autres mineurs. Il n'y avait donc pas d'autres solutions que de continuer la procédure d'adoption pour l'enfant. Le placement provisoire auprès d'une famille avait été demandé en

vertu des articles 8 et 10 de la loi n° 184/83. Le ministère public réitéra sa demande et souligna que l'enfant avait été éloigné plus d'un an auparavant et qu'il vivait depuis en maison d'accueil (*casa famiglia*), où il avait établi des relations significatives avec des personnes appelées à s'occuper de lui. L'enfant n'avait donc pas encore trouvé un environnement familial pouvant remplacer celui qui avait été illégalement offert par ceux qui l'avaient emmené en Italie. Cet enfant semblait destiné à une nouvelle séparation beaucoup plus douloureuse de celle de la mère qui l'avait mis au monde et puis de celle qui prétendait être sa mère.

31. Il ressort du dossier que le 26 janvier 2013, l'enfant fut placé auprès d'une famille d'accueil.

32. En mars 2013, à la demande du tuteur, une expertise visant à déterminer l'âge du mineur fut effectuée. Celle-ci établit que l'enfant était vraisemblablement âgé de 30 mois, et que trois mois d'écart en plus ou en moins étaient possibles.

33. Par ailleurs, début avril 2013, le tuteur demanda au tribunal pour mineurs d'attribuer une identité conventionnelle à l'enfant, afin que celui-ci puisse être inscrit sans difficulté à l'école. Il communiquait que l'enfant avait été placé dans une famille le 26 janvier 2013, mais qu'il était sans identité. Cette « inexistence » avait un fort impact sur les questions administratives : sous quelle identité inscrire l'enfant à l'école, dans son carnet de vaccinations, à son domicile. Il est vrai que cette situation répondait au but de ne pas permettre à la famille d'origine, c'est-à-dire aux requérants, de comprendre où était l'enfant afin de mieux le protéger. Toutefois, une identité temporaire conventionnelle aurait permis de maintenir le secret sur l'identité réelle de l'enfant et, en même temps, aurait permis à ce dernier d'accéder aux services publics alors qu'il lui était loisible seulement d'utiliser les services médicaux d'urgence.

34. Par une décision immédiatement exécutoire du 3 avril 2013, la cour d'appel de Campobasso se prononça au sujet du certificat de naissance, duquel il était question d'ordonner ou pas la transcription (au sens de l'article 95 du décret du Président de la République (« DPR ») n° 396/00). Elle rejeta l'exception soulevée par le tuteur selon laquelle les requérants n'avaient pas la qualité pour agir devant la cour ; elle reconnut en effet aux requérants la capacité d'ester en justice dans la mesure où ils résultaient être les « parents » dans l'acte de naissance qu'ils souhaitaient transcrire. Toutefois, il était évident que les requérants n'étaient pas les parents biologiques. Il n'y avait donc pas eu de gestation pour autrui, alors que les requérants dans leur mémoire avaient parlé de fécondation assistée hétérologue ; les parties s'accordaient pour dire que la loi russe présupposait un lien biologique entre l'enfant et au moins un des parents potentiels pour pouvoir parler de maternité de substitution. L'acte de naissance était donc faux (*ideologicamente falso*). Ensuite, étant donné que rien ne montrait que l'enfant avait la citoyenneté russe, l'argument des requérants tiré de

l'inapplicabilité de la loi italienne se heurtait à l'article 33 de la loi n° 218/95, selon lequel la filiation était déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. Il était en outre contraire à l'ordre public de transcrire le certificat litigieux car il était faux. Les requérants plaidaient leur bonne foi et alléguaient qu'ils n'arrivaient pas à s'expliquer pourquoi, à la clinique russe, le liquide séminal du requérant n'avait pas été utilisé ; toutefois ceci ne changeait rien à la situation et ne remédiait pas au fait que le requérant n'était pas le père biologique. En conclusion, il était légitime de refuser la transcription du certificat de naissance russe ainsi que d'accueillir la demande du ministère public d'établir un nouvel acte de naissance. Par conséquent la cour ordonna la délivrance d'un nouvel acte de naissance dans lequel il serait indiqué que l'enfant était fils de parents inconnus, né à Moscou le 27 février 2011, et un nouveau nom (déterminé au sens du DPR n° 396/00).

35. La procédure portant sur l'adoption de l'enfant reprit devant le tribunal pour mineurs. Les requérants confirmèrent leur opposition au placement de l'enfant auprès de tierces personnes. Le tuteur demanda de déclarer que les requérants n'avaient plus de *locus standi*. Le ministère public demanda au tribunal de ne pas se prononcer sur sa demande de déclarer l'enfant adoptable en utilisant le nom qu'il avait à l'origine, au motif qu'il avait entre-temps ouvert une deuxième procédure pour demander la déclaration d'adoptabilité pour l'enfant sous sa nouvelle identité d'enfant de parents inconnus. Le 5 juin 2013, compte tenu des éléments du dossier, le tribunal pour mineurs déclara que les requérants n'avaient plus la qualité pour agir dans la procédure d'adoption qu'ils avaient entamée, étant donné qu'ils n'étaient ni les parents ni les membres de la famille de l'enfant, au sens de l'article 10 de la loi n° 184/1983. Le tribunal déclara qu'il réglerait la question de l'adoption de l'enfant dans le cadre de l'autre procédure d'adoption, à laquelle le ministère public s'était référé.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. La loi sur le droit international privé

36. Aux termes de l'article 33 de la loi n° 218 de 1995 sur le droit international privé, la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance.

B. La loi de simplification de l'état civil

37. Le décret du Président de la République du 3 novembre 2000, n° 396 (loi de simplification de l'état civil) prévoit que les déclarations de naissance relatives à des ressortissants italiens qui ont été faites à l'étranger

doivent être transmises aux autorités consulaires (article 15). Les autorités consulaires transmettent copie des actes aux fins de la transcription à l'état civil de la commune où l'intéressé entend établir sa résidence (article 17). Les actes formés à l'étranger ne peuvent être transcrits s'ils sont contraires à l'ordre public (article 18). Pour qu'elles déploient leurs effets en Italie, les décisions (*provvedimenti*) étrangères prononcées en matière de capacité des personnes ou d'existence de relations familiales (...) ne doivent pas être contraires à l'ordre public (article 65).

C. La loi sur la procréation médicalement assistée

38. La loi n° 40 du 19 février 2004 prévoyait en son article 4 l'interdiction de recourir à la procréation hétérologue. Le non-respect de cette disposition entraînait une sanction pécuniaire allant de 300 000 EUR à 600 000 EUR.

Par un arrêt du 9 avril 2014, la Cour constitutionnelle a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles.

D. Les dispositions pertinentes en matière d'adoption

39. Les dispositions relatives à la procédure d'adoption sont consignées dans la loi n° 184/1983.

Selon l'article 2, le mineur qui est resté temporairement sans un environnement familial adéquat peut être confié à une autre famille, si possible comprenant des enfants mineurs, ou à une personne seule, ou à une communauté de type familial, afin de lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction. Au cas où un placement familial adéquat ne serait pas possible, il est permis de placer le mineur dans un institut d'assistance public ou privé, de préférence dans la région de résidence du mineur.

L'article 5 prévoit que la famille ou la personne à laquelle le mineur est confié doivent lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction (...) compte tenu des indications du tuteur et en observant les prescriptions de l'autorité judiciaire. Dans tous les cas, la famille d'accueil exerce la responsabilité parentale en ce qui concerne les rapports avec l'école et le service sanitaire national. La famille d'accueil doit être entendue dans la procédure de placement et celle concernant la déclaration d'adoptabilité.

Par ailleurs, l'article 7 prévoit que l'adoption est possible au bénéfice des mineurs déclarés adoptables.

L'article 8 prévoit que « peuvent être déclarés en état d'adoptabilité par le tribunal pour enfants, même d'office, (...) les mineurs en situation d'abandon car dépourvus de toute assistance morale ou matérielle de la part des parents ou de la famille tenus d'y pourvoir, sauf si le manque d'assistance est dû à une cause de force majeure de caractère transitoire ». « La situation d'abandon subsiste », poursuit l'article 8, « (...) même si les

mineurs se trouvent dans un institut d'assistance ou s'ils ont été placés auprès d'une famille ». Enfin, cette disposition prévoit que la cause de force majeure cesse si les parents ou d'autres membres de la famille du mineur tenus de s'en occuper refusent les mesures d'assistance publique et si ce refus est considéré par le juge comme injustifié. La situation d'abandon peut être signalée à l'autorité publique par tout particulier et peut être relevée d'office par le juge. D'autre part, tout fonctionnaire public, ainsi que la famille du mineur, qui ont connaissance de l'état d'abandon de ce dernier, sont obligés d'en faire la dénonciation. Par ailleurs, les instituts d'assistance doivent informer régulièrement l'autorité judiciaire de la situation des mineurs qu'ils accueillent (article 9).

L'article 10 prévoit ensuite que le tribunal peut ordonner, jusqu'au placement pré-adoptif du mineur dans la famille d'accueil, toute mesure temporaire dans l'intérêt du mineur, y compris, le cas échéant, la suspension de l'autorité parentale.

Les articles 11 à 14 prévoient une instruction visant à éclaircir la situation du mineur et à établir si ce dernier se trouve dans un état d'abandon. En particulier, l'article 11 dispose que lorsque, au cours de l'enquête, il ressort que l'enfant n'a de rapports avec aucun membre de sa famille jusqu'au quatrième degré, il peut déclarer l'état d'adoptabilité sauf s'il existe une demande d'adoption au sens de l'article 44.

À l'issue de la procédure prévue par ces derniers articles, si l'état d'abandon au sens de l'article 8 persiste, le tribunal des mineurs déclare le mineur adoptable si : a) les parents ou les autres membres de la famille ne se sont pas présentés au cours de la procédure ; b) leur audition a démontré la persistance du manque d'assistance morale et matérielle ainsi que l'incapacité des intéressés à y remédier ; c) les prescriptions imposées en application de l'article 12 n'ont pas été exécutées par la faute des parents (article 15). L'article 15 prévoit également que la déclaration d'état d'adoptabilité est prononcée par le tribunal des mineurs siégeant en chambre du conseil par décision motivée, après avoir entendu le ministère public, le représentant de l'institut auprès duquel le mineur a été placé ou de son éventuelle famille d'accueil, le tuteur et le mineur lui-même s'il est âgé de plus de douze ans ou, s'il est plus jeune, si son audition est nécessaire.

L'article 17 prévoit que l'opposition à la décision déclarant un mineur adoptable doit être déposée dans un délai de trente jours à partir de la date de la communication à la partie requérante.

L'article 19 prévoit que pendant l'état d'adoptabilité, l'exercice de l'autorité parentale est suspendu.

L'article 20 prévoit enfin que l'état d'adoptabilité cesse au moment où le mineur est adopté ou si ce dernier devient majeur. Par ailleurs, l'état d'adoptabilité peut être révoqué, d'office ou sur demande des parents ou du ministère public, si les conditions prévues par l'article 8 ont entre-temps disparu. Cependant, si le mineur a été placé dans une famille en vue de

l'adoption (*affidamento preadottivo*) au sens des articles 22 à 24, l'état d'adoptabilité ne peut pas être révoqué.

L'article 44 prévoit certains cas d'adoption spéciale : l'adoption est possible au bénéfice des mineurs qui n'ont pas encore été déclarés adoptables. En particulier, l'article 44 d) prévoit l'adoption quand il est impossible de procéder à un placement en vue de l'adoption.

40. L'article 37*bis* de cette loi prévoit que la loi italienne s'applique aux mineurs étrangers qui sont en Italie pour ce qui est de l'adoption, du placement et des mesures urgentes.

Au sens de l'article 72 de la loi sur l'adoption internationale, celui qui introduit sur le territoire de l'État un mineur étranger en violation des dispositions prévues par ladite loi, afin de se procurer de l'argent ou d'autres bénéfices, et afin que le mineur soit confié définitivement à des citoyens italiens, commet une infraction pénale punie d'une peine d'emprisonnement de un à trois ans. Cette peine s'applique également à ceux qui, en échange d'argent ou d'autres bénéfices, accueillent des mineurs étrangers en « placement » de manière définitive. La condamnation pour cette infraction entraîne l'incapacité d'accueillir des enfants en placement (*affidi*) et l'incapacité de devenir tuteur.

E. Le recours en cassation aux termes de l'article 111 de la Constitution

41. Aux termes de l'article 111 alinéa 7 de la Constitution, il est toujours possible de se pourvoir en cassation pour alléguer la violation de la loi s'agissant de décisions judiciaires portant sur les restrictions à la liberté personnelle. La Cour de cassation a élargi le domaine d'application de ce remède aux procédures civiles lorsque la décision à contester a un impact substantiel sur des situations (*decisoria*) et elle ne peut pas être modifiée ou révoquée par le même juge qui l'a prononcée (*definitiva*).

Les décisions concernant des mesures urgentes à l'égard d'un mineur en état d'abandon prises par décision du tribunal pour mineurs sur la base de l'article 10 de la loi sur l'adoption (articles 330 et suivants du code civil, 742 du code de procédure civile) sont modifiables et révocables. Elles peuvent faire l'objet d'une réclamation devant la cour d'appel. S'agissant de décisions pouvant être modifiées et révoquées en tout temps, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en cassation (Cassation civile, Sec. I, arrêt du 18.10.2012, n° 17916)

III. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers

42. La Convention de la Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers a été conclue le 5 octobre 1961. Elle s'applique aux actes publics - tels que définis à l'article 1 - qui ont été établis sur le territoire d'un État contractant et qui doivent être produits sur le territoire d'un autre État contractant.

Article 2

« Chacun des États contractants dispense de légalisation les actes auxquels s'applique la présente Convention et qui doivent être produits sur son territoire. La légalisation au sens de la présente Convention ne recouvre que la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur lequel le territoire duquel l'acte doit être produit atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. »

Article 3

« La seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille définie à l'article 4, délivrée par l'autorité compétente de l'État d'où émane le document. »

Article 5

« L'apostille est délivrée à la requête du signataire ou de tout porteur de l'acte. Dûment remplie, elle atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. La signature, le sceau ou timbre qui figurent sur l'apostille sont dispensés de toute attestation ».

Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé.

B. Les dispositions pertinentes de droit russe

43. La loi fondamentale sur la protection de la santé des citoyens prévoit à son article 55 la maternité subrogée parmi les techniques de reproduction assistée. Peuvent accéder à ce type de techniques les couples mariés et non mariés, ainsi que les célibataires. La maternité subrogée est le fait de porter et remettre un enfant sur la base d'un contrat conclu par la mère porteuse et

les parents « potentiels ». La mère porteuse doit être âgée d'au moins 20 ans et au maximum de 35 ans, avoir déjà eu un enfant en bonne santé et avoir donné son consentement écrit à l'intervention. Cette dernière ne peut se faire que dans les cliniques autorisées. Le décret du ministère de la Santé n° 67 de 2003 règle les modalités et les conditions.

Si les dispositions pertinentes ont été respectées, le résultat de la maternité subrogée est qu'un couple marié est reconnu comme couple de parents d'un enfant né d'une mère porteuse. Cette dernière doit donner son consentement écrit pour que le couple soit reconnu comme parents (article 51 § 4 du code de la famille du 29 décembre 1995).

C. Les principes adoptés par le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe

44. Le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur du comité directeur de bioéthique, a publié en 1989 une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé :

« 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition :

- a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
- b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant. »

EN DROIT

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES AU NOM DE L'ENFANT

45. Les requérants se plaignent au nom de l'enfant de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et des mesures d'éloignement et placement adoptées par les juridictions italiennes. Ils allèguent la violation des articles 6, 8 et 14 de la Convention, de la

Convention de la Haye ainsi que de la Convention sur la protection des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

46. Selon le Gouvernement, les requérants ne peuvent pas représenter l'enfant devant la Cour, au motif que celui-ci est déjà représenté au niveau national par un tuteur qui est intervenu dans la procédure devant les juridictions nationales. Nommé le 20 octobre 2011 par le tribunal pour mineurs de Campobasso et confirmé par la cour d'appel de Campobasso le 21 février 2012, le tuteur représente l'enfant et gère ses biens. En conclusion, la requête présentée au nom de l'enfant par les requérants, qui défendent leur propre intérêt et non celui de l'enfant, serait, pour cette partie, incompatible *ratione personae*.

47. Les requérants contestent la thèse du Gouvernement.

48. La Cour rappelle qu'il convient d'éviter une approche restrictive ou purement technique en ce qui concerne la représentation des enfants devant les organes de la Convention ; en particulier, il faut tenir compte des liens entre l'enfant concerné et ses « représentants », de l'objet et du but de la requête ainsi que de l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts (*Moretti et Benedetti c. Italie*, n° 16318/07, § 32, 27 avril 2010 ; voir aussi *S.D., D.P., et T. c. Royaume-Uni*, n° 23714/94, décision de la Commission du 20 mai 1996, non publiée).

49. En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire.

50. Dans ces circonstances, la Cour estime que les requérants n'ont pas qualité pour agir devant la Cour pour le compte de l'enfant (*Moretti et Benedetti*, précité, § 35). Cette partie de la requête doit donc être rejetée comme étant incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de celle-ci.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION PAR LES REQUÉRANTS EN LEUR NOM

51. Les requérants allèguent que le refus par les autorités italiennes d'enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et les décisions d'éloignement de l'enfant adoptées par les juridictions nationales ont méconnu la Convention de la Haye conclue le 5 octobre 1961 et ont porté atteinte à leur vie privée et familiale telle que garantie par l'article 8 de la Convention. Ils allèguent en outre la violation de l'article 6, au motif que la procédure portant sur l'éloignement du mineur n'a pas été équitable.

52. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

53. Selon une jurisprudence constante, les Parties contractantes sont responsables en vertu de l'article 1 de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. L'article 1 ne fait aucune distinction à cet égard entre les différents types de normes ou de mesures et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la Convention. La Cour rappelle que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 33 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations avec les parties, en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (voir, entre autres, *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, §§ 168-169, CEDH 2012). Ainsi, même si le droit d'obtenir la transcription d'un certificat de naissance étranger ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention, la Cour va examiner la requête sous l'angle de la Convention dans le contexte des autres traités internationaux pertinents.

54. Maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, la Cour estime approprié d'examiner cette partie de la requête uniquement sous l'angle de l'article 8 de la Convention, lequel exige que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte, comme il se doit, les intérêts protégés par cette disposition (*Moretti et Benedetti*, précité, § 49 ; *Havelka et autres c. République tchèque*, n° 23499/06, §§ 34-35, 21 juin 2007 ; *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 56, CEDH 2002-I ; *Wallová et Walla c. République tchèque*, n° 23848/04, § 47, 26 octobre 2006). L'article 8 de la Convention dispose ainsi dans ses parties pertinentes :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...).

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Sur la recevabilité

1. Sur l'exception tirée de l'article 34 de la Convention

55. Le Gouvernement excipe que les requérants ne peuvent pas agir devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention, car l'enfant a été mis sous tutelle.

56. Les requérants s'opposent à cette thèse.

57. La Cour doit examiner la question de savoir si les requérants peuvent ester en justice et s'ils peuvent se prétendre victimes des violations alléguées au sens de l'article 34 de la Convention. Elle note à cet égard que les juridictions italiennes ont reconnu la qualité pour agir en justice des requérants, étant donné que ceux-ci étaient les parents de l'enfant d'après le certificat de naissance russe, et qu'au moins initialement, les intéressés avaient l'autorité parentale sur l'enfant. Il s'ensuit que les requérants peuvent soulever leurs griefs devant la Cour au sens de l'article 34 de la Convention. L'exception du Gouvernement doit dès lors être rejetée.

2. Sur l'exception de non épuisement des voies de recours internes

58. Le Gouvernement a observé que les procédures nationales étaient pendantes. Il s'est référé en particulier à la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants et à la procédure se déroulant devant le tribunal pour mineurs de Campobasso. Invité par la suite (paragraphe 4 ci-dessus) à préciser s'il existait un remède efficace pour contester la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant confirmé le refus de transcrire le certificat de naissance, et s'il existait un remède efficace pour contester la décision d'exclusion de la procédure du tribunal pour mineurs, le Gouvernement a répondu par l'affirmative. Toutefois, il n'a pas déposé de jurisprudence pertinente.

59. Les requérants s'opposent à la thèse du Gouvernement.

60. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tels qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV). Elle se doit de décider si les requérants ont satisfait à cette condition.

61. La Cour relève en premier lieu que la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants était pendante au moment de l'introduction de la requête. Toutefois, elle note, d'une part, que les juridictions civiles ont adopté leurs décisions sans attendre l'issue de cette procédure, d'autre part, que les griefs des requérants ne visent pas la procédure pénale en tant que telle. Par conséquent, un problème de non-épuisement des voies de recours internes ne se pose pas sur ce point et la Cour considère que l'exception du Gouvernement n'est pas pertinente et doit être rejetée.

62. S'agissant de la procédure intentée par les requérants dans le but d'obtenir la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la Cour note que les requérants n'ont pas formé un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel de Campobasso ayant rejeté leur recours en date du 3 avril 2013. Le Gouvernement a affirmé l'existence et l'efficacité d'un tel pourvoi sans fournir de jurisprudence pertinente.

La Cour ne dispose donc pas de décisions rendues par la Cour de cassation dans des cas analogues, où l'enjeu serait également la reconnaissance d'un acte étranger contraire au droit national. Elle est toutefois convaincue que la situation dénoncée par les requérants aurait dû être soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, qui est l'instance nationale susceptible d'interpréter la loi. Il s'ensuit que, sur ce point, les requérants n'ont pas satisfait à la condition d'épuisement des voies de recours internes.

Le grief tiré de l'impossibilité d'obtenir la transcription du certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil doit dès lors être rejeté conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

63. S'agissant du grief tiré des mesures d'éloignement et mise sous tutelle de l'enfant, la Cour relève que la décision du tribunal pour mineurs de Campobasso du 20 octobre 2011 a été attaquée devant la cour d'appel de Campobasso. Cette dernière a rejeté le recours des requérants et a confirmé les mesures le 28 février 2012. Étant donné le caractère non définitif de ce type de décisions, il n'était pas possible de se pourvoir en cassation (paragraphe 41 ci-dessus).

La Cour estime dès lors que les requérants ont épuisé les voies de recours internes sur ce point. Elle constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

64. Quant à la décision prononcée par le tribunal pour mineurs de Campobasso le 5 juin 2013, ayant décrété que les intéressés ne pouvaient pas poursuivre la procédure concernant l'enfant dénommé Teodoro Campanelli car ils n'avaient plus la qualité pour agir, la Cour note que les requérants n'ont pas attaqué cette décision devant la cour d'appel et puis devant la Cour de cassation. Toutefois, au vu des circonstances de l'espèce, la Cour doute de l'efficacité de ces remèdes en l'espèce. En effet, la décision du tribunal pour mineurs en question a été prononcée environ vingt mois après le moment de l'éloignement de l'enfant. Ce dernier, considéré en état d'abandon à défaut de liens biologiques avec au moins un des requérants, avait été placé aux fins de l'adoption auprès d'une famille depuis au moins janvier 2013. Le tribunal pour mineurs était appelé à se prononcer sur l'adoption de l'enfant dans le cadre d'une autre procédure, ouverte entre-temps à l'égard de l'intéressé sous sa nouvelle identité, à laquelle les requérants n'avaient pas la possibilité de participer. De plus, le

Gouvernement n'a fourni aucune décision montrant que dans un tel cas les recours disponibles auraient eu une chance raisonnable de succès. La Cour estime dès lors que même si des recours étaient ouverts contre la décision du tribunal pour mineurs du 5 avril 2013, les requérants n'étaient pas tenus de les épuiser (*Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 66-67, *Recueil* 1996-IV ; *Scordino c. Italie* (déc.), n° 36813/97, CEDH 2003-IV).

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

65. Les requérants observent que le problème soulevé par la requête ne concerne ni la maternité de substitution, ni la procréation assistée, ni les liens génétiques entre parents et enfants ni, enfin, l'adoption. Le problème en cause est le refus de reconnaître un certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et l'éloignement de l'enfant décidé par les autorités italiennes. Malgré l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation et malgré l'éloignement de l'enfant, les requérants ont l'autorité parentale sur ce dernier, même s'ils ne sont pas ses parents biologiques, et ce grâce au certificat de naissance, délivré par les autorités russes compétentes.

Le certificat litigieux est authentique, comme le prouve l'apostille, et, au nom de la sécurité juridique, il aurait dû être enregistré conformément à la Convention de la Haye sur l'apostille conclue le 5 octobre 1961. Il a été délivré conformément au droit russe, selon lequel il n'est pas nécessaire d'avoir un lien génétique pour établir un lien de filiation. L'origine de l'enfant a été établie par les autorités russes compétentes qui ont tenu compte de toutes les circonstances de sa naissance. L'avocat des requérants a soumis à cet égard un article rédigé par lui-même et publié dans « Open Access Scientific Reports ». Il ressort de cet article que la donation de gamètes et d'embryons est permise en Russie, même au niveau commercial. La maternité subrogée à des fins commerciales n'est pas interdite non plus. Il est donc possible en Russie d'acheter des gamètes auprès d'une banque (*IVF clinic's database*) ; de cette façon les gamètes achetés par les parents potentiels deviennent « leurs » gamètes, ce qui leur permettra d'être considérés comme parents.

Les requérants n'ont jamais commis d'infractions en Russie. Ils n'en ont pas commis non plus en Italie. Ils étaient libres de passer la frontière et d'aller là où la législation permet la fécondation *in vitro* hétérologue. En prétendant, à tort et sans fournir de raisons valables, que le certificat de naissance était faux, les autorités italiennes ont agi illégalement. Le seul critère qui aurait dû guider les autorités italiennes dans leurs décisions devait être l'intérêt de l'enfant : celui de pouvoir rester auprès des requérants.

66. Le Gouvernement fait observer qu'en délivrant les documents de voyage permettant à l'enfant de partir en Italie, le Consulat italien de Moscou a respecté ses obligations internationales. L'apostille apposée sur le certificat de naissance russe n'empêchait toutefois pas les autorités italiennes de vérifier la véracité du contenu du dossier lié à la naissance de l'enfant. Le droit italien trouve à s'appliquer en l'espèce. L'article 18 du DPR n° 396/2000 appelle les autorités italiennes à vérifier si l'acte de naissance est contraire ou non à l'ordre public interne et donc s'il est apte ou pas à être transcrit dans les registres de l'état civil. La filiation se détermine au sens de l'article 33 de la loi sur le droit international privé. Les juridictions nationales ont prouvé l'absence de tout lien biologique entre les requérants et l'enfant. Il s'agit donc d'un certificat de naissance faux dans son contenu. À supposer qu'il y ait eu une ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, celle-ci est conforme à l'article 8 de la Convention car elle repose sur une base légale, elle répond au but de protéger l'enfant et est nécessaire dans une société démocratique. Étant donné l'agrément qu'ils avaient obtenu, les requérants auraient pu adopter un enfant, d'autant plus que l'accord bilatéral conclu entre l'Italie et la Russie le 6 novembre 2008 a permis 781 adoptions régulières dans la seule année 2011. Le Gouvernement fait enfin observer qu'il n'y a pas de consensus européen en matière de gestation pour autrui.

2. *Appréciation par la Cour*

a) **Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention**

67. Conformément à sa jurisprudence, la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, Série A n° 31 ; *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII). La notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 30, série A n° 297-C; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 55, série A n° 112 ; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 36, *Recueil* 1997-II). Par ailleurs, les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (*Marckx*, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n°27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née

d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62, série A n° 94), ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (*Pini et autres c. Roumanie*, n°s 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V).

68. La Cour note que le cas d'espèce présente des similitudes avec l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007). Dans l'affaire luxembourgeoise il était question de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance au Luxembourg de la décision judiciaire péruvienne prononçant l'adoption plénière d'une requérante au profit d'une deuxième requérante. La Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale malgré l'absence de reconnaissance de l'adoption, en prenant en compte le fait que des liens familiaux *de facto* existaient depuis plus de dix ans entre les requérantes et que la deuxième se comportait à tous égards comme la mère de la mineure.

Dans une autre affaire (*Moretti et Benedetti*, précitée, §§ 50-52), il était question d'un couple marié de requérants qui avaient accueilli un enfant âgé d'un mois dans leur famille. Ils avaient passé dix-neuf mois avec lui avant que les juridictions italiennes ne décident de placer l'enfant auprès d'une autre famille aux fins d'adoption. La Cour a également conclu à l'existence d'une vie familiale *de facto*, confirmée entre autres par les expertises conduites sur la famille, malgré l'absence de tout rapport juridique de parenté (§§ 50-52).

69. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l'acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n'ayant pas été reconnu en droit italien, il n'a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l'autorité parentale sur l'enfant, comme le prouve la demande de suspension de l'autorité parentale introduite par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux *de facto*. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie : six mois en Italie, à partir du troisième mois de vie de l'enfant. Avant cette période, la requérante avait déjà passé quelques semaines avec lui en Russie. Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale *de facto* entre les requérants et l'enfant. Il s'ensuit que l'article 8 de la Convention s'applique en l'espèce.

70. À titre surabondant, la Cour note que, dans le cadre de la procédure engagée pour obtenir la reconnaissance de la filiation, le requérant s'est soumis à un test ADN. Il est vrai qu'aucun lien génétique n'a été établi entre le requérant et l'enfant (*a contrario*, *Keegan*, précité, § 45). Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la « vie familiale », mais aussi la « vie privée ». Cette dernière inclut, dans une certaine mesure,

le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (*mutatis mutandis*, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B.). Il semble d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de vie privée comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 39, série A n° 160). En l'espèce, le requérant a cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur. Sa demande de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger s'est donc doublée d'une quête de la vérité biologique, visant à déterminer ses liens avec l'enfant. En conséquence, il existait une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention (*Mikulić*, précité, § 55).

b) Sur l'observation de l'article 8 de la Convention

71. En l'espèce, les requérants se sont vu refuser, de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Aux yeux de la Cour cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 123). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle remplit les conditions cumulatives d'être prévue par la loi, de poursuivre un but légitime, et d'être nécessaire dans une société démocratique. La notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 50, CEDH 2000-IX ; *Pontes c. Portugal*, n° 19554/09, § 74, 10 avril 2012).

72. S'agissant de la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi », la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 5 de la Convention de la Haye de 1961, le seul effet de l'apostille est celui de certifier l'authenticité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé. En l'espèce, les juridictions italiennes ne se sont pas basées sur le certificat de naissance étranger mais elles ont opté pour

l'application du droit italien s'agissant du lien de filiation. En fait, l'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamète de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire. Enfin, la Cour relève que les mesures à l'égard de l'enfant prises par le tribunal pour mineurs et confirmées par la cour d'appel de Campobasso s'appuient sur les dispositions de droit interne.

Il s'ensuit que l'ingérence – fondée en particulier sur les articles pertinents de la loi sur le droit international privé et de la loi sur l'adoption internationale – était « prévue par la loi ».

73. S'agissant du but légitime, aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures prises à l'égard de l'enfant tendaient à la « défense de l'ordre », dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption internationale et le recours aux techniques de reproduction assistée hétérologue était, à l'époque des faits, interdit. En outre, les mesures en question visaient la protection des « droits et libertés » de l'enfant.

74. Pour apprécier la « nécessité » des mesures litigieuses « dans une société démocratique », la Cour examine, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8. Dans les affaires délicates et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'adoption (*Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 127) ou pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 166, CEDH 2001-VII ; *Kutzner*, précité, § 67).

75. Dans la présente affaire, la question est de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (*Wagner et J.M.W.L.*,

précité, §§ 133-134 ; *Menesson c. France*, n° 65192/11, § 81, CEDH 2014 (extraits) ; *Labassee c. France*, n° 65941/11, § 60, 26 juin 2014).

76. La Cour relève qu'en l'espèce il y a l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas si entre les futurs parents et l'enfant à naître il faut un lien biologique. En outre, les requérants n'ont pas argué devant les juridictions nationales que le droit russe n'exigeait pas un lien génétique avec au moins un des futurs parents pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de comparer la législation des États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, la Cour est confrontée à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants ; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus ; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons ; elle a remis l'enfant aux requérants ; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons. Indépendamment de toute considération éthique quant aux agissements de la société Rosjurconsulting, les conséquences de ces agissements ont été très lourdes pour les requérants, surtout si l'on prend en compte le fait que le requérant était certain d'être le père biologique de l'enfant et qu'à ce jour il n'a pas été démontré qu'il n'était pas de bonne foi.

77. L'application du droit national a eu pour conséquence la non reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient pas un lien génétique avec l'enfant. La Cour ne néglige pas les aspects émotionnels de ce dossier où il a été question, pour les requérants, de constater leur incapacité à procréer ; de demander l'agrément pour adopter ; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, d'attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables ; de nourrir un espoir lorsqu'en 2010, les requérants se sont résolus à souscrire un contrat avec Rosjurconsulting et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant ; de sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Elles ont toutefois estimé que la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut.

Selon la Cour, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable (*a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

78. Il reste néanmoins à savoir si, dans une telle situation, les mesures prises à l'égard de l'enfant – notamment son éloignement et sa mise sous tutelle – peuvent passer pour des mesures proportionnées, à savoir si l'intérêt de l'enfant a été pris en compte de manière suffisante par les autorités italiennes.

79. La Cour note à cet égard que le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant était sans environnement familial adéquat aux termes de la loi sur l'adoption internationale. Pour parvenir à cette conclusion, les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants versaient : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à Rosjurconsulting une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors on pouvait douter de leurs capacités affective et éducative. Il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui. La perspective suivie par les juridictions nationales répondait manifestement au besoin de mettre un terme à la situation d'illégalité.

80. Selon la Cour, la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre. À cet égard, la Cour rappelle que dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée, les autorités luxembourgeoises n'avaient pas reconnu la filiation établie à l'étranger au motif que celle-ci se heurtait à l'ordre public ; cependant, elles n'avaient adopté aucune mesure visant l'éloignement du mineur ou l'interruption de la vie familiale. En effet, l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n^{os} 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n^o 41615/07, § 136, CEDH 2010 ; *Y.C. c. Royaume-Uni*, n^o 4547/10, §§ 133-138, 13 mars 2012 ; *Pontes c. Portugal*, n^o 19554/09, §§ 74-80, 10 avril 2012). Le seuil établi dans la jurisprudence est très élevé, et la Cour estime utile de rappeler les passages suivants tirés de l'arrêt *Pontes* précité :

« § 74. La Cour rappelle que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (*Kutzner*, précité, § 58) et que des mesures

internes qui les en empêchent constituent une ingérence dans le droit protégé par l'article 8 de la Convention (*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII). Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire, dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché (*Couillard Maugery c. France*, n° 64796/01, § 237, 1^{er} juillet 2004).

§ 75. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'État des obligations positives inhérentes au « respect » effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (voir, par exemple, *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989, § 71, série A n° 156 ; *Olsson c. Suède (n° 2)*, 27 novembre 1992, § 90, série A n° 250 ; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 94, CEDH 2000-I ; *Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 51, CEDH 2000-IX et, dernièrement, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 140, CEDH 2010). La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents - ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public - (*Maumousseau et Washington c. France*, n° 93388/05, § 62, CEDH 2007-XIII), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (dans ce sens *Gnahoré*, précité, § 59, CEDH 2000-IX), pouvant, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*Haase c. Allemagne*, n° 11057/02, § 89, CEDH 2004-III (extraits), ou *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 58). Dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121, §§ 60 et 61, et *Gnahoré*, précité, § 52). La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités internes pour réglementer la prise en charge d'enfants par l'administration publique et les droits des parents de ces enfants, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (*Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A).

§ 76. La Cour rappelle que, si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, le processus décisionnel lié aux mesures d'ingérence doit être équitable et propre à respecter les intérêts protégés par cette disposition. Il échet dès lors de déterminer, en fonction des circonstances de chaque espèce et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts. Dans la négative, il y a manquement au respect de leur vie familiale et l'ingérence résultant de la décision ne saurait passer pour « nécessaire » au sens de l'article 8 (*W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 64, série A n° 121).

§ 77. Pour apprécier la « nécessité » de la mesure litigieuse « dans une société démocratique », la Cour considérera si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les motifs invoqués à l'appui de celle-ci étaient pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. À cette fin, elle tiendra compte du fait

que l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave ; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII).

§ 78. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier en particulier la nécessité de prendre en charge un enfant, il lui faut en revanche exercer un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités au droit de visite des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et des enfants au respect de leur vie familiale. Ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant (*Gnahoré* précité, § 54, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n°30943/96, § 65, CEDH 2003-VIII).

§ 79. D'un côté, il est certain que garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de ses enfants (*Sahin* précité, § 66). De l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne : briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille (*Gnahoré* précité, § 59).

§ 80. La Cour rappelle par ailleurs que, dans les affaires touchant la vie familiale, le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. En effet, la rupture de contact avec un enfant très jeune peut conduire à une altération croissante de sa relation avec son parent (*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, précité, § 102 ; *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 74, CEDH 2003-VI). »

La Cour estime utile de rappeler également les passages suivants tirés de l'arrêt Zhou (*Zhou c. Italie*, n° 33773/11, §§ 55-56, 21 janvier 2014) :

« § 55 La Cour rappelle que dans des cas si délicats et complexes, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales compétentes varie selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu. Si les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, en particulier lorsqu'il y a urgence, la Cour doit néanmoins avoir acquis la conviction que dans l'affaire en question, il existait des circonstances justifiant le retrait de l'enfant. Il incombe à l'État défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les parents et l'enfant la mesure d'adoption, ainsi que d'autres solutions que la prise en charge de l'enfant avant de mettre une pareille mesure à exécution (*K. et T. c. Finlande* [GC], précité, § 166; *Kutzner c. Allemagne*, précité, § 67, CEDH 2002-I).

§ 56 À la différence d'autres affaires que la Cour a eu l'occasion d'examiner, l'enfant de la requérante en l'espèce n'avait pas été exposée à une situation de violence ou de maltraitance physique ou psychique (voir, *a contrario*, *Dewinne c. Belgique* (déc.), n° 56024/00, 10 mars 2005; *Zakharova c. France* (déc.), n°57306/00, 13 décembre 2005), ni à des abus sexuels (voir, *a contrario*, *Covezzi et Morselli c. Italie*, n° 52763/99, § 104, 9 mai 2003). La Cour rappelle avoir conclu à la violation dans l'affaire *Kutzner c. Allemagne*, (§ 68, précité) dans laquelle les

tribunaux avaient retiré l'autorité parentale aux requérants après avoir constaté un déficit affectif de ces derniers, et a déclaré la non violation de l'article 8 dans l'affaire *Aune c. Norvège*, (n°52502/07, 28 octobre 2010), où la Cour avait relevé que l'adoption du mineur n'avait en fait pas empêché la requérante de continuer à entretenir une relation personnelle avec l'enfant et n'avait pas eu pour conséquences de couper l'enfant de ses racines. Elle a également constaté la violation de l'article 8 dans une affaire (*Saviny c. Ukraine*, n 39948/06, 18 décembre 2008) où le placement des enfants des requérants avait été justifié en raison de leur incapacité de garantir des conditions de vie adéquates (le manque de moyens financiers et de qualités personnelles des intéressés mettaient en péril la vie, la santé et l'éducation morale des enfants). Au demeurant, dans une affaire où le placement des enfants avait été ordonné en raison d'un déséquilibre psychique des parents, la Cour a conclu à la non violation de l'article 8 en tenant en compte également de ce que le lien entre les parents et les enfants n'avait été coupé (*Couillard Maugery c. France*, précité). »

81. La Cour reconnaît que la situation qui se présentait aux juges nationaux en l'espèce était délicate. En effet, de graves soupçons pesaient sur les requérants. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Cependant la Cour estime que les conditions pouvant justifier le recours aux mesures litigieuses n'étaient pas remplies, et ce pour les raisons suivantes.

82. Tout d'abord, le seul fait que l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention pour le cas où il serait resté auprès d'eux ne suffit pas pour justifier son éloignement.

83. Ensuite, s'agissant de la procédure pénale ouverte à l'encontre des requérants, la Cour note d'emblée que la cour d'appel de Campobasso avait estimé qu'il n'était pas nécessaire d'en attendre l'issue car la responsabilité pénale des intéressés ne jouait aucun rôle (paragraphe 25 ci-dessus), de sorte que les soupçons pesant sur les intéressés ne suffisaient pas non plus pour justifier les mesures litigieuses. Aux yeux de la Cour, il n'est en tout cas pas possible de spéculer sur l'issue de la procédure pénale. En outre, seulement en cas de condamnation pour l'infraction prévue à l'article 72 de la loi sur l'adoption les requérants seraient devenus légalement incapables d'adopter ou accueillir l'enfant en placement.

84. À ce dernier égard, la Cour relève que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément (paragraphe 12 ci-dessus), ont été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux.

85. Enfin, la Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (voir l'article 7 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant

du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, 1577 Recueil des Traités 3).

86. Compte tenu de ces éléments, la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

87. En conclusion, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

88. Compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés.

III. SUR LES AUTRES VIOLATIONS

89. Les requérants allèguent enfin que la non reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger constitue une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, et de l'article 1 du protocole n° 12.

La Cour relève d'emblée qu'à ce jour, l'Italie n'a pas ratifié le Protocole n° 12, de sorte que ce grief est incompatible *ratione personae* et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention. Cette partie de la requête doit dès lors être examinée sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. L'article 14 de la Convention dispose :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

90. Dans la mesure où cette partie de la requête se rapporte au refus de transcrire le certificat de naissance dans les registres de l'état civil, la Cour estime que – tout comme le grief tiré de l'article 8 de la Convention invoqué isolément (voir paragraphe 62 ci-dessus) elle doit être rejetée pour non épuisement des voies de recours internes, conformément à l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

91. Pour autant que cette partie de la requête concerne les mesures adoptées à l'égard de l'enfant, la Cour rappelle que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (*Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 46, CEDH 2000-II). Une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*Mazurek*

précité, § 48). Après examen du dossier, la Cour n'a relevé aucune apparence de violation des dispositions invoquées. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

92. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

93. Les requérants sollicitent le versement de 100 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral.

94. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme et insiste pour le rejet de la requête. En tout état de cause, le dommage n'a pas été démontré et l'enfant a le droit de vivre dans un environnement familial « légitime et tranquille ».

95. Statuant en équité, la Cour accorde 20 000 EUR conjointement aux requérants.

B. Frais et dépens

96. Les requérants demandent 29 095 EUR pour le remboursement des frais exposés devant les juridictions nationales et dans la procédure à Strasbourg.

97. Le Gouvernement s'oppose au versement de toute somme.

98. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce et compte tenu des documents en sa possession et de sa jurisprudence, la Cour estime raisonnable la somme de 10 000 EUR tous frais confondus et l'accorde conjointement aux requérants.

C. Intérêts moratoires

99. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief soulevé par les requérants en leur nom et tiré de l'article 8 de la Convention au sujet des mesures adoptées à l'égard de l'enfant et irrecevable pour le surplus ;
2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
3. *Dit*, par cinq voix contre deux,
 - a) que l'État défendeur doit verser conjointement aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
 - i) 20 000 EUR (vingt mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral ;
 - ii) 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants, pour frais et dépens ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
4. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 janvier 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith
Greffier

Işıl Karakaş
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée des juges Raimondi et Spano.

A.I.K.
S.H.N.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE DES JUDGES RAIMONDI AND SPANO

1. Avec tout le respect que nous devons à nos collègues de la majorité, nous ne pouvons partager leur avis d'après lequel l'article 8 de la Convention aurait été violé en l'espèce.

2. Nous pouvons accepter, mais avec une certaine hésitation et sous réserve des remarques qui suivent, les conclusions de la majorité selon lesquelles l'article 8 de la Convention est applicable en l'espèce (paragraphe 69 de l'arrêt) et il y a eu ingérence dans les droits des requérants.

3. En effet, la vie familiale (ou vie privée) de facto des requérants avec l'enfant se fondait sur un lien ténu, en particulier si l'on tient compte de la période très brève au cours de laquelle ils en auraient eu la garde. Nous estimons que la Cour, dans des situations telles que celle à laquelle elle était confrontée dans cette affaire, doit prendre en compte les circonstances dans lesquelles l'enfant a été placé sous la garde des personnes concernées dans son examen de la question de savoir si une vie familiale de facto a été développée ou pas. Nous soulignons que l'article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une « vie familiale » entre un enfant et des personnes dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public. En tout cas, nous estimons que les considérations liées à une éventuelle illégalité à l'origine de l'établissement d'une vie familiale de facto doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse de la proportionnalité qui s'impose dans le contexte de l'article 8.

4. Cela dit, il faut constater que les requérants se sont vu refuser, tant de la part du tribunal pour mineurs de Campobasso que de la part du registre de l'état civil et de la cour d'appel de Campobasso, la reconnaissance du certificat de naissance délivré par les autorités russes compétentes et ont été frappés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant. Cette situation s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, no 76240/01, 28 juin 2007, § 123).

5. À notre avis, cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.

6. Quant à la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi » et poursuivait un « but légitime » nous souscrivons à l'analyse de la majorité (paragraphe 72-73 de l'arrêt).

7. En outre, à notre avis, l'application faite en l'espèce des dispositions législatives a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés concurrents en jeu, fondés sur le droit au respect de la vie privée et familiale.

8. En l'espèce, il y a d'abord l'absence avérée de liens génétiques entre l'enfant et les requérants. Ensuite, la loi russe ne précise pas s'il faut un lien biologique entre les futurs parents et l'enfant à naître. En outre, les requérants n'ont pas soutenu devant les juridictions nationales qu'en droit russe l'existence d'un lien génétique avec au moins un des futurs parents n'était pas nécessaire pour parler de gestation pour autrui. Compte tenu de ces éléments, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de comparer les législations des différents États membres afin de voir si, en matière de gestation pour autrui, la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, nous sommes confrontés à un dossier dans lequel une société russe – pour laquelle travaille l'avocat qui représente les requérants à Strasbourg – a encaissé une somme d'argent des requérants ; elle a acheté des gamètes de donneurs inconnus ; elle a trouvé une mère porteuse et lui a fait implanter les embryons ; elle a remis l'enfant aux requérants ; elle les a aidés à obtenir le certificat de naissance. Pour mieux expliquer ce processus, l'avocat en question a indiqué qu'il était tout à fait possible de contourner l'exigence d'avoir un lien génétique avec un des futurs parents en achetant les embryons, qui deviennent ainsi « ses » embryons.

9. L'application du droit national a eu pour conséquence la non-reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, au motif que les requérants n'avaient aucun lien génétique avec l'enfant. Nous ne négligeons pas les aspects émotionnels de ce dossier où les requérants ont dû constater leur incapacité à procréer ; demander l'agrément pour adopter ; une fois l'agrément obtenu en décembre 2006, attendre pendant des années de pouvoir adopter en faisant face à la pénurie d'enfants adoptables ; nourrir un espoir lorsqu'en 2010, lorsqu'ils se sont résolus à souscrire un contrat avec *Rosjurcosulting* et lorsqu'ils ont appris la naissance de l'enfant ; et enfin, sombrer dans le désespoir lorsqu'ils ont appris que le requérant n'était pas le père biologique de l'enfant.

10. Les juridictions nationales ont examiné l'argument du requérant selon lequel il y avait eu une erreur à la clinique russe car son liquide séminal n'avait pas été utilisé. Toutefois, la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut. À notre avis, en faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas été déraisonnables (voir, *a contrario*, *Wagner et J.M.W.L.* précité, § 135).

11. Le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant ne bénéficiait pas d'un environnement familial adéquat au sens de la loi sur l'adoption internationale. Les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants s'étaient retrouvés : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de

leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à *Rosjurconsulting* une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors, le tribunal a jugé que l'on pouvait douter des capacités affectives et éducatives des requérants, et qu'il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui.

12. Nous remarquons d'emblée que les requérants, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément, ont été considérés comme incapables d'éduquer et d'aimer l'enfant uniquement sur la base de présomptions et déductions, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux. Cependant, nous reconnaissons que la situation qui se présentait aux juges nationaux était délicate et revêtait un caractère d'urgence. En effet, nous n'avons pas de raisons de considérer comme arbitraire la position des juges nationaux, qui ont estimé que les soupçons qui pesaient sur les requérants étaient graves et qu'il était essentiel d'éloigner l'enfant et de le mettre en sécurité sans permettre aux requérants de le contacter. Au moment où le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des requérants, il a pris en compte le préjudice certain qu'il subirait mais, vu la courte période qu'il avait passée avec eux et son bas âge, il a estimé que l'enfant surmonterait ce moment difficile de sa vie. Compte tenu de ces éléments, nous n'avons pas de raisons de douter du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes ont agi dans le respect de la loi, en vue de la défense de l'ordre et dans le but de protéger les droits et la santé de l'enfant, et ont préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

13. À notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la « quatrième instance ».

14. Dans ce genre d'affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l'enfant d'une part et des exigences d'ordre public de l'autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l'évaluation des juges nationaux est entachée d'arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphe 82-84 de l'arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l'établissement de l'identité de l'enfant n'a pas d'impact sur la décision de 2011 de le séparer des requérants et pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même.

15. En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (*Menesson c. France*, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et *Labassee c. France*, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant.



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

GRANDE CHAMBRE

AFFAIRE EVANS c. ROYAUME-UNI

(Requête n° 6339/05)

ARRÊT

STRASBOURG

10 avril 2007

En l'affaire Evans c. Royaume-Uni,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Christos Rozakis, *président*,
Jean-Paul Costa,
Nicolas Bratza,
Boštjan M. Zupančič,
Peer Lorenzen,
Rıza Türmen,
Volodymyr Butkevych,
Nina Vajić,
Margarita Tsatsa-Nikolovska,
András Baka,
Anatoly Kovler,
Vladimiro Zagrebelsky,
Antonella Mularoni,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
Davíd Thór Björgvinsson,
Ineta Ziemele, *juges*,

et de Erik Fribergh, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 22 novembre 2006 et le 12 mars 2007,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 6339/05) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont une ressortissante de cet Etat, M^{me} Natallie Evans (« la requérante »), a saisi la Cour le 11 février 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante, qui a été admise au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représentée par M^e M. Lyons, avocat à Londres. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, M^{me} E. Willmott et M^{me} K. McCleery, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Invoquant les articles 2, 8 et 14 de la Convention, la requérante se plaignait que le droit interne autorisât son ex-compagnon à révoquer de manière effective son consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons créés par eux conjointement.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

5. Le 22 février 2005, le président de la chambre a décidé d'indiquer au Gouvernement, en vertu de l'article 39 du règlement, que, sans préjudice d'une éventuelle décision de la Cour sur le fond, il était souhaitable, dans l'intérêt du bon déroulement de la procédure, que le Gouvernement prît les mesures nécessaires pour que les embryons fussent conservés jusqu'à ce que la Cour eût terminé d'examiner l'affaire. Le même jour, le président a décidé, sur le fondement de l'article 41 du règlement, que la requête devait être traitée par priorité, sur le fondement de l'article 29 § 3 de la Convention et de l'article 54A du règlement, que la recevabilité et le fond de l'affaire seraient examinés conjointement, et sur le fondement de l'article 54 § 2 b) du règlement, que le Gouvernement devait être invité à soumettre par écrit des observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête. Le 7 juin 2005, la Chambre a confirmé les décisions ci-dessus (article 54 § 3 du règlement).

6. Le 7 mars 2006, après une audience consacrée à la recevabilité et au fond de la requête (article 54 § 3 du règlement), la chambre, composée de Josep Casadevall, président, Nicolas Bratza, Matti Pellonpää, Rait Maruste, Kristaq Traja, Ljiljana Mijović et de Ján Šikuta, juges, ainsi que de Michael O'Boyle, greffier de section, a rendu un arrêt déclarant la requête recevable et concluant, à l'unanimité, à la non-violation des articles 2 et 14 de la Convention et, par cinq voix contre deux, à la non-violation de l'article 8. A l'arrêt se trouvait joint l'exposé de l'opinion dissidente commune aux juges Traja et Mijović.

7. Le 5 juin 2006, la requérante a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre au titre de l'article 43 de la Convention. Le 3 juillet 2006, un collègue de la Grande Chambre a fait droit à cette demande. Le même jour, le président de la Cour a décidé d'inviter le Gouvernement à reconduire les mesures indiquées le 22 février 2005 en application de l'article 39 du règlement (paragraphe 5 ci-dessus).

8. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

9. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations sur le fond de l'affaire.

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 novembre 2006 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

- *pour le Gouvernement*
 - M^{me} H. MULVEIN, *agent,*
 - MM. P. SALES *QC,*
 - J. COPPEL, *conseils,*
 - M^{mes} K. ARNOLD,
 - G. SKINNER, *conseillers ;*

- *pour la requérante*
 - M. R. TOLSON *QC,*
 - M^{me} S. FREEBORN, *conseils,*
 - M. M. LYONS, *solicitor,*
 - M^{mes} A. MURPHY O'REILLY,
 - N. EVANS, *conseiller,*
 - requérante.*

La Cour a entendu M. Sales et M. Tolson en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions des juges Spielmann, Türmen, Myjer, Davíd Thór Björgvinsson, Costa et Zagrebelsky.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. La requérante est née en octobre 1971 et réside à Wiltshire.

12. Les faits, tels qu'ils ont été établis par le juge Wall, qui a entendu les dépositions orales des parties (paragraphe 20 ci-dessous), sont les suivants.

A. Le traitement par FIV

13. Le 12 juillet 2000, la requérante et son compagnon, J. (né en novembre 1976), entamèrent un traitement dans une clinique de Bath spécialisée dans la procréation médicalement assistée (ci-après « la clinique »). La requérante avait été adressée à cette clinique pour un traitement cinq ans auparavant, alors qu'elle était mariée, mais, le couple s'étant séparé, le traitement n'avait pas été poursuivi.

14. Le 10 octobre 2001, lors d'une consultation à la clinique, la requérante et J. furent informés que des tests préliminaires avaient révélé que la jeune femme présentait de graves tumeurs précancéreuses aux deux ovaires et qu'elle devrait subir une ovariectomie bilatérale. On leur indiqua que, les tumeurs se développant lentement, il serait possible de prélever

quelques ovules avant l'ablation, en vue d'une fécondation *in vitro* (« FIV »), mais que ce prélèvement devrait intervenir à bref délai.

15. La consultation du 10 octobre 2001 dura environ une heure au total. Une infirmière expliqua à la requérante et J. qu'ils devraient signer chacun un formulaire pour exprimer leur consentement au traitement par FIV, et que, conformément aux dispositions de la loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, ci-après « la loi de 1990 »), chacun d'eux aurait la possibilité de retirer son consentement à tout moment tant que les embryons n'auraient pas été implantés dans l'utérus de la requérante (paragraphe 37 ci-dessous). Celle-ci demanda à l'infirmière s'il serait possible de congeler ses ovules non fécondés, mais s'entendit répondre que la clinique ne pratiquait pas cette technique, qui se caractérisait par un taux de réussite bien moins élevé. J. tenta alors de rassurer la requérante en lui disant qu'ils n'allaient pas se séparer, qu'elle n'avait pas besoin d'envisager la congélation de ses ovules, qu'il ne fallait pas voir les choses de manière négative et qu'il voulait être le père de l'enfant qu'elle mettrait au monde.

16. Par la suite, le couple donna les consentements nécessaires en signant les formulaires prévus par la loi de 1990 (paragraphe 37 ci-dessous).

Directement sous le titre du formulaire figurait la consigne suivante :

« N.B. – Ne signez le présent formulaire que si vous avez reçu des informations sur le sujet et si l'on vous a proposé des conseils. Vous pouvez modifier les conditions de votre consentement à tout moment, sauf s'agissant de sperme ou d'embryons déjà utilisés. Veuillez, selon les cas, inscrire un chiffre ou cocher une case. »

Par les cases qu'il cocha, J. exprima son consentement à ce que son sperme fût utilisé pour féconder les ovules de la requérante *in vitro* et à ce que les embryons ainsi créés fussent utilisés aux fins du traitement conjoint de la requérante et de lui-même. Dans la rubrique « conservation », il choisit que les embryons obtenus *in vitro* à partir de son sperme fussent conservés durant la période maximale de dix ans et que la conservation du sperme et des embryons se poursuivît s'il venait à décéder ou à perdre ses facultés mentales avant l'expiration de ce délai. La requérante signa un formulaire qui était pratiquement identique à celui de J., à cette exception près qu'il concernait non pas le sperme, mais les ovules. Comme J., elle consentit, par les cases qu'elle cocha, à son propre traitement et à son traitement « avec un partenaire nommé désigné ».

17. Le 12 novembre 2001, le couple se rendit à la clinique et onze ovules furent prélevés et fécondés. Six embryons furent ainsi créés et mis en conservation. Le 26 novembre, la requérante subit l'ablation de ses deux ovaires. On l'informa qu'il lui faudrait attendre deux ans avant de pouvoir tenter d'implanter un embryon dans son utérus.

B. La procédure devant la *High Court*

18. En mai 2002, la relation entre J. et la requérante prit fin. Ils discutèrent du devenir des embryons. Le 4 juillet 2002, J. écrivit à la clinique pour l'informer que le couple s'était séparé et qu'il voulait que les embryons soient détruits.

19. La clinique avisa la requérante que J. avait retiré son consentement à l'utilisation ultérieure des embryons et qu'elle se trouvait par conséquent dans l'obligation légale de les détruire, en application de l'article 8 § 2 de l'annexe 3 à la loi de 1990 (paragraphe 37 ci-dessous). La requérante entama une procédure devant la *High Court*. Elle sollicitait de celle-ci une ordonnance enjoignant à J. de rétablir son consentement à l'utilisation et à la conservation des embryons, et une déclaration précisant, entre autres, que J. n'avait pas modifié son consentement du 10 octobre 2001 et ne pouvait pas le faire. Elle demandait aussi à la *High Court* de dire, en vertu de la loi de 1998 sur les droits de l'homme (*Human Rights Act 1998*), que l'article 12 et l'annexe 3 à la loi de 1990 étaient incompatibles avec la Convention et portaient atteinte à ses droits résultant des articles 8, 12 et 14 de celle-ci. En outre, elle alléguait que les embryons avaient droit à la protection prévue aux articles 2 et 8 de la Convention. La *High Court* rendit des ordonnances provisoires imposant à la clinique de conserver les embryons jusqu'à la fin de la procédure.

20. Avant de statuer au fond, le juge Wall tint une audience qui dura cinq jours, au cours desquels il entendit notamment la requérante et J. Le 1^{er} octobre 2003, il rejeta les demandes de la requérante par un jugement de soixante-cinq pages (*Evans v. Amicus Healthcare Ltd and Others*, [2003] EWHC 2161 (Fam)).

21. Il conclut qu'aux termes de la loi de 1990, et pour des motifs d'ordre public, J. n'avait jamais eu la faculté de consentir sans équivoque à ce que les embryons fussent utilisés quoi qu'il arrivât. Il observa par ailleurs que J. n'avait consenti qu'à un traitement « conjoint » avec la requérante, et non à un traitement que celle-ci pourrait poursuivre seule en cas de séparation. Le juge Wall rejeta donc la thèse de la requérante selon laquelle J. était forcé à retirer son consentement. Il considéra en effet que l'intéressée et J. avaient tous deux entrepris le traitement dans la conviction que leur relation serait durable. Le 10 octobre 2001, J. avait de son mieux tenté de rassurer la requérante en lui disant qu'il l'aimait et voulait être le père des enfants qu'elle mettrait au monde ; il avait ainsi exprimé en toute sincérité les sentiments qu'il éprouvait à ce moment-là, mais ne s'était pas engagé définitivement. Le juge Wall fit observer que les paroles d'affection et de réconfort de ce type étaient chose courante dans le domaine des relations personnelles, mais qu'elles n'avaient – et ne pouvaient avoir – aucun effet juridique permanent. En entreprenant un traitement par FIV avec J., la

requérante avait suivi la seule voie réaliste qui s'offrait à elle. Le juge Wall poursuivit ainsi :

« Toutefois, même si j'ai tort sur ce point, et même s'il peut y avoir forclusion en vertu de la loi, je ne pense pas, pour les raisons que j'ai exposées, qu'il soit abusif d'autoriser [J.] à révoquer son consentement. C'est un droit que lui confère la loi dans le cadre du régime sans ambiguïté mis en place par le Parlement. C'est sur cette base que l'intéressé a donné son consentement le 10 octobre 2001. Il est tout à fait normal, compte tenu du changement de situation, qu'il ne veuille pas être le père d'un enfant de M^{me} Evans. »

22. En ce qui concerne les griefs que la requérante tirait de la Convention, le juge Wall estima en substance qu'un embryon n'était pas une personne jouissant de droits protégés par la Convention, et que le droit de la requérante au respect de sa vie familiale ne se trouvait pas en jeu. Il reconnut toutefois que les dispositions litigieuses de la loi de 1990 portaient atteinte au droit des deux parties au respect de leur vie privée, mais considéra que les effets n'en étaient pas disproportionnés, la législation instaurant un régime de traitement reposant sur deux piliers d'égale importance, le consentement des parties et l'intérêt de l'enfant à naître. Il jugea parfaitement justifié que la loi exigeât que les deux personnes formant le couple désireux d'entreprendre un traitement par FIV fussent d'accord sur ce traitement et qu'elle permît à chacune de retirer sa participation à tout moment avant le transfert embryonnaire.

23. Le juge Wall souligna que les dispositions de l'annexe 3 à la loi (paragraphe 37 ci-dessous) s'appliquaient de la même façon à tous les patients suivant un traitement par FIV, indépendamment de leur sexe, et conclut en prenant un exemple pour montrer que l'exigence du consentement conjoint pouvait avoir des conséquences analogues pour un homme stérile :

« Imaginons qu'un homme soit atteint d'un cancer des testicules et que son sperme, recueilli avant une intervention chirurgicale entraînant une stérilité définitive, soit utilisé pour créer des embryons avec les ovules de sa compagne. En cas de séparation du couple avant le transfert embryonnaire, il ne viendrait à l'idée de personne de prétendre que cette femme ne peut pas retirer son consentement au traitement et refuser que les embryons soient implantés dans son utérus. Or les dispositions de la loi, tout comme les droits inscrits dans la Convention, s'appliquent de la même manière aux hommes et aux femmes. »

C. L'arrêt de la Cour d'appel

24. La requérante saisit la Cour d'appel, qui la débouta par un arrêt rendu le 25 juin 2004 (*Evans v. Amicus Healthcare Ltd*, [2004] EWCA Civ 727).

La Cour d'appel considéra que l'objectif de la loi de 1990 était clairement de n'autoriser l'implantation de l'embryon que si les deux parties étaient toujours consentantes et qu'elle ne pouvait sans d'impérieuses

raisons reconnaître ou établir un principe de dispense qui serait contraire au régime instauré par le Parlement. A l'instar du juge Wall, la Cour d'appel estima que J. n'avait consenti qu'à un « traitement conjoint » avec la requérante, et non à l'utilisation par cette dernière seule des embryons créés par le couple. Une fois que la relation entre la requérante et J. avait pris fin et que J. avait indiqué qu'il ne souhaitait pas que les embryons fussent conservés ou utilisés par la requérante, les intéressés ne faisaient plus l'objet d'un traitement « conjoint ». La Cour d'appel rejeta l'argument de la requérante selon lequel J. avait dissimulé son ambivalence, conduisant ainsi la jeune femme à opter pour le traitement conjoint des deux membres du couple. La juridiction d'appel estima en effet que cet argument mettait en cause de manière injustifiée la conclusion du juge du fond, qui avait eu l'avantage manifeste de pouvoir apprécier les dépositions orales de la requérante, de J. et des autres témoins (paragraphe 20 ci-dessus). Par ailleurs, le conseil de J. avait indiqué à la Cour d'appel que, de toute évidence, si son client avait retiré son consentement, ce n'était pas pour des raisons purement financières, mais pour des raisons de principe.

25. Les juges Thorpe et Sedley estimèrent que, s'il y avait bien ingérence dans la vie privée des parties, cette ingérence était justifiée et proportionnée. Ils s'exprimèrent comme suit :

« Le moyen moins drastique revendiqué ici est une règle de droit rendant non concluant le retrait du consentement [de J.]. Cela permettrait [à la requérante] de demander la poursuite du traitement au motif qu'elle ne peut plus avoir d'enfant autrement. Cependant, à moins de donner aussi du poids au ferme souhait de [J.] de ne pas être père d'un enfant qui serait mis au monde [par la requérante], une telle règle amoindrirait le respect dû à la vie privée [de J.] dans la même proportion qu'elle augmenterait le respect accordé à la vie privée [de la requérante]. Par ailleurs, pour donner du poids [à la volonté de J.], la législation devrait imposer à [l'Agence de la fécondation et de l'embryologie humaines] ou à la clinique, ou aux deux, de porter un jugement basé sur un mélange de considérations d'éthique, de politique sociale et de compassion humaine. Cela nécessiterait aussi l'établissement d'un équilibre entre deux choses parfaitement incommensurables (...)

(...) Ce qui est nécessaire, selon le Parlement, c'est un consentement bilatéral à l'implantation, et non pas simplement au prélèvement et à la conservation de matériel génétique, et cette condition ne peut être remplie si une moitié du consentement n'est plus effective. Assouplir cette exigence dans l'intérêt de la proportionnalité, afin de compenser le handicap biologique [de la requérante], impossible à surmonter par d'autres moyens, en faisant du retrait du consentement de l'homme un facteur pertinent mais non décisif créerait de nouveaux problèmes, encore plus inextricables, d'arbitraire et d'incohérence. La compassion et la sollicitude que chacun doit éprouver pour [la requérante] ne suffisent pas à rendre disproportionné le régime mis en place par le législateur (...) »

26. La juge Arden fit les remarques liminaires suivantes :

« La loi de 1990 emploie inévitablement des termes scientifiques, tels que « gamète » et « embryon ». Mais il est clair que cette loi concerne la question très émotionnelle de la stérilité et la possibilité de faire naître un enfant par implantation du matériel génétique de deux personnes. (...) La stérilité peut plonger la personne, homme ou femme, qui en est atteinte dans un profond désarroi. Pour beaucoup de femmes, la capacité de mettre au monde un enfant représente le plein épanouissement et donne un but dans la vie. Elle participe de leur sens de l'identité ainsi que de leur dignité. »

Elle poursuivit ainsi :

« J'estime, comme les juges Thorpe et Sedley, que le fait que la loi de 1990 érige le maintien du consentement en condition indispensable à la poursuite du traitement dans des situations comme celle-ci satisfait aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention. (...) Dans ce domaine sensible appelant des décisions d'ordre éthique, il doit incomber au premier chef au Parlement de ménager un équilibre entre les parties (...) Le Parlement a estimé que nul ne devait pouvoir déroger au principe selon lequel le consentement des deux parents génétiques est nécessaire. A mon avis, les circonstances de l'espèce montrent bien qu'il était sage de poser semblable règle. La situation personnelle des parties n'est pas la même qu'au début du traitement, et il serait difficile pour une juridiction de déterminer si les effets du retrait du consentement [de J.] sur [la requérante] sont plus importants que les effets que l'invalidation de ce retrait aurait sur [J.]. Il n'existe aucun point de repère qui permettrait à la juridiction de procéder à cette évaluation. Le fait est que toute personne a droit à la protection contre les atteintes à sa vie privée. C'est là un aspect du principe de l'autodétermination ou de l'autonomie personnelle. L'atteinte au droit [de J.] ne peut passer pour justifiée au motif qu'elle est nécessaire à la protection du droit [de la requérante], car, réciproquement, l'étendue du droit [de la requérante] est aussi limitée par la nécessité de protéger le droit [de J.]. [La requérante et J.] doivent avoir des droits équivalents, même si l'étendue de leurs droits au titre de l'article 8 n'est pas définie avec précision.

(...) L'ingérence dans la vie privée [de la requérante] se justifie également sous l'angle de l'article 8 § 2 par le motif que si l'on donnait gain de cause à [la requérante], cela reviendrait à porter atteinte au droit, pour le père génétique, de refuser de procréer. De toute évidence, on ne pourrait obliger [la requérante] à devenir mère ; de la même manière, on ne peut obliger [J.] à devenir père, d'autant moins que, en l'espèce, cette paternité entraînerait probablement aussi une responsabilité légale d'ordre financier à l'égard de l'enfant. »

27. Concernant la question de la discrimination, les juges Thorpe et Sedley estimèrent que ce qu'il fallait comparer c'était la situation des femmes souhaitant être traitées par FIV dont le partenaire avait retiré son consentement et la situation des femmes dont le partenaire ne s'était pas rétracté, la juge Arden estimant quant à elle que la comparaison devait se faire entre les femmes fécondes et les femmes stériles, puisque, dans le cas d'un traitement par FIV, le père génétique avait la possibilité de retirer son consentement à la procréation plus tard qu'au moment d'un rapport sexuel normal. Cela dit, les trois juges furent d'accord pour considérer que, indépendamment du choix des termes de la comparaison, la différence de

traitement était justifiée et proportionnée au regard de l'article 14 de la Convention, pour les mêmes raisons que celles qui les avaient amenés à conclure à la non-violation de l'article 8. Par ailleurs, la Cour d'appel refusa à la requérante l'autorisation de faire appel de la conclusion du juge Wall selon laquelle les embryons ne pouvaient prétendre à la protection de l'article 2, la législation interne ne reconnaissant ni intérêts ni droits indépendants au fœtus avant la naissance, ni donc, *a fortiori*, à l'embryon.

28. Le 29 novembre 2004, la Chambre des lords refusa à la requérante l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le droit interne : la loi de 1990

1. *Le rapport Warnock*

29. La venue au monde, en juillet 1978, du premier bébé né par fécondation *in vitro* suscita au Royaume-Uni de nombreux débats éthiques et scientifiques, qui conduisirent à la création, en juillet 1982, d'une commission d'enquête, présidée par *Dame Mary Warnock DBE* (philosophe), chargée « d'examiner les innovations récentes et potentielles, en médecine et en science, liées à la fécondation et à l'embryologie humaines ; de réfléchir aux politiques et aux garanties à appliquer, en tenant compte des conséquences sociales, éthiques et juridiques de ces innovations ; enfin, de formuler des recommandations ».

30. La commission rendit son rapport en juillet 1984 (Cmnd 9314). A l'époque, la technique de congélation des embryons humains destinés à être utilisés ultérieurement n'en était qu'à ses débuts. Toutefois, la commission notait dans son rapport que cette technique avait déjà été appliquée et avait abouti à la naissance d'un enfant, et recommandait de poursuivre le développement de l'utilisation clinique d'embryons congelés sous le contrôle de l'organisme chargé de délivrer les autorisations (paragraphe 10.3 du rapport). Cela étant, la commission reconnaissait que la possibilité de conserver de manière prolongée des embryons humains pouvait engendrer des problèmes et préconisait de fixer à dix ans la durée maximale de conservation des embryons destinés à l'utilisation personnelle ultérieure d'un couple ; passé ce délai, le droit d'utilisation ou de destruction des embryons devait être conféré à l'organisme compétent pour les questions de conservation (paragraphe 10.10). La commission recommandait par ailleurs de confier à l'organisme compétent pour les questions de conservation le droit de décider de l'utilisation ou de la

destruction des embryons dans les cas où, à la suite d'une séparation par exemple, le couple ne s'entendrait pas sur le devenir des embryons créés conjointement (paragraphe 10.13). Conformément à son point de vue selon lequel il devait n'y avoir aucun droit de propriété sur un embryon humain (paragraphe 10.11), la commission n'envisageait pas la possibilité pour une partie d'exiger l'utilisation de l'embryon contre la volonté de l'autre partie.

2. Consultation et adoption de la loi

31. Les recommandations de la commission Warnock concernant le traitement par FIV furent rassemblées dans un livre vert diffusé aux fins d'une consultation publique. Le document (paragraphe 35) précisait que la recommandation de la commission selon laquelle l'organisme compétent pour les questions de conservation devait se voir conférer le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction d'un embryon en cas de désaccord dans le couple n'avait guère suscité de commentaires ; il soulignait toutefois que, même s'il était peu probable que cette situation se présentât fréquemment, il importait d'établir une « base claire » pour la résoudre.

32. Après réception des observations des parties intéressées, les propositions en matière de traitement par FIV furent rassemblées dans un Livre blanc (rapport) intitulé « Fécondation et embryologie humaines : un cadre pour la législation » (*Human Fertilisation and Embryology: A Framework for Legislation*, Cm 259), qui fut publié en novembre 1987. Le document rappelait la recommandation de la commission Warnock selon laquelle le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction d'un embryon congelé devait être conféré à l'organisme compétent pour les questions de conservation en cas de désaccord entre les deux membres du couple concerné (paragraphe 50 et 51), mais poursuivait ainsi :

« D'une manière générale, ceux qui pensent que la conservation doit être autorisée sont satisfaits des recommandations de la commission Warnock. En revanche, d'autres considèrent que, sauf à se l'être vu attribuer de manière explicite par les donneurs, l'« organisme compétent pour les questions de conservation » ne devrait pas avoir le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction des embryons. Le gouvernement, qui partage ce point de vue, a conclu que la loi devait s'appuyer sur le principe clair selon lequel la volonté du donneur est primordiale tout au long de la période pendant laquelle les embryons ou les gamètes peuvent être conservés ; à l'expiration de cette période, ceux-ci comme ceux-là ne devraient pouvoir être utilisés à d'autres fins par l'organisme agréé que si le donneur y a consenti. »

Le livre blanc mentionnait la décision du gouvernement de fixer à cinq ans la durée maximale de conservation des embryons (paragraphe 54). Puis, dans une partie intitulée « Consentement du donneur », le livre blanc énonçait le principe selon lequel un donneur devait avoir le droit de modifier ou de révoquer son consentement à l'implantation d'un embryon dans le corps d'une femme à tout moment aussi longtemps que l'embryon demeurerait inutilisé :

« 55. Les questions complexes liées à la conservation font ressortir combien il importe de s'assurer que les couples qui choisissent d'entreprendre un traitement par FIV ou les personnes qui donnent leurs gamètes consentent aux utilisations auxquelles leurs gamètes ou leurs embryons sont destinés.

56. Le projet de loi précisera que les gamètes ou les embryons ne peuvent être conservés qu'avec le consentement signé des donneurs et qu'ils ne peuvent être utilisés que par l'organisme agréé chargé de leur conservation et aux fins énoncées dans le consentement (par exemple pour un traitement thérapeutique [ou pour la recherche]). Les personnes qui donnent leur consentement doivent être informées des techniques pour lesquelles leurs gamètes/embryons peuvent être utilisés ainsi que des conséquences juridiques de leurs décisions. A cet égard, il est souhaitable que les intéressés puissent obtenir des conseils.

57. Les donneurs auront le droit de modifier ou de révoquer leur consentement avant l'utilisation de leurs gamètes/embryons, mais, en pareil cas, il leur incombera de porter toute modification à la connaissance de l'organisme agréé, lequel devra alors aviser tout autre organisme agréé auquel il aura fourni les gamètes du donneur. (Cette situation peut se produire, par exemple, si une banque de sperme a fourni des gamètes à un ou plusieurs centres de traitement). En l'absence de notification de modification ou de retrait du consentement ou d'avis de décès, l'organisme agréé doit présumer que le consentement initial reste valable et doit donc agir en conséquence pendant toute la période de conservation. Lorsque celle-ci prend fin, il ne peut utiliser ou détruire les embryons ou les gamètes qu'en se conformant aux souhaits émis par les donneurs. Si ceux-ci n'ont pas clairement exprimé leur volonté, il y a lieu de mettre fin à la conservation de l'embryon ou des gamètes et de les laisser périr.

58. En ce qui concerne les embryons, ils ne peuvent pas être implantés dans le corps d'une autre femme, ni être utilisés à des fins de recherche, ni détruits (avant l'expiration de la période de conservation) en l'absence du consentement des deux donneurs. En cas de désaccord entre les donneurs, l'organisme agréé sera tenu de conserver l'embryon jusqu'à la fin de la période de conservation ; si le désaccord persiste à l'expiration de celle-ci, il y a lieu de laisser périr l'embryon. »

33. A l'issue d'une nouvelle procédure de consultation fut publié, en 1989, un projet de loi, qui devint finalement la loi de 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaines. Le projet reflétait pour l'essentiel les termes du livre blanc. Les dispositions relatives au consentement ne suscitérent pas de controverses lors de leur examen par le Parlement.

3. *La loi de 1990*

34. Dans l'affaire *R. v. Secretary of State for Health, ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance)* ([2003], UKHL 13), Lord Bingham décrit le contexte et l'esprit général de la loi de 1990 comme suit :

« (...) Le caractère sensible des questions en jeu ne fait aucun doute. D'une part, il y avait ceux qui considéraient la création d'embryons – et donc de la vie – *in vitro* comme un sacrilège ou comme quelque chose de contestable du point de vue éthique et qui souhaitaient interdire totalement ces pratiques. D'autre part, il y avait ceux qui voyaient dans ces nouvelles techniques, en ce qu'elles offrent aux personnes stériles la

possibilité d'avoir des enfants et permettent de faire progresser les connaissances sur les maladies congénitales, des perspectives d'améliorer la condition humaine, et les arguments religieux et moraux étayant ce point de vue ne faisaient pas défaut. On ne peut douter non plus de la difficulté qu'il y a à légiférer sur ces questions, compte tenu de la rapidité des progrès médicaux et scientifiques. Ce n'est pas souvent que le Parlement est appelé à élaborer une législation apte à s'appliquer aux évolutions à la pointe de la science.

(...) La solution recommandée et consacrée par la loi de 1990 ne consiste pas à interdire toute création *in vitro* d'embryons humains vivants et toute utilisation de pareils embryons, mais plutôt, sous réserve de certaines interdictions expresses, dont quelques-unes ont été mentionnées ci-dessus, à autoriser ces pratiques en les soumettant à des conditions, des restrictions et des délais particuliers, et à des mécanismes de contrôle (...). Il est évident (...) que si le Parlement a décidé de prohiber certaines pratiques manifestement choquantes (telles que l'implantation d'un embryon animal vivant dans le corps d'une femme ou de celui d'un être humain dans le corps d'un animal), il a pour le reste opté pour un régime de contrôle rigoureux. Aucune activité relevant de ce domaine n'a été oubliée. Il s'agissait de ne pas laisser faire n'importe quoi. »

35. D'après l'article 3 § 1 de la loi, nul ne peut créer un embryon, le conserver ou l'utiliser sans autorisation. La conservation ou l'utilisation de l'embryon ne sont légales que si elles satisfont aux conditions de cette autorisation. Tout manquement à l'article 3 § 1 constitue une infraction (définie à l'article 41 § 2 a) de la loi).

36. Aux termes de l'article 14 § 4 de la loi, « la durée légale de conservation pour les embryons est la durée, obligatoirement inférieure ou égale à cinq ans, précisée par l'autorisation ». Cette disposition a été modifiée par le règlement de 1996 sur la fécondation et l'embryologie humaines (durée légale de conservation des embryons), entré en vigueur le 1^{er} mai 1996, qui dispose notamment que lorsque, de l'avis de deux médecins, la femme qui doit recevoir l'embryon ou, si ce ne sont pas ses gamètes qui ont été utilisés pour créer l'embryon, celle des personnes dont les gamètes ont été utilisés, est ou risque de devenir totalement stérile prématurément, la durée de conservation est prolongée jusqu'à la date du cinquante-cinquième anniversaire de l'intéressée. Lorsque, de l'avis d'un seul médecin, la femme qui doit accueillir l'embryon, ou l'une des deux personnes ayant fourni les gamètes, a ou risque d'avoir de graves problèmes de fécondité ou souffre d'un problème génétique, la durée de conservation est portée à dix ans, ou prolongée jusqu'à la date du cinquante-cinquième anniversaire de l'intéressée, selon celle de ces échéances qui intervient la première.

Les deux personnes dont les gamètes sont utilisés pour créer les embryons doivent confirmer par écrit qu'elles ne s'opposent pas à la prolongation de la conservation aux fins d'un traitement futur. La femme qui doit recevoir un tel embryon doit être âgée de moins de cinquante ans au début de la conservation.

37. D'après l'article 12 c) de la loi, une autorisation ne peut être accordée que sous réserve du respect des dispositions de l'annexe 3 à la loi, qui concernent le consentement à l'utilisation de gamètes ou d'embryons. Dans la procédure engagée par la requérante (paragraphe 20-27 ci-dessus), la *High Court* et la Cour d'appel ont déclaré qu'aux fins d'interprétation de l'annexe 3 « l'embryon n'est réputé utilisé qu'une fois transféré dans le corps de la femme ».

L'annexe 3 se lit ainsi :

« Consentements à l'utilisation de gamètes ou d'embryons »

Consentement

1. Tout consentement au sens de la présente annexe doit être donné par écrit, et, dans la présente annexe, l'expression « consentement effectif » s'entend d'un consentement qui n'a pas été révoqué.

2. 1) Tout consentement à l'utilisation d'un embryon doit préciser une ou plusieurs des finalités suivantes :

a) utilisation aux fins du traitement de la personne donnant son consentement, ou du traitement conjoint de cette personne et d'une autre, nommément désignée,

b) utilisation aux fins du traitement de personnes autres que l'auteur du consentement, ou

c) utilisation aux fins d'un projet de recherche,

et peut préciser les conditions dans lesquelles l'embryon peut être ainsi utilisé.

2) Tout consentement à la conservation de gamètes ou d'un embryon doit :

a) préciser la durée maximale de conservation (si elle est inférieure à la durée légale) et

b) indiquer quel sera le sort des gamètes ou de l'embryon si la personne ayant donné son consentement décède ou si, pour cause d'incapacité, elle n'est pas en mesure de modifier ou de révoquer ce consentement,

et peut préciser dans quelles conditions les gamètes ou l'embryon peuvent continuer à être conservés.

3) Tout consentement au sens de la présente annexe doit comporter toutes autres précisions pouvant être exigées par l'Agence dans des directives.

4) Un consentement au sens de la présente annexe peut s'appliquer :

a) à l'utilisation ou à la conservation d'un embryon particulier ou,

b) dans le cas d'une personne fournissant des gamètes, à l'utilisation ou à la conservation de tout embryon qui pourrait être conçu à partir de ces gamètes,

et, dans le cas prévu à l'alinéa b), le consentement peut être modifié ou révoqué, dans le respect des dispositions de la présente annexe, soit de manière générale, soit en ce qui concerne un ou plusieurs embryons particuliers.

Procédure d'expression du consentement

3. 1) Avant qu'une personne n'exprime un consentement au sens de la présente annexe :

a) elle doit disposer d'une réelle possibilité de se faire indiquer les implications des mesures envisagées, et

b) elle doit recevoir toutes les informations utiles.

2) Avant qu'une personne n'exprime un consentement au sens de la présente annexe, elle doit être informée des effets de l'article 4 ci-dessous.

Modification et révocation du consentement

4. 1) Quiconque a donné un consentement au sens de la présente annexe peut y apporter des modifications successives ou le révoquer, par notification à la personne responsable de la conservation des gamètes ou de l'embryon concernés.

2) Un consentement à l'utilisation d'un embryon ne peut plus être modifié ni révoqué une fois que l'embryon a été utilisé :

a) aux fins d'un traitement ou

b) aux fins d'un projet de recherche.

Utilisation de gamètes aux fins du traitement d'autrui

5. 1) Il est interdit d'utiliser les gamètes d'une personne aux fins du traitement d'autrui, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à ce qu'ils soient utilisés ainsi et s'ils sont utilisés dans les conditions prévues par ce consentement.

2) Il est interdit de recevoir les gamètes d'une personne pour les utiliser à ces fins, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à ce qu'ils soient utilisés ainsi.

3) Le présent paragraphe ne s'applique pas à l'utilisation des gamètes d'une personne aux fins du traitement de cette personne, ou du traitement conjoint de celle-ci et d'une autre.

Fécondation in vitro et utilisation ultérieure de l'embryon

6. 1) Il est interdit d'utiliser les gamètes d'une personne pour concevoir un embryon *in vitro*, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à ce que tout embryon qui serait conçu à partir de ces gamètes soit utilisé à une ou plusieurs des fins mentionnées au paragraphe 2 § 1) ci-dessus.

2) Nul ne peut recevoir un embryon conçu *in vitro*, sauf si chacune des personnes dont les gamètes ont servi à concevoir l'embryon est l'auteur d'un consentement effectif à ce que cet embryon soit utilisé à une ou plusieurs des fins mentionnées au paragraphe 2 § 1) ci-dessus.

3) Il est interdit d'utiliser, à quelque fin que ce soit, un embryon conçu *in vitro*, sauf si chacune des personnes dont les gamètes ont servi à concevoir l'embryon est l'auteur d'un consentement effectif à ce que cet embryon soit utilisé pour la fin envisagée et si l'embryon est utilisé conformément à ces consentements.

4) Tout consentement requis en vertu du présent article s'ajoute à tout consentement pouvant être requis en vertu du paragraphe 5 ci-dessus.

(...)

Conservation des gamètes et des embryons

8. 1) Il est interdit de conserver les gamètes d'une personne, sauf si cette personne est l'auteur d'un consentement effectif à leur conservation et s'ils sont conservés conformément à ce consentement.

2) Il est interdit de conserver un embryon conçu *in vitro*, sauf si chacune des personnes dont les gamètes ont servi à concevoir l'embryon est l'auteur d'un consentement effectif à la conservation de cet embryon et si celui-ci est conservé conformément à ces consentements.

3) Il est interdit de conserver un embryon prélevé chez une femme, sauf si celle-ci est l'auteur d'un consentement effectif à cette conservation et si l'embryon est conservé conformément à ce consentement. »

38. Dans l'arrêt de la Cour d'appel, les juges Thorpe et Sedley ont résumé ainsi les effets matériels de l'annexe 3 (paragraphe 25 ci-dessus) :

« i. Les personnes qui envisagent de conserver et/ou d'utiliser des embryons créés avec leurs gamètes doivent d'abord se voir offrir la possibilité de discuter avec des spécialistes ; ii. elles doivent en particulier être informées des conditions dans lesquelles le consentement à la conservation ou à l'utilisation d'un embryon peut être modifié ou révoqué ; iii. dans le consentement à l'utilisation d'un embryon, il doit être précisé si l'embryon sera utilisé aux fins du traitement de l'auteur du consentement, du traitement conjoint de cette personne et d'une autre, ou du traitement de personnes autres que l'auteur du consentement ; iv. un embryon peut être conservé uniquement tant qu'il existe un consentement effectif de ses deux géniteurs à sa conservation et conformément à ce consentement ; v. un embryon peut être utilisé uniquement tant qu'il existe un consentement effectif de ses deux géniteurs à son utilisation et conformément à ce consentement ; vi. chacune des personnes dont les gamètes ont servi à la conception d'un embryon peut modifier ou révoquer à tout moment son consentement à la conservation de cet embryon ; vii. il n'est plus possible de modifier ou de révoquer le consentement à l'utilisation d'un embryon une fois que celui-ci a été utilisé à des fins de traitement. »

B. La situation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et dans d'autres pays

1. Les Etats membres du Conseil de l'Europe

39. D'après les documents à la disposition de la Cour, dont un rapport intitulé « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – étude comparative sur la situation dans 39 pays » (Conseil de l'Europe, 1998), et les réponses des Etats membres du Conseil de l'Europe au « Questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée » préparé par le Comité directeur pour la bioéthique (Conseil de l'Europe, 2005), le traitement par FIV est encadré par des lois ou des règlements dans les pays suivants : Allemagne, Autriche, Azerbaïdjan, Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Fédération de Russie, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine et Royaume-Uni. La situation se présente différemment en Belgique, en Finlande, en Irlande, à Malte, en Lituanie, en Pologne, en République tchèque, en Serbie et en Slovaquie, où ce traitement est régi par la pratique clinique, par des directives professionnelles, par des décrets royaux ou administratifs ou par des principes constitutionnels généraux.

40. Il apparaît que la conservation des embryons est autorisée, pour des durées variables, dans tous les Etats susmentionnés où le traitement par FIV est encadré par des lois ou des règlements, sauf en Allemagne et en Suisse, où l'on ne peut, pendant un cycle de traitement, créer plus de trois embryons, et où les embryons créés doivent, en principe, être implantés immédiatement et ensemble, et en Italie, où la loi ne permet la congélation des embryons que pour des motifs médicaux exceptionnels et imprévus.

41. Au Danemark, en France, en Grèce, aux Pays-Bas et en Suisse, le droit, pour chacune des parties, de retirer librement son consentement à tout moment, tant que l'embryon n'a pas été implanté dans l'utérus de la femme, est expressément prévu par la loi. Il apparaît que la Belgique, la Finlande et l'Islande reconnaissent, dans leur législation ou en pratique, à chacune des personnes ayant fourni des gamètes la même liberté de retirer son consentement avant l'implantation.

42. Cependant, un certain nombre de pays envisagent différemment la question du consentement. Ainsi, la Hongrie autorise la femme à poursuivre le traitement malgré le décès de son partenaire ou le divorce du couple, sauf disposition expresse contraire formulée par le couple. En Autriche et en Estonie, l'homme ne peut révoquer son consentement que jusqu'au moment de la fécondation, après quoi c'est la femme qui décide seule si elle poursuit le traitement et quand. L'Espagne ne reconnaît à l'homme le droit de retirer son consentement que s'il est marié à la femme souhaitant procréer et s'il vit avec elle. En Allemagne et en Italie, aucune des parties ne peut

normalement retirer son consentement après la fécondation des ovules. En Islande, les embryons doivent être détruits si les donneurs de gamètes se séparent ou divorcent avant l'expiration de la période maximale de conservation.

2. Les Etats-Unis d'Amérique

43. Les parties renvoient en outre la Cour à la jurisprudence américaine et israélienne. Aux Etats-Unis, l'assistance médicale à la procréation ne fait pas partie des domaines régis par la législation fédérale, et seuls quelques Etats se sont dotés de lois concernant le retrait ultérieur du consentement par l'un des membres du couple. C'est donc aux tribunaux qu'il incombe de régler les conflits en la matière et il existe un certain nombre de décisions dans lesquelles les Cours suprêmes de divers Etats se sont prononcées sur le sort d'embryons conçus par FIV.

44. Dans l'affaire *Davis v. Davis* (842 S.W.2d 588, 597 ; Tenn. 1992), jugée en 1992, la Cour suprême du Tennessee statua ainsi :

« (...) pour statuer sur les conflits concernant le sort des pré-embryons conçus *in vitro*, il faut d'abord examiner les préférences de leurs géniteurs. Si celles-ci ne peuvent être déterminées, ou si elles sont incompatibles, il y a lieu d'appliquer l'accord préalable des parties concernant le sort des pré-embryons. En l'absence de pareil accord, il convient de peser les intérêts relatifs des parties à l'utilisation ou à la non-utilisation des pré-embryons. En règle générale, c'est la volonté de la partie souhaitant éviter la procréation qui prévaut lorsqu'on peut supposer que l'autre partie a une possibilité raisonnable de devenir parent par un moyen autre que l'utilisation des pré-embryons en question. Si tel n'est pas le cas, il faut prendre en considération les arguments en faveur de l'utilisation des pré-embryons aux fins d'une grossesse. Toutefois, si la partie qui cherche à se voir reconnaître le droit de décider du sort des pré-embryons a simplement l'intention d'en faire don à un autre couple, c'est évidemment l'intérêt de la partie opposée à leur utilisation qui est supérieur et qui doit donc prévaloir.

Mais la règle n'envisage pas l'institution d'un veto automatique (...) »

45. Dans l'affaire *Kass v. Kass* (98 N.Y. Int. 0049), le couple avait signé avec la clinique un accord stipulant que, « dans le cas où nous (...) serions dans l'impossibilité de prendre une décision concernant le sort de nos embryons congelés », ceux-ci pourraient être utilisés à des fins de recherche. Lorsque le couple se sépara, M^{me} Kass voulut passer outre à cet accord et se faire implanter les embryons. Elle obtint gain de cause en première instance (le tribunal ayant estimé que, de la même manière qu'elle pouvait seule décider de procréer ou non, une femme devait avoir le dernier mot en matière de FIV), mais la cour d'appel de l'Etat de New York décida que l'accord existant était suffisamment clair et devait être respecté.

46. L'affaire *A.Z. v. B.Z.* (2000 431 Mass. 150, 725 N.E.2d 1051) concernait un litige où la femme voulait poursuivre le traitement alors que son mari y était opposé. Les époux avaient, là aussi, préalablement conclu un accord écrit, qui stipulait qu'en cas de séparation les embryons seraient donnés à la femme. La Cour suprême du Massachusetts estima toutefois qu'il ne fallait pas faire exécuter l'accord, notamment parce que, pour des motifs d'ordre public, « la procréation forcée ne peut faire l'objet d'une procédure d'exécution judiciaire ». Elle conclut que devait prévaloir « la liberté du choix personnel en matière de mariage et de vie familiale ».

47. La Cour suprême du New Jersey cita cette décision, en l'approuvant, dans l'arrêt *J.B. v. M.B.* (2001 WL 909294). En l'occurrence, c'était la femme qui demandait la destruction des embryons alors que le mari voulait en faire don à un autre couple ou les conserver en vue de les utiliser avec une future compagne. Des arguments d'ordre constitutionnel furent avancés à l'appui de la thèse de la femme, mais la Cour suprême refusa d'envisager la question sous cet angle, estimant que, en tout état de cause, il n'était pas certain que l'exécution du contrat sous seing privé supposé avoir été conclu porterait atteinte aux droits de l'intéressée. Compte tenu du fait que le père n'était pas stérile, la haute juridiction préféra s'inspirer du raisonnement suivi dans l'affaire *A.Z.* concernant l'ordre public, et ordonna que la volonté de la femme fût respectée.

48. Enfin, dans l'affaire *Litowitz v. Litowitz* (48 P. 3d 261, 271), la femme, qui avait eu des enfants avant de subir une hystérectomie, souhaitait que les embryons conçus avec le sperme de son ex-mari et les ovules d'une donneuse fussent implantés dans l'utérus d'une mère porteuse. L'ex-mari, de son côté, voulait faire don des embryons à un autre couple. En première instance et en appel le mari obtint gain de cause, mais en 2002 la Cour suprême de l'Etat de Washington, à la majorité, opta pour l'analyse contractuelle et décida qu'il fallait appliquer l'accord que le couple avait conclu avec la clinique, en vertu duquel la durée de conservation des embryons ne pouvait excéder cinq ans.

3. Israël

49. L'affaire *Nachmani v. Nachmani* (50(4) P.D. 661 (Isr)) concernait un couple israélien sans enfant qui avait décidé d'entreprendre un traitement par FIV, puis, la femme n'étant pas en mesure de mener une grossesse à terme, d'avoir recours à une mère porteuse en Californie. Le couple avait signé un accord avec la future mère porteuse ; en revanche, il n'avait conclu avec la clinique devant pratiquer la FIV aucun accord fixant le sort des embryons en cas de séparation. La femme se fit prélever ses onze derniers ovules, qui furent fécondés avec le sperme de son mari. Le couple se sépara avant l'implantation des embryons dans l'utérus de la mère porteuse, et le mari, qui entre-temps avait eu des enfants avec une autre femme, s'opposa à l'utilisation des embryons.

Le tribunal de district statua en faveur de la femme, estimant que le mari ne pouvait pas davantage retirer son consentement à avoir un enfant qu'un homme fécondant l'ovule de sa femme au travers d'un rapport sexuel. Un collège de cinq juges de la Cour suprême infirma cette décision en invoquant le droit fondamental de l'homme à ne pas être contraint à devenir père. L'affaire fut rejugée par la Cour suprême siégeant en un collège de onze juges. Par sept voix contre quatre, ceux-ci donnèrent gain de cause à la femme. Chacun des juges rédigea une opinion séparée. Les juges majoritaires estimèrent que les intérêts de la femme l'emportaient sur ceux de l'homme, notamment parce qu'elle était privée de toute autre possibilité de transmettre ses gènes à un enfant. Trois des juges minoritaires, dont le président, arrivèrent à la conclusion opposée, en soulignant que la femme savait que le consentement de son mari serait requis à chaque étape du traitement, et que leur accord ne pouvait plus s'appliquer après leur séparation. Le quatrième des juges minoritaires estima qu'une obligation de paternité ne pouvait être imposée à l'homme, dont le consentement préalable était nécessaire.

C. Les textes internationaux pertinents

50. La règle générale énoncée à l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine se lit ainsi :

« Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé.

Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques.

La personne concernée peut, à tout moment, librement retirer son consentement. »

51. Toujours au sein du Conseil de l'Europe, le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, prédécesseur de l'actuel Comité directeur pour la bioéthique, a adopté une série de principes (CAHBI, 1989), dont le quatrième comporte la disposition suivante :

« 1. Les techniques de la procréation artificielle ne peuvent être utilisées que si les personnes concernées ont donné explicitement et par écrit, selon les dispositions nationales, leur consentement libre et éclairé.

(...) »

52. Enfin, l'article 6 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme énonce :

« Article 6 – Consentement

1. Toute intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et

éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice.

(...) »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

53. Dans sa requête initiale et dans ses observations devant la chambre, la requérante soutenait que les dispositions de la loi britannique qui imposaient la destruction des embryons une fois que J. avait retiré son consentement à leur conservation s'analysaient en une atteinte au droit à la vie des embryons contraire à l'article 2 de la Convention, dont la partie pertinente se lit ainsi :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. (...) »

54. Dans son arrêt du 7 mars 2006, la chambre a rappelé que, dans *Vo c. France* ([GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII), la Grande Chambre avait considéré qu'en l'absence d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relevait de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux Etats dans ce domaine. Or, ainsi que l'ont précisé les juridictions internes dans la présente affaire, le droit britannique ne reconnaît pas à l'embryon la qualité de sujet de droit autonome et ne l'autorise pas à se prévaloir – par personne interposée – du droit à la vie garanti par l'article 2. Partant, la chambre a conclu qu'il n'y avait pas eu en l'espèce violation de cette disposition.

55. La Grande Chambre relève que dans ses observations écrites et orales la requérante n'a pas maintenu le grief tiré de l'article 2. Toutefois, étant donné que l'affaire renvoyée devant la Grande Chambre englobe nécessairement tous les aspects de la requête précédemment examinée par la chambre (*K. et T. c. Finlance* [GC], n° 25702/94, § 140, CEDH 2001-VII), il y a lieu d'examiner la question sous l'angle de l'article 2.

56. Pour les raisons exposées par la chambre, la Grande Chambre estime que les embryons créés par la requérante et J. ne peuvent se prévaloir du droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention et qu'il n'y a donc pas violation de cette disposition.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

57. La requérante dénonce les dispositions de l'annexe 3 à la loi de 1990, en vertu desquelles, une fois ses ovules fécondés avec le sperme de J., celui-ci a pu rétracter son consentement. L'intéressée y voit une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, qui énonce :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. L'arrêt de la chambre

58. Dans son arrêt du 7 mars 2006, la chambre a dit, en résumé, que l'article 8 trouvait à s'appliquer, la notion de « vie privée » recouvrant également le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir. La question qui se posait au regard de l'article 8 était de « savoir si celui-ci fai[sai]t peser sur l'Etat l'obligation positive de garantir aux femmes se soumettant à ce type de traitement dans le but spécifique de donner naissance à un enfant de leur sang la possibilité de se faire implanter un embryon conçu à partir des gamètes de leur ex-partenaire en cas de rétractation de celui-ci de l'engagement pris à cet égard ».

59. Constatant qu'il n'y avait pas, aux niveaux international et européen, de consensus sur la réglementation des traitements par FIV, sur l'utilisation des embryons issus de semblables traitements et sur le point de savoir jusqu'à quel moment l'un des participants à un traitement pouvait revenir sur son consentement à l'utilisation des gamètes prélevés, et que le recours au traitement par FIV suscitait de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, la chambre a estimé qu'il y avait lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation.

60. La loi de 1990 avait été adoptée à l'issue d'une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines. Elle avait pour objectif de garantir un consentement effectif des intéressés, depuis le début du traitement jusqu'à l'implantation des embryons. S'il était vrai qu'en raison de la gravité de l'état de santé de la requérante celle-ci et son compagnon avaient dû se déterminer sur la fécondation des ovules de la première sans avoir pu consacrer à cette

question le temps qu'il était généralement souhaitable de prendre pour y réfléchir et obtenir conseil, il n'était pas contesté que chacun d'eux avait été informé de la possibilité qui lui était ouverte, aussi longtemps que les embryons conçus par ce procédé n'étaient pas implantés, de retirer son consentement. Comme c'était le cas dans les affaires *Pretty c. Royaume-Uni* (n° 2346/02, CEDH 2002-III) et *Odièvre c. France* ([GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III), la décision du législateur d'opter pour une règle claire ou « d'application stricte » (« *bright-line rule* ») – qui avait pour double objectif de favoriser la sécurité juridique et de préserver la confiance que le droit devait inspirer à l'opinion dans un domaine sensible – s'appuyait sur des considérations d'ordre public impérieuses. Comme les tribunaux internes, la chambre a considéré que l'absence de dispositions permettant de passer outre à la révocation par un parent biologique de son consentement, même dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, n'était pas de nature à rompre le juste équilibre exigé par l'article 8 ou à excéder l'ample marge d'appréciation dont bénéficiait l'Etat.

B. Thèses des parties

1. La requérante

61. La requérante reconnaît la nécessité d'un cadre réglementaire pour le recours à la médecine reproductive mais soutient que le principe selon lequel il ne peut être dérogé au veto opposé par l'un ou l'autre donneur de gamètes à l'utilisation des embryons n'est ni nécessaire ni proportionné.

62. Le traitement par FIV impliquerait un investissement personnel et une charge émotionnelle bien plus importants pour la femme que pour l'homme : en dehors du don de sperme celui-ci n'aurait aucun rôle physique actif à jouer dans le processus. La femme, en revanche, donnerait des ovules – qui sont en quantité limitée – après avoir subi une série d'interventions médicales, parfois douloureuses, destinées à maximiser les chances de prélèvement. Le droit en vigueur impliquerait qu'une femme ayant les mêmes antécédents médicaux qu'elle n'aurait plus jamais la possibilité de tenter de concevoir un enfant à partir de ses propres gamètes. L'investissement émotionnel et physique de la femme dans le processus serait bien supérieur à celui de l'homme et justifierait de favoriser les droits de la femme au regard de l'article 8. Or, d'après la requérante, la loi de 1990 aurait pour effet de soumettre ses droits et libertés en matière de procréation au caprice de J. Celui-ci, après s'être engagé dans le projet de conception d'embryons avec la requérante, en lui offrant les assurances nécessaires pour la convaincre d'entreprendre le traitement, aurait pu abandonner ensuite le projet quand bon lui semblait, n'assumant aucune responsabilité relativement à sa décision initiale de s'impliquer, et n'ayant pas même l'obligation d'expliquer son comportement.

63. L'impact des dispositions relatives au consentement figurant dans la loi de 1990 serait tel qu'une femme dans la situation de la requérante n'aurait aucune garantie quant à ses chances de porter un enfant, le donneur de gamètes, connu ou anonyme, pouvant, par caprice, révoquer son consentement à l'utilisation des embryons conçus avec son sperme. La médecine reproductive aurait en partie pour objectif de fournir une solution possible à ceux qui autrement ne pourraient procréer. Cet objectif se trouverait réduit à néant si aucune dérogation n'était possible dans des circonstances exceptionnelles.

64. Que l'on envisage le rôle de l'Etat sous l'angle d'une obligation positive de prendre des mesures raisonnables et appropriées pour garantir à l'individu les droits protégés par l'article 8, ou sous celui d'une ingérence exigeant une justification, il ressortirait clairement de la jurisprudence qu'il faut ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents. Une législation ne reconnaissant pas que peuvent survenir des situations exceptionnelles, exigeant un traitement différent, ne répondrait à aucune nécessité. En l'espèce, le litige opposerait essentiellement les droits respectifs de deux individus, et non ceux de l'Etat et d'un individu. Pour régler un conflit entre individus, il y aurait lieu de soumettre les situations respectives à un examen judiciaire. La requérante indique qu'en l'espèce la clinique est prête et disposée à la traiter, et estime qu'elle devrait être autorisée à le faire. Par ailleurs, la chambre aurait exagéré l'obligation invoquée par elle : elle n'irait pas jusqu'à soutenir que l'Etat doit garantir l'obtention par elle de l'autorisation de se faire implanter les embryons litigieux.

65. Selon l'intéressée, un examen objectif de l'affaire Nachmani (paragraphe 49 ci-dessus) et de la jurisprudence des tribunaux américains (paragraphe 43-48 ci-dessus) étaye sa propre thèse. L'affaire Nachmani serait celle dont les faits se rapprochent le plus de l'espèce, mais la requérante estime que ses arguments sont plus solides car elle souhaite faire implanter les embryons dans son corps, et non avoir recours à une mère porteuse. Toutes les décisions rendues aux Etats-Unis sembleraient soit appliquer, soit au moins reconnaître un critère de mise en balance des droits et/ou intérêts relativement aux embryons. En outre, une de ces affaires seulement aurait été tranchée sur la base d'un conflit entre ordre public et droits individuels ; la jurisprudence viendrait donc étayer l'argument de la requérante selon lequel aucun intérêt public ne se trouve en jeu. Quant à la situation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, la requérante relève que la chambre s'est appuyée sur des documents dont les parties n'ont pas eu connaissance, mais elle reconnaît qu'il n'y a pas de consensus en Europe sur la question de savoir si, d'une manière générale, l'homme doit pouvoir révoquer son consentement à tout moment avant l'implantation ou uniquement jusqu'au moment de la fécondation. Elle invite toutefois la Cour à examiner les éléments dont elle dispose quant à la façon dont les

Etats membres du Conseil de l'Europe trancheraient une affaire dont les faits seraient analogues à ceux de l'espèce. Elle s'interroge sur la rigidité des règles en vigueur dans ces Etats, y compris au sein des quatre qui, d'après l'arrêt de la chambre, autorisent un retrait du consentement à tout moment avant l'implantation.

66. Si la requérante admet qu'elle ne peut plus se prétendre victime de l'instruction donnée par J. à la clinique de mettre fin à la conservation des embryons, puisque la durée légale maximale de conservation était dépassée au moment de l'audience devant la Grande Chambre, elle soutient qu'il n'est ni nécessaire ni proportionné de donner un tel pouvoir à un seul donneur de gamètes. Les embryons humains seraient spéciaux : ce serait la philosophie sous-jacente à la loi de 1990. Or celle-ci permettrait à un seul membre du couple de détruire, par caprice, les embryons créés par le couple ; même un animal domestique serait mieux protégé par la loi.

2. Le Gouvernement

67. Le Gouvernement défend l'idée que la chambre s'est trompée en parlant d'un retrait par J. d'un consentement qu'il aurait donné à l'utilisation de ses gamètes ou d'une tentative entreprise par la requérante pour obliger J. à tenir parole. En vérité, J. n'aurait jamais consenti au traitement que la requérante souhaite suivre, son engagement s'étant toujours limité à un traitement conjoint avec l'intéressée. En pratique, le consentement reposait sur la poursuite de la relation du couple. Celle-ci terminée, la requérante aurait émis le souhait de poursuivre le traitement seule, et le consentement donné par J. ne pourrait s'étendre à la nouvelle situation.

68. Selon le Gouvernement, la loi de 1990 visait à promouvoir des objectifs et intérêts étroitement liés : le droit de la femme à l'autodétermination relativement à la grossesse une fois l'embryon implanté, la primauté d'un consentement libre et éclairé à toute intervention médicale, les intérêts du ou des enfants pouvant naître du traitement par FIV, l'égalité de traitement entre les parties, la promotion de l'efficacité et de l'utilisation de la FIV et des techniques associées, la clarté et la sécurité des rapports entre les partenaires.

69. Il plaide que, compte tenu de la complexité des questions morales et éthiques que soulèvent les traitements par FIV, sur lesquels des divergences d'opinions marquées peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu de reconnaître aux Etats une ample marge d'appréciation dans ce domaine. Il n'existerait pas de communauté de vues aux niveaux international ou européen sur le point de savoir jusqu'à quel moment un donneur de sperme doit pouvoir être autorisé à révoquer de manière effective son consentement et à s'opposer à l'utilisation de son matériel génétique. L'attribution d'une ample marge d'appréciation aux autorités nationales se justifierait également par le motif qu'il leur incombe

de ménager un équilibre entre les intérêts antagonistes de deux individus ayant l'un comme l'autre, en vertu de la Convention, droit au respect de leur vie privée.

70. Le fait que la règle autorisant chacune des parties à retirer son consentement aussi longtemps qu'il n'y a pas eu implantation de l'embryon ne tolère aucune exception (règle « d'application stricte » (« *bright-line rule* »)) ne rendrait pas en soi la législation disproportionnée. Si l'on admettait des exceptions à cette règle, l'objectif légitime poursuivi par le Parlement – à savoir garantir que toute implantation repose sur le consentement des deux parties intéressées – ne serait pas atteint. Il en résulterait des situations complexes et un risque d'arbitraire, et les juridictions internes se trouveraient contraintes, comme en l'espèce, de rechercher un équilibre entre des intérêts individuels inconciliables.

C. Appréciation de la Cour

1. La nature des droits en jeu au regard de l'article 8

71. Les parties s'accordent à considérer que l'article 8 trouve à s'appliquer et que le présent litige se rapporte au droit de la requérante au respect de sa vie privée. La Grande Chambre souscrit au point de vue de la chambre selon lequel la notion de « vie privée », notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (*Pretty*, arrêt précité, § 61), recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent.

72. Toutefois, il y a lieu de noter que la requérante n'allègue pas qu'elle se trouve en aucune manière empêchée de devenir mère aux sens social, juridique, et même physique du terme, ni le droit ni la pratique internes ne lui interdisant d'adopter un enfant, voire de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes de donneurs. L'intéressée se plaint plus précisément que les dispositions de la loi de 1990 relatives au consentement l'empêchent d'utiliser les embryons créés conjointement par elle et J. et donc, vu sa situation personnelle, d'avoir un enfant avec lequel elle ait un lien génétique. La Grande Chambre estime que cette question plus restreinte, qui concerne le droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme, relève également de l'article 8.

73. Le dilemme au cœur de la présente affaire tient au fait que se trouvent en conflit les droits puisés dans l'article 8 par deux individus : la requérante et J. En outre, l'intérêt de chacun est totalement inconciliable avec celui de l'autre, puisque si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, J. sera contraint de devenir père, et que si le refus ou la

révocation par J. de son consentement est confirmé, la requérante se verra privée de la possibilité de devenir parent au sens génétique du terme. Dans les circonstances difficiles de l'espèce, quelle que soit la solution adoptée par les autorités nationales, les intérêts de l'une des parties au traitement par FIV seront entièrement déçus (*Odièvre*, arrêt précité, § 44).

74. En outre, la Grande Chambre, à l'instar de la chambre, souscrit à l'argument du Gouvernement (paragraphe 68 ci-dessus) selon lequel l'affaire ne concerne pas simplement un conflit entre individus : la législation en question poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général, puisque, par exemple, elle protège le principe de la primauté du consentement et tend à promouvoir la clarté et la sécurité juridiques (*Odièvre*, arrêt précité, § 45). La Grande Chambre examinera ci-après dans quelle mesure l'Etat pouvait, au regard de l'article 8, accorder du poids à ces considérations.

2. *Sur le point de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence*

75. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (*Odièvre*, arrêt précité, § 40).

76. Dans le cadre de la procédure interne, les parties et les juges ont analysé le litige comme mettant en cause une ingérence de l'Etat dans l'exercice par la requérante de son droit au respect de sa vie privée, les dispositions pertinentes de la loi de 1990 empêchant la clinique de poursuivre le traitement de l'intéressée dès lors que J. l'avait avisée qu'il n'était pas consentant. Pour sa part, la Grande Chambre, comme la chambre, juge plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la question principale étant, comme dans l'affaire *Odièvre* précitée, de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu. A ce propos, la Grande Chambre souscrit aux conclusions des juridictions nationales selon lesquelles J. n'avait jamais consenti à ce que la requérante utilisât seule les embryons créés par le couple – son consentement s'étant limité à un traitement « conjoint » avec la requérante (paragraphe 24 ci-dessus). Contrairement au Gouvernement

(paragraphe 67 ci-dessus), elle estime que le point de savoir si dans ces conditions J. doit passer pour avoir « refusé » et non « retiré » son consentement à l'implantation des embryons n'est pas important pour les questions à trancher au regard de la Convention.

3. La marge d'appréciation

77. Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation reconnue à l'Etat dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est restreinte (voir, par exemple, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, §§ 24 et 27, série A n° 91 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; voir également *Pretty*, arrêt précité, § 71). Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II ; *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I ; *Christine Goodwin*, arrêt précité, § 85 ; voir également, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Vo* précité, § 82). La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (*Odièvre*, arrêt précité, §§ 44-49, et *Fretté*, arrêt précité, § 42).

78. Les questions soulevées par la présente affaire revêtent sans conteste un caractère moralement et éthiquement délicat et, à cet égard, la Cour renvoie aux commentaires formulés par Lord Bingham dans l'affaire *Quintavalle* (paragraphe 34 ci-dessus).

79. En outre, si la Cour tient compte de l'argument de la requérante selon lequel il faut traiter les données de droit comparé avec prudence, il est clair au moins, et l'intéressée ne le conteste pas, qu'il n'existe pas une approche européenne uniforme dans ce domaine. Certains Etats ont adopté des lois ou des règlements pour encadrer le recours au traitement par FIV, alors que d'autres s'en remettent en la matière à la pratique et à des directives médicales. Le Royaume-Uni n'est certes pas le seul Etat à permettre la conservation d'embryons et à autoriser les deux donneurs de gamètes à revenir librement et effectivement sur leur consentement tant qu'il n'y a pas eu implantation des embryons, mais d'autres règles et pratiques se rencontrent ailleurs en Europe. On ne peut dire qu'il existe un consensus sur le point de savoir à partir de quel moment du traitement par FIV le consentement des donneurs de gamètes doit être réputé irrévocable (paragraphe 39-42 ci-dessus).

80. La requérante soutient qu'eu égard à la plus grande ampleur de son investissement physique et émotionnel durant le traitement par FIV et à sa stérilité ultérieure ses droits garantis par l'article 8 doivent primer ceux de J., mais il apparaît à la Cour que, sur ce point non plus, il n'y a pas de consensus clair. La Cour d'appel a évoqué la difficulté de comparer les effets qu'emporterait pour J. le fait d'être contraint de devenir père d'un enfant de la requérante et les effets qui résulteraient pour la requérante du fait d'être privée de toute chance d'avoir un enfant biologique (paragraphe 25-26 ci-dessus) ; cette difficulté se reflète également dans la diversité des avis exprimés par les deux collègues de la Cour suprême israélienne dans l'affaire Nachmani et dans la jurisprudence des tribunaux américains (paragraphe 43-49 ci-dessus).

81. En conclusion, dès lors que le recours au traitement par FIV suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 44).

82. Comme la chambre, la Grande Chambre estime que cette marge d'appréciation doit en principe s'appliquer tant à la décision de l'Etat d'adopter ou non une loi régissant le recours au traitement par FIV, que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit.

4. *Respect de l'article 8*

83. Il reste à la Cour à déterminer si, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'application d'une loi autorisant J. à révoquer de manière effective ou à refuser son consentement à l'implantation dans l'utérus de la requérante des embryons conçus conjointement par les deux membres du couple a ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu.

84. Le fait qu'il soit aujourd'hui techniquement possible de conserver des embryons humains à l'état congelé a pour conséquence qu'il existe désormais une différence essentielle entre une fécondation *in vitro* et une fécondation consécutive à un rapport sexuel, à savoir la possibilité de laisser s'écouler un laps de temps, qui peut être important, entre la création d'embryons et leur implantation dans l'utérus. Pour la Cour, il est légitime – et d'ailleurs souhaitable – qu'un Etat mette en place un cadre juridique tenant compte de cette possibilité de différer le transfert d'un embryon. La solution adoptée au Royaume-Uni dans la loi de 1990 consistait à limiter à cinq ans la durée légale de conservation d'un embryon. En 1996, un texte réglementaire a porté cette durée à dix ans et plus dans les cas où l'un des donneurs de gamètes ou la future mère est stérile ou risque de le devenir prématurément, tout en précisant que les embryons ne peuvent jamais être

conservés après que la femme qui doit les recevoir a dépassé l'âge de cinquante-cinq ans (paragraphe 36 ci-dessus).

85. Ces dispositions sont complétées par une obligation faite à la clinique dispensant le traitement de solliciter de chaque donneur de gamètes un consentement écrit préalable précisant notamment le type de traitement pour lequel l'embryon est censé être utilisé (annexe 3, article 2 § 1, à la loi de 1990), la durée maximale de conservation et les mesures à prendre en cas de décès ou d'incapacité du donneur (annexe 3, article 2 § 2). En outre, l'article 4 de l'annexe 3 énonce que « quiconque a donné un consentement au sens de la présente annexe peut y apporter des modifications successives ou le révoquer, par notification à la personne responsable de la conservation des gamètes ou de l'embryon concernés (...) » tant que l'embryon n'a pas été « utilisé » (c'est-à-dire implanté dans l'utérus ; paragraphe 37 ci-dessus). Certains Etats, qui ont des cultures religieuses, sociales et politiques différentes, ont adopté d'autres solutions pour tenir compte de la possibilité technique d'un décalage entre la fécondation et l'implantation (paragraphe 39-42 ci-dessus). Pour les motifs exposés ci-dessus (paragraphe 77-82), la Grande Chambre estime que c'est d'abord à chaque Etat qu'il appartient de décider des principes et politiques à appliquer dans ce domaine sensible.

86. A cet égard, la Grande Chambre partage l'avis de la chambre selon lequel il importe de noter que la loi de 1990 a été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines et qu'elle est le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats (voir, *mutatis mutandis*, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 128, CEDH 2003-VIII).

87. Les problèmes pouvant découler des progrès scientifiques enregistrés dans la conservation des embryons humains ont été abordés dès 1984, dans le rapport de la commission Warnock, qui préconisait de fixer à dix ans la durée maximale de conservation des embryons destinés à l'utilisation personnelle d'un couple ; passé ce délai, le droit d'utilisation ou de destruction devait être conféré à un organisme compétent pour les questions de conservation. En cas de désaccord dans un couple sur l'utilisation d'embryons créés conjointement, le droit de décider de l'utilisation ou de la destruction des embryons devait être conféré à l'« organisme compétent pour les questions de conservation ». Le livre vert élaboré à la suite du rapport Warnock invitait précisément les secteurs intéressés de l'opinion publique à se prononcer sur le sort qu'il fallait réserver à un embryon en cas de désaccord dans un couple quant à son utilisation ou sa destruction. Le livre blanc publié en 1987 relevait que ceux qui avaient répondu et qui estimaient que la conservation devait être autorisée souscrivaient pour l'essentiel aux recommandations de la commission, mais que certains d'entre eux rejetaient l'idée de conférer à

l'« organisme compétent pour les questions de conservation » le droit de décider du sort de l'embryon en cas de conflit entre les donneurs. Le gouvernement proposa alors de fonder la loi sur les principes clairs suivants : « les souhaits du donneur priment pendant la période de conservation autorisée des embryons ou des gamètes, et à l'expiration de cette période les embryons ne peuvent être utilisés à d'autres fins par l'organisme agréé que si le donneur y a consenti ». Le livre blanc exposait également dans le détail les propositions quant au consentement, lesquelles, après de nouvelles consultations, furent adoptées par le législateur et incorporées à l'annexe 3 à la loi de 1990 (paragraphe 29-33 ci-dessus).

88. En vertu de cette annexe, toutes les cliniques qui proposent des traitements par FIV ont l'obligation légale d'expliquer les dispositions relatives au consentement aux personnes entreprenant un tel traitement et de recueillir leur consentement par écrit (paragraphe 37 ci-dessus). Nul ne conteste que cette obligation a été respectée en l'espèce et que la requérante et J. ont tous deux signé les formulaires de consentement prévus par la loi. Si, en raison de l'urgence liée à sa situation médicale, la requérante a dû se déterminer rapidement et dans une situation d'anxiété extrême, elle savait, lorsqu'elle consentit à ce que tous ses ovules fussent fécondés avec le sperme de J., qu'elle n'en aurait plus d'autres, qu'elle ne pourrait faire implanter les embryons avant un certain temps, dès lors qu'il lui fallait d'abord terminer le traitement de son cancer, et que, en vertu de la loi, J. pourrait à tout moment retirer son consentement à l'implantation.

89. Si la requérante critique les dispositions du droit national relatives au consentement en ce qu'elles ne souffrent aucune dérogation, la Cour estime que le caractère absolu de la loi n'est pas, en soi, nécessairement incompatible avec l'article 8 (voir, également, *Pretty* et *Odièvre*, arrêts précités). La décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV. Au-delà du principe en jeu, le caractère absolu de la règle en cause vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas, de ce que la Cour d'appel a décrit comme étant des intérêts « parfaitement incommensurables » (paragraphe 25-26 ci-dessus). Pour la Cour, les intérêts généraux poursuivis par la loi sont légitimes et compatibles avec l'article 8.

90. Quant à l'équilibre ménagé entre les droits conflictuels que les parties à un traitement par FIV peuvent puiser dans l'article 8, la Grande Chambre, tout comme les autres juridictions ayant eu à connaître de l'affaire, compatit à la situation de la requérante, qui désire manifestement

par-dessus tout un enfant de son sang. Toutefois, eu égard à ce qui précède, et notamment à l'absence de consensus européen sur la question (paragraphe 79 ci-dessus), la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder davantage de poids au droit de la requérante au respect de son choix de devenir parent au sens génétique du terme qu'à celui de J. au respect de sa volonté de ne pas avoir un enfant biologique avec elle.

91. La Cour reconnaît que le Parlement aurait pu régler la situation différemment. Toutefois, comme la chambre l'a fait observer, la question centrale qui se pose au regard de l'article 8 n'est pas de savoir s'il était loisible au législateur d'opter pour d'autres dispositions, mais de déterminer si, dans l'établissement de l'équilibre requis, le Parlement a excédé la marge d'appréciation qui est la sienne en la matière.

92. Eu égard à l'absence de consensus européen, au fait que les dispositions du droit interne étaient dépourvues d'ambiguïté, qu'elles avaient été portées à la connaissance de la requérante et qu'elles ménageaient un juste équilibre entre les intérêts en conflit, la Grande Chambre estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

93. Dans sa requête et dans la procédure devant la chambre, la requérante se plaignait en outre d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, dans la mesure où une femme apte à procréer sans assistance médicale pourrait choisir en toute liberté et en dehors de toute influence le sort devant être réservé à ses ovules fécondés, alors qu'une femme dans sa situation, c'est-à-dire incapable de procréer sans avoir recours à une FIV, se trouverait, du fait de la loi de 1990, à la merci du donneur de sperme.

94. Dans ses observations à la Grande Chambre toutefois, la requérante a indiqué que ses griefs sur le terrain des articles 8 et 14 étaient inextricablement liés et que si la Cour devait estimer que la disposition contestée du droit interne est proportionnée sous l'angle de l'article 8, il lui faudrait conclure également qu'elle est raisonnablement et objectivement justifiée au regard de l'article 14.

95. La Grande Chambre, à l'instar de la chambre et des parties, estime qu'elle n'a pas à statuer sur la question de savoir si la requérante peut se plaindre d'une différence de traitement par rapport à une autre femme qui se trouverait dans une situation analogue à la sienne. Elle considère en effet que les motifs qui l'ont amenée à conclure à l'absence de violation de l'article 8 constituent également une justification objective et raisonnable aux fins de l'article 14 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Pretty*, précité, § 89).

96. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention en l'espèce.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention ;
2. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
3. *Dit*, par treize voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ;

Fait en anglais et en français, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 10 avril 2007.

Erik Fribergh
Greffier

Christos Rozakis
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele.

C.L.R.
E.F.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES TÜRMEŒ,
TSATSA-NIKOLOVSKA, SPIELMANN ET ZIEMEŒLE

(Traduction)

1. Nous avons voté contre les constats de non-violation de l'article 8 de la Convention et de l'article 14 combiné avec l'article 8.

2. La requérante en l'espèce se plaignait que l'impact des dispositions relatives au consentement figurant dans la loi de 1990 était tel qu'une femme dans sa situation n'avait aucun moyen de garantir ses chances de porter un enfant de son sang. Selon elle, la médecine reproductive a en partie pour objectif de fournir une solution possible à ceux qui autrement ne pourraient procréer. Or cet objectif se trouverait réduit à néant si aucune dérogation n'était possible dans des circonstances exceptionnelles (paragraphe 62-64 de l'arrêt).

3. Pour la Cour comme pour les parties, l'article 8 est applicable et l'affaire concerne le droit de la requérante au respect de sa vie privée (paragraphe 71). La Cour précise (paragraphe 72) que la question plus restreinte du droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme relève également de l'article 8. Nous souscrivons au raisonnement de la Cour concernant l'applicabilité de l'article 8 et la question plus spécifique en jeu. Nous tenons toutefois à souligner l'importance de la précision donnée par la Cour quant à l'applicabilité de l'article 8 dans les circonstances de l'espèce.

4. Dans son arrêt, la Cour examine la nature des droits en jeu au regard de l'article 8 (paragraphe 71-74) et le point de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence (paragraphe 75-76). Au sujet de la première question, elle indique que l'affaire a trait à un conflit entre les droits puisés dans l'article 8 par deux individus (paragraphe 73) et ajoute que la législation en cause poursuit également un certain nombre d'intérêts plus vastes, d'ordre général, en protégeant le principe de la primauté du consentement et en cherchant à promouvoir la clarté et la sécurité juridiques (paragraphe 74). Jugeant plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la Cour indique que la question principale consiste à savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu (paragraphe 76). Par ailleurs, la Cour considère que, dès lors que le recours au traitement par fécondation *in vitro* (FIV) suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique qui s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine et que les questions soulevées en l'espèce se rapportent à des domaines sur lesquels il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres, il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation (paragraphe 81). Cette marge d'appréciation doit en principe, d'après la

Cour, s'appliquer tant à la décision de l'Etat d'adopter ou non une loi régissant le recours au traitement par FIV que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par lui pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit (paragraphe 82).

5. Nous ne pouvons souscrire à l'appréciation de la Cour selon laquelle il est plus approprié d'examiner la question sous l'angle des obligations positives.

6. L'affaire concerne selon nous une atteinte au droit de la requérante au respect de sa décision de devenir parent au sens génétique du terme. Nous pouvons admettre que l'ingérence était prévue par la loi et qu'elle poursuivait des buts légitimes, à savoir la défense de l'ordre public et de la morale et la protection des droits d'autrui. Mais cette ingérence était-elle nécessaire et proportionnée, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce ? Pour les raisons que nous exposons ci-dessous, nous estimons quant à nous que le droit pour la requérante de décider de devenir parent, au sens génétique du terme, pèse plus lourd que le droit pour J. de décider de ne pas devenir parent.

i. La loi de 1990 ne prévoit pas la possibilité de prendre en considération la situation médicale très particulière de la requérante. Nous admettons, avec la majorité, que notamment lorsqu'une question revêt une nature moralement et éthiquement délicate, une règle d'interprétation stricte est peut-être la plus appropriée pour servir au mieux les divers intérêts, souvent conflictuels, en jeu. On dit que « l'avantage d'une loi claire est qu'elle offre de la sécurité ». Mais on admet également que « son désavantage est que si elle est trop claire – catégorique – elle offre trop de sécurité et aucune flexibilité »¹. Dès lors, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, le problème principal réside dans la nature absolue de la « règle d'interprétation stricte » en cause.

ii. En l'espèce, la démarche suivie par la majorité n'a pas simplement pour conséquence de contrecarrer la décision prise par la requérante d'avoir un enfant de son sang, elle emporte suppression effective de toute possibilité pour elle d'avoir un tel enfant, privant de toute effectivité pareille décision qui serait prise maintenant ou à quelque moment que ce soit dans l'avenir.

7. Aussi jugeons-nous disproportionnée l'application faite de la loi de 1990 dans les circonstances particulières de la cause. En raison de sa nature absolue, la législation incriminée empêche dans un cas tel celui de l'espèce la mise en balance des intérêts en conflit. En fait, même si la majorité admet qu'il s'agit de ménager un équilibre entre les intérêts conflictuels que les parties à un traitement par FIV peuvent puiser dans l'article 8

1. Voir M.-B. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 93.

(paragraphe 90), aucune mise en balance n'est possible dans les circonstances de la cause, puisque la décision entérinant le choix fait par J. de ne pas devenir père implique une annulation absolue et définitive de la décision de la requérante. Le fait de vider de sa substance ou de son sens la décision de l'une des deux parties ne peut s'analyser en une mise en balance des intérêts. Il convient de noter que l'affaire ne concerne pas la possibilité d'adopter un enfant ni celle de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes de donneurs (paragraphe 72). Incidemment, J. sera toujours capable de prendre la décision de devenir père d'un enfant biologique, tandis que pour la requérante c'était sa dernière chance.

8. Par ailleurs, la requérante a subi le 26 novembre 2001 l'ablation de ses ovaires. En conséquence, les ovules prélevés sur elle aux fins d'un traitement par FIV étaient sa dernière chance d'avoir un enfant de son sang. Non seulement J. en était parfaitement conscient, mais il donna à sa compagne de l'époque l'assurance qu'il souhaitait être le père de son enfant. Sans pareille assurance, la requérante aurait pu chercher à avoir un enfant biologique en utilisant d'autres méthodes. Au paragraphe 90 de l'arrêt, où la majorité tente de ménager un équilibre entre les droits et intérêts de la requérante et ceux de J., aucun poids n'est accordé à cet aspect « assurance », au fait que la requérante a agi de bonne foi en se fondant sur l'assurance reçue de J. La date décisive est le 12 novembre 2001 : c'est la date à laquelle les ovules de la requérante ont été fécondés et six embryons créés. A compter de cette date, J. n'était plus maître de son sperme. Un embryon est une production conjointe de deux personnes qui, une fois implantée dans un utérus, se transforme pour finalement donner un enfant. Un acte consistant à détruire un embryon implique donc également la destruction de l'ovule de la femme. De ce point de vue également, la législation britannique est restée en défaut de ménager le juste équilibre requis.

9. Les circonstances particulières de l'espèce nous amènent à considérer que les intérêts de la requérante pèsent plus lourd que les intérêts de J. et que le fait que les autorités britanniques en ont jugé autrement doit s'analyser en une violation de l'article 8.

10. Là encore, nous tenons à souligner que, comme la majorité, nous estimons que la loi de 1990 n'est pas, en soi, contraire à l'article 8 et que le principe du consentement est important pour le traitement par FIV. Nous admettons que, lorsque l'on regarde les législations pertinentes dans les autres Etats, différentes approches s'en dégagent et que la Cour a raison de dire qu'il n'existe pas, au niveau européen, de consensus sur les détails de l'encadrement juridique du traitement par FIV. Comme nous l'avons dit ci-dessus, toutefois, nous faisons de la présente espèce une analyse différente de la majorité car les circonstances qui la caractérisent nous font regarder au-delà de la simple question du consentement au sens contractuel du terme. Les valeurs et questions en jeu, du point de vue de la situation de la

requérante, revêtent un poids important, négligé par l'approche purement contractuelle adoptée en l'espèce.

11. Compte tenu de la gravité de la question et de la nature extrême de la situation de la requérante, il nous paraît difficile d'inférer quoi que ce soit du fait que celle-ci savait que, « en vertu de la loi, J. pourrait à tout moment retirer son consentement à l'implantation » (paragraphe 88). Il n'est évidemment pas possible que l'on suggère que M^{me} Evans, après toutes ses épreuves, aurait dû envisager l'éventualité de voir J. retirer son consentement. Là encore il est manifeste que l'affaire ne pouvait guère se traiter par une application formaliste des règles juridiques qui encadraient le traitement par FIV.

12. Une affaire aussi sensible que celle-ci ne peut être tranchée sur une base simpliste et mécanique consistant à dire qu'il n'y a aucun consensus en Europe et que, dès lors, l'Etat défendeur bénéficie d'une ample marge d'appréciation, qui s'étend aux règles adoptées aux fins de ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit.

Certes, les Etats disposent d'une ample marge d'appréciation lorsqu'il s'agit d'adopter des règles régissant le recours à la FIV. La marge d'appréciation ne doit toutefois pas empêcher la Cour d'exercer son contrôle, en particulier relativement à la question de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre tous les intérêts conflictuels en jeu au niveau interne¹.

1. Nous tenons à souligner que dans son récent arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) c. Royaume-Uni*, n° 11002/05, § 46, 27 février 2007, la Cour a redit clairement comment elle conçoit le rôle de la marge d'appréciation : « Enfin, lorsqu'il recherche un juste équilibre entre les intérêts concurrents, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres arrêts, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 98, CEDH 2003-VIII). Toutefois, étant donné qu'il ne s'agit pas en l'espèce de questions de politique générale, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, et pour lesquelles il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national (voir, par exemple, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46, série A n° 98, où la Cour avait estimé normal que le législateur « dispos[ât] d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale »), la marge d'appréciation est ici limitée. »

La démarche adoptée dans *ASLEF* prend en compte les conceptions des parlements nationaux dans une « saine » mesure (en lui conférant un poids spécial) s'agissant de définir une politique générale ; il y a lieu de distinguer les questions de politique générale et les décisions concernant les droits fondamentaux de tel ou tel individu (dans le contexte d'une requête individuelle), lesquelles, en vertu de ce qui a été dit ci-dessus, appellent un rôle restreint de la marge d'appréciation. Dans l'affaire *Evans*, la majorité, tout en accordant à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation, se réfère largement aux questions de politique générale et étend cette ample marge d'appréciation aux règles détaillées adoptées pour établir un équilibre entre les intérêts publics et privés en conflit (paragraphe 81-82 de l'arrêt et paragraphe 4 *in fine* de notre opinion dissidente). Comme la plupart de celles portées devant la Cour, l'affaire *Evans* n'a pas trait uniquement à des questions de politique générale : elle concerne aussi des intérêts individuels importants.

La Cour ne devrait pas utiliser le principe de la marge d'appréciation comme un simple substitut pragmatique à une approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle¹.

13. Pour conclure, contrairement à la majorité nous estimons que la législation incriminée n'a pas permis de ménager un juste équilibre dans les circonstances particulières de l'espèce. Si les effets de la législation sont tels que d'une part ils donnent à une femme le droit de décider d'avoir un enfant de son sang mais que d'autre part ils la privent de toute possibilité de se retrouver en position de faire ce choix, ils font supporter à l'intéressée une charge morale et physique d'après nous disproportionnée qui ne peut guère être compatible avec l'article 8 et avec les buts mêmes de la Convention, qui sont de protéger la dignité et l'autonomie humaines.

14. En ce qui concerne l'article 14 de la Convention, nous tenons à préciser ce qui suit.

15. Il se peut qu'aux fins de l'article 14 la comparaison doive se faire avec un homme stérile (voir, au paragraphe 23 de l'arrêt, l'exemple invoqué dans la procédure interne par le juge Wall). Toutefois, même cette comparaison n'illustre pas toute la complexité du problème soulevé par la présente espèce. Les institutions internationales spécialement investies de la mission de promouvoir les droits des femmes reconnaissent qu'il est justifié et nécessaire d'« expliquer comment les politiques et mesures relatives aux soins de santé tiennent compte des droits des femmes et prennent en compte leurs intérêts et leurs spécificités par rapport aux hommes, notamment : a) Les caractéristiques biologiques des femmes, telles que (...) leur fonction en matière de procréation (...) (CEDAW recommandation générale n° 24 (20^e session, 1999)) ». Une femme se trouve placée dans une situation différente d'un homme du point de vue de la naissance d'un enfant, y compris lorsque la législation autorise des méthodes de fécondation artificielle. En conséquence, nous estimons que la démarche qui s'imposait en l'espèce est celle qui fut adoptée relativement à l'article 14 dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, dans laquelle la Cour a reconnu que des situations

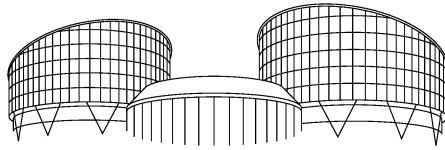
D'après nous, la majorité a donné un poids excessif à celles-ci, qui en réalité ne sont que la toile de fond de la présente affaire (voir la section 3 de l'arrêt (la marge d'appréciation), en particulier le paragraphe 81), et elle ne s'est pas suffisamment livrée, dans la section 4 de son arrêt (observation de l'article 8 ; paragraphes 83-92), à un exercice de mise en balance *ad hoc*.

1. R. St. J. Macdonald, « *The Margin of Appreciation* », in *The European System for the Protection of Human Rights* (R. St. J. Macdonald et al. [eds.], 1993), pp. 84, 124, cité par E. Brems, « *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights* », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, p. 313. Voir également l'appréciation critique de la doctrine de la « marge d'appréciation » faite par M. R. Hutchinson in « *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights* », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 638-650.

différentes doivent entraîner un traitement différent¹. Si nous appréhendons la situation personnelle de la requérante à la lumière de ce principe, c'est notamment à raison de l'ampleur de la charge physique et émotionnelle et des conséquences² qu'emporte cette situation, et c'est sur cette base que nous avons voté en faveur de la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

1. *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV.

2. C. Packer, « *Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice* », *Nordic Journal of International Law*, 1998, p. 95.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DEUXIÈME SECTION

DÉCISION

Requête n° 29176/13

D. et autres
contre la Belgique

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant le 8 juillet 2014 en une chambre composée de :

Guido Raimondi, *président*,

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Helen Keller,

Paul Lemmens,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Vu la requête susmentionnée introduite le 30 avril 2013,

Vu la décision de traiter en priorité la requête en vertu de l'article 41 du règlement de la Cour,

Vu les observations soumises par le gouvernement défendeur et celles présentées en réponse par les requérants,

Vu les observations présentées par le gouvernement ukrainien ainsi que celles soumises par le tiers intervenant,

Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

EN FAIT

1. Les requérants, M. D. et M^{me} R., sont des ressortissants belges nés respectivement en 1960 et en 1968 et résidant en Belgique. Les requérants introduisent la présente requête également au nom de l'enfant A. Le président de la section a accédé à la demande de non-divulgence de leur identité formulée par les requérants (article 47 § 4 du règlement). Ils ont été représentés devant la Cour par M^{me} C. Verbrouck, avocate à Bruxelles.



2. Le gouvernement belge (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. M. Tysebaert, conseiller général, service public fédéral de la Justice.

3. Le gouvernement ukrainien a été représenté par son agent, M^{me} O. Davydochuk. Des observations écrites ont également été reçues du *European Centre for Law and Justice*, que le président avait autorisée à intervenir en qualité de tierce partie (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 a) du règlement).

A. Les circonstances de l'espèce

4. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

5. Les requérants, un couple marié, se rendirent en Ukraine afin de procéder à une gestation pour autrui (« GPA »). De cette GPA est né A. le 26 février 2013 en Ukraine.

6. Les requérants déclarèrent la naissance d'A. auprès des autorités ukrainiennes et furent mis en possession d'un acte de naissance ukrainien. Le premier requérant fut inscrit comme étant le père de A., la deuxième requérante comme étant sa mère. L'acte de naissance ne fait pas mention du recours à la GPA.

7. Le 15 mars 2013, les requérants demandèrent à l'ambassade belge à Kiev la délivrance d'un passeport belge pour A.

8. Le 18 mars 2013, l'ambassade informa les requérants du refus de leur délivrer un passeport au motif que les requérants n'étaient pas en mesure de présenter certains documents visant à établir la filiation de l'enfant A., notamment une attestation de grossesse de la deuxième requérante faite par son médecin en Belgique et une attestation d'hospitalisation de la deuxième requérante à l'hôpital en Ukraine.

9. Le 19 mars 2013, les requérants, par l'intermédiaire de leur avocat, saisirent le président du tribunal de première instance de Bruxelles en référé, lui demandant d'ordonner aux autorités belges de leur délivrer un titre de voyage pour permettre à A. de venir en Belgique.

10. Le 22 mars 2013, les requérants, par l'intermédiaire de leur avocat, déposèrent également une requête fondée sur l'article 27 du code de droit international privé visant à faire reconnaître la validité de l'acte de naissance ukrainien de l'enfant. Cette procédure est pendante devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

11. Le 25 mars 2013, les requérants ainsi que l'enfant A. tentèrent un voyage par la voie aérienne, munis de l'acte de naissance d'A. La compagnie aérienne refusa leur embarquement à l'aéroport de Kiev.

12. Le 5 avril 2013, le président du tribunal de première instance de Bruxelles déclara la demande en référé recevable mais non fondée. Le juge reconnut l'urgence et le caractère provisoire de la demande mais considéra

que le dossier des requérants laissait persister de nombreuses incertitudes quant à la mère porteuse et la méthode de procréation utilisée. Les requérants n'avaient pas apporté assez d'éléments permettant au juge de retenir l'existence d'une apparence de lien de filiation entre les requérants et A. Concernant la mère, la maternité découle de l'accouchement en droit belge et la deuxième requérante ne pouvait donc pas établir un lien de filiation avec l'enfant. Quant au père, aucune information n'avait été donnée concernant la méthode de procréation ou le contrat de gestation, et les résultats du test ADN réalisé via un site internet n'avaient aucune valeur probante « étant donné que la provenance des prélèvements analysés [n'était] d'aucune manière certifiée ». Les requérants firent appel de cette ordonnance.

13. Le 8 avril 2013, le premier requérant déclara reconnaître A. comme son fils devant un notaire à Bruxelles.

14. Le 25 avril 2013, les requérants durent rentrer en Belgique sans A. étant donné que leur droit de séjour en Ukraine touchait à sa fin. Ils engagèrent alors une nourrice pour s'occuper d'A. en Ukraine en leur absence.

15. Les requérants firent le voyage vers l'Ukraine autant que faire se peut. Aussi, ils séjournèrent en Ukraine entre le 30 mai et le 6 juin 2013, ainsi qu'entre les 11 et 18 juillet 2013.

16. Le 31 juillet 2013, la cour d'appel de Bruxelles, statuant en référé, constata que les requérants avaient rassemblé de nombreuses pièces supplémentaires par rapport à leur dossier présenté en première instance. Elle releva que plusieurs éléments factuels rendaient vraisemblable la paternité biologique du premier requérant et que la reconnaissance du lien de filiation paternelle n'apparaissait pas, en l'espèce, heurter gravement l'ordre public belge. Par ailleurs, la cour d'appel constata que les éléments factuels concernant la conception et la naissance de l'enfant A. semblaient correspondre aux conditions posées par le droit ukrainien à la validité d'un contrat de gestation pour autrui. Ainsi, la cour d'appel était d'avis qu'il y avait une apparence de fait et de droit, et que la balance des intérêts commandait de prendre en considération le droit du premier requérant de mener une vie familiale avec l'enfant, et le droit de A. de s'attacher au premier requérant sans attendre l'issue de la procédure au fond. Par conséquent, la cour d'appel déclara l'appel interjeté par les requérants fondé et ordonna à l'État belge de délivrer au premier requérant un laissez-passer ou tout autre document administratif approprié au nom de A. pour lui permettre de venir en Belgique auprès du premier requérant.

17. Les requérants se rendirent en Ukraine afin de réceptionner le document de voyage le 5 août 2013.

18. Le 6 août 2013, A. arriva en Belgique avec les requérants. Ils résident ensemble tous les trois en Belgique depuis lors.

B. Le droit et la pratique belges pertinents

19. À ce jour, la maternité de substitution ou GPA n'est encadrée par aucune législation ou réglementation spécifique en droit belge.

20. La reconnaissance d'actes authentiques étrangers est régie par l'article 27 du code de droit international privé qui, en son paragraphe 1, dispose :

« Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21.

L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi.

L'article 24 est, pour autant que de besoin, applicable.

Lorsque l'autorité refuse de reconnaître la validité de l'acte, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance, sans préjudice de l'article 121, conformément à la procédure visée à l'article 23. »

21. Concernant l'établissement de la filiation, l'article 62 de ce même code prévoit que :

« §1er. L'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le droit de l'État dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant ou, si cet établissement résulte d'un acte volontaire, au moment de cet acte. [...] »

22. Saisies en vertu de l'article 27 du code de droit international privé, les juridictions civiles ont déjà été amenées à se prononcer sur la reconnaissance d'actes de naissance établis à l'étranger au profit de parents intentionnels ayant eu recours à une mère porteuse, et ont parfois accueilli la demande (voir, par exemple, Trib. Anvers, 19 décembre 2008 (*Revue@dipr.be*, 2010, n° 4, p. 140), Cour d'appel Liège, 6 septembre 2010 (*Journal des tribunaux*, 2010, p. 634), Trib. Bruxelles, 15 février 2011 (*Revue@dipr.be*, 2011, n° 1, p. 125)).

23. Les juridictions civiles ont également déjà été saisies en référé par des parents intentionnels qui souhaitaient obtenir un titre de voyage pour l'enfant né de la gestation pour autrui à l'étranger afin que celui-ci puisse voyager vers la Belgique. Les juridictions ont parfois accueilli une telle demande en référé lorsqu'il était établi que le père intentionnel était également le père biologique de l'enfant (voir, en ce sens, Trib. Bruxelles (référé), 6 avril 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164).

24. La délivrance de passeports était régie, au moment des faits, par la loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports. Selon l'article 4 de cette loi, les passeports ou documents en tenant lieu sont délivrés aux Belges en pays étrangers par les agents diplomatiques et consulaires belges. L'article 7 dispose que, « s'il y a doute quant à l'identité ou à la nationalité

du requérant, la délivrance du passeport ou du document en tenant lieu pourra être suspendue aussi longtemps que cette personne ou l'administration n'établiront pas son identité ou sa nationalité belge par des documents ou par des témoignages probants ».

C. Éléments pertinents de droit ukrainien

25. Le paragraphe 2 de l'article 123 du code de la famille ukrainien dispose :

« Si un embryon conçu par les époux au moyen de technologies de reproduction assistée est transféré dans le corps d'une autre femme, les époux sont les parents de l'enfant. »

26. Pour que le couple soit reconnu comme étant les parents de l'enfant, la législation ukrainienne exige que le couple soit marié, que le matériel biologique soit fourni par au moins un des deux époux et qu'il n'y ait pas de lien biologique entre l'embryon et la mère de substitution.

GRIEFS

27. Les requérants allèguent que le refus des autorités belges de délivrer un document de voyage à A. pour rentrer avec les requérants sur le territoire belge a emporté violation des articles 3 et 8 de la Convention.

28. De plus, invoquant l'article 8 de la Convention, les requérants allèguent que la séparation effective entre eux et l'enfant A. du fait du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage a rompu les relations entre un nourrisson âgé de quelques semaines et ses parents, ce qui aurait été contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de la vie familiale des requérants.

29. Invoquant une violation de l'article 3 de la Convention, ils estiment que la séparation entre les requérants et l'enfant A. a soumis l'enfant ainsi que les requérants à un traitement inhumain et dégradant.

30. Enfin, invoquant l'article 13 combiné aux articles 3 et 8 de la Convention ainsi que l'article 6 de la Convention, les requérants allèguent qu'ils n'ont pas disposé d'un recours effectif pour faire valoir leurs griefs eu égard à la longueur de la procédure nationale visant à permettre à A. de venir en Belgique.

EN DROIT

A. Sur le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un titre de voyage pour l'enfant A.

31. Dans leur requête initiale, les requérants se plaignent du refus des autorités belges d'autoriser la venue de A. sur le territoire national. Ils invoquent à cet égard une violation des articles 3 et 8 de la Convention.

32. La Cour prend note des faits nouveaux survenus depuis l'introduction de la requête – en l'espèce le laissez-passer délivré à l'enfant A. et son arrivée sur le territoire belge le 6 août 2013 (voir paragraphes 16 à 18, ci-dessus). La question se pose de savoir si le litige n'est pas désormais résolu et, dans l'affirmative, s'il se justifie encore de poursuivre l'examen de ce grief pour un autre motif ou si le grief peut être rayé du rôle de la Cour en application de l'article 37 § 1 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Pisano c. Italie* (radiation) [GC], n° 36732/97, §§ 40-50, 24 octobre 2002). Cette disposition est libellée comme suit :

« À tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure :

- a) que le requérant n'entend plus la maintenir; ou
- b) que le litige a été résolu; ou
- c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête.

Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige. »

33. La Cour relève que, par un arrêt du 31 juillet 2013, la cour d'appel de Bruxelles a ordonné à l'État belge de délivrer un laissez-passer ou tout autre document administratif au nom de A. pour lui permettre de venir en Belgique auprès des requérants (voir paragraphe 16, ci-dessus). Le 6 août 2013, A. arriva en Belgique et il réside avec les requérants depuis lors.

34. Par une lettre du 19 août 2013, les requérants ont explicitement indiqué qu'ils souhaitaient maintenir la totalité de leur requête. L'alinéa a) de l'article 37 § 1 n'est donc pas applicable. Cela n'exclut pourtant pas d'appliquer les alinéas b) ou c) sans l'accord des requérants, le consentement de ceux-ci n'étant pas une condition à cet égard (*Pisano c. Italie*, décision précitée, § 41).

35. Au vu des circonstances, la Cour estime que le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un titre de voyage pour l'enfant, tel que formulé par les requérants, a été redressé d'une manière adéquate et suffisante et que le litige doit être considéré comme résolu au sens de l'article 37 § 1 b) de la Convention.

36. S'étant par ailleurs assurée qu'aucune circonstance particulière touchant au respect des droits de l'homme garantis par la Convention n'exige la poursuite de l'examen de ce grief en vertu de l'article 37 § 1 *in fine* de la Convention, la Cour considère qu'il y a lieu de rayer du rôle le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage à l'enfant A.

B. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention du fait de la séparation temporaire entre A. et les requérants

37. Invoquant l'article 8 de la Convention, les requérants allèguent que le refus des autorités d'autoriser la venue de A. en Belgique a causé la séparation entre les requérants et l'enfant pendant plusieurs mois ce qui aurait été contraire à leur droit au respect de la vie privée et de la vie familiale. L'article 8 de la Convention prévoit que :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

1. Thèse du Gouvernement

38. Le Gouvernement ne conteste pas que la situation dénoncée par les requérants entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. Sur le fond, le Gouvernement admet que la situation des requérants était difficile, qu'elle n'était pas favorable à l'enfant, et que les requérants ont incontestablement dû ressentir une certaine détresse. Cependant, le Gouvernement considère que le grief tiré de l'article 8 n'est pas fondé.

39. D'une part, il constate que les requérants et A. n'ont été séparés de manière effective que pendant trois mois, séparation entrecoupée de visites régulières d'une semaine des requérants en Ukraine.

40. D'autre part, le Gouvernement fait valoir que, contrairement aux allégations des requérants, l'acte de naissance de A. n'était pas valable de plein droit en Belgique étant donné qu'il n'y a pas de convention liant la Belgique et l'Ukraine sur la question de la reconnaissance d'actes étrangers. Le refus des autorités belges de donner un laissez-passer à l'enfant n'était donc pas fautif, étant donné qu'il s'agissait de la simple conséquence de l'application des articles 27 et 62 du code de droit international privé et que les requérants disposaient d'un recours auprès des tribunaux pour contester le refus.

41. Par ailleurs, le Gouvernement est d'avis que le refus du juge des référés d'ordonner la délivrance d'un titre de voyage était, exclusivement sinon en majeure partie, imputable aux requérants eux-mêmes étant donné que ceux-ci avaient omis de présenter des éléments de nature à démontrer leur lien de filiation biologique avec l'enfant. Dès lors que les requérants complèteront leur dossier avec un certificat de parenté génétique, le juge d'appel fit droit à leur demande.

42. Le Gouvernement relève également que, préalablement à leurs démarches, les requérants avaient pris des renseignements auprès des autorités belges et ukrainiennes concernant la législation applicable en matière de gestation pour autrui. Aussi, ils connaissaient ou auraient dû connaître les règles applicables et les documents probants qui leur seraient demandés par les autorités belges en vue de faire reconnaître la filiation de l'enfant.

43. Enfin, se référant à l'ordonnance du juge des référés du tribunal de première instance de Bruxelles du 6 avril 2010 (voir paragraphe 23, ci-dessus), le Gouvernement fait valoir que, si les requérants avaient présenté un dossier complet au juge de première instance, celui-ci aurait sans nul doute fait droit à la demande des requérants.

2. Thèse des requérants

44. Les requérants allèguent que la séparation entre eux et l'enfant A. fut un réel déchirement. Ils ressentirent une angoisse ainsi qu'une crainte de laisser A. sans statut en Ukraine, de devoir le confier à une personne presque inconnue, et ils craignaient que A. soit considéré comme abandonné et placé dans un orphelinat. Cette situation était en totale opposition avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

45. Aussi, les requérants sont d'avis qu'il ne fait aucun doute qu'une vie familiale aux liens étroits entre eux et l'enfant était établie. Pour eux, le refus des autorités belges de délivrer un laissez-passer pour l'enfant n'était prévu par aucune loi, il ne poursuivait aucun but légitime et il a constitué une entrave disproportionnée à leur droit au respect de la vie familiale. Les requérants rappellent que le droit de maintenir des relations familiales entre parents et enfants doit primer sur les intérêts de l'État (*Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988, série A n° 138), et que, en tout état de cause, l'intérêt supérieur de l'enfant devait primer (*Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, CEDH 2010). À cet égard, les requérants considèrent que la marge d'appréciation de l'État devrait être restreinte en l'espèce puisqu'est en jeu un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité d'un individu.

3. Thèse du tiers intervenant

46. Le *European Centre for Law and Justice* (« ECLJ ») est d'avis que la gestation pour autrui (GPA) est contraire à la dignité humaine, tant pour la mère porteuse que pour l'enfant et que cette pratique devrait être interdite dans tous les États membres du Conseil de l'Europe. Aussi, l'ECLJ est d'avis que les requérants ne peuvent se plaindre d'une situation qu'ils ont eux-mêmes créée en violation du droit belge et du droit international. L'ECLJ postule donc que la requête soit rejetée pour abus de droit en application de l'article 17 de la Convention.

47. À titre subsidiaire, l'ECLJ estime qu'il n'est pas question en l'espèce de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention puisque le lien parents-enfant résulte d'une fraude à la loi, à l'instar de la conclusion de la Cour dans l'affaire *Stübing c. Allemagne* (n° 43547/08, 12 avril 2012). En refusant de produire un laissez-passer pour l'enfant A. avant que les juridictions n'aient examiné de manière approfondie les documents produits par les requérants, l'État belge poursuivait plusieurs buts légitimes : lutte contre la fraude à l'état civil, lutte contre la traite d'êtres humains et la protection de l'intérêt de l'enfant. L'ECLJ est d'avis que, compte tenu des circonstances, un délai de quatre mois et douze jours avant que la cour d'appel ne se prononce ne saurait être considéré comme excessif, et ce d'autant plus que la séparation était due à la faute des requérants eux-mêmes et que ceux-ci auraient pu retourner en Ukraine pour vivre avec l'enfant.

4. Appréciation de la Cour

48. A titre préliminaire, la Cour estime utile de préciser que la procédure introduite par les requérants sur la base de l'article 27 du code de droit international privé et visant à faire reconnaître l'acte de naissance ukrainien de l'enfant (voir paragraphe 10, ci-dessus) ne fait pas l'objet des griefs tels que formulés par les requérants devant la Cour. Cette procédure est d'ailleurs pendante devant les juridictions internes. Les griefs présentés par les requérants devant la Cour portent uniquement sur la procédure en référé introduite afin d'obtenir l'autorisation pour l'enfant A. d'entrer sur le territoire belge.

49. Ensuite, la Cour constate que les requérants et le Gouvernement s'accordent à dire que la situation dénoncée entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention (voir paragraphe 37, ci-dessus). La Cour rappelle qu'elle a reconnu l'applicabilité de l'article 8 dès lors qu'existaient des liens familiaux de fait (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, §§ 36-37, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II ; *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 117, 28 juin 2007). Certes, pendant la période considérée, les requérants étaient séparés de l'enfant A. La Cour rappelle toutefois qu'une vie familiale projetée ne sort pas entièrement du cadre de l'article 8 (*Pini et autres c. Roumanie*, n°s 78028/01 et 78030/01,

§ 143, CEDH 2004-V (extraits)). En ce sens, elle a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62, série A n° 94). Or il n'est pas contesté en l'espèce que les requérants souhaitaient s'occuper de l'enfant A. comme des parents depuis sa naissance et qu'ils ont entrepris des démarches afin de permettre une vie familiale effective (voir, *mutatis mutandis*, *Todorova c. Italie*, n° 33932/06, § 54, 13 janvier 2009). Depuis l'arrivée d'A. en Belgique, tous les trois vivent effectivement ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. La Cour estime que ces considérations suffisent pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer.

50. Le Gouvernement ne conteste pas le fait que le refus des autorités belges de fournir un document de voyage à l'enfant A. et qui a engendré une séparation effective entre eux a constitué une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie familiale. Il revient donc à la Cour de déterminer si cette ingérence était « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs des buts légitimes énoncés à l'article 8 § 2 de la Convention et « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre (*X c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, § 54, CEDH 2013).

a) Base légale

51. La Cour constate que le refus de l'ambassade belge en Ukraine de délivrer un passeport était fondé sur l'article 7 de la loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports, qui prévoyait que la délivrance d'un passeport ou d'un document en tenant lieu pouvait être suspendue aussi longtemps qu'il y avait un doute, notamment quant à la nationalité de la personne concernée. Ce doute résultait du fait que la filiation entre les requérants et l'enfant A. ne pouvait pas être établie sur base de l'acte de naissance ukrainien, celui-ci n'étant pas reconnu de plein droit en application de l'article 27 du code de droit international privé, combiné avec l'article 62 de ce code. L'ingérence était donc prévue par la loi au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

b) Buts légitimes poursuivis

52. La Cour constate que le refus initial des autorités belges d'autoriser la venue de A. sur le territoire national était motivé par la nécessité de vérifier si les législations belge et ukrainienne étaient respectées. L'ingérence était donc justifiée par des objectifs de prévention des infractions pénales, en particulier de lutte contre la traite des êtres humains. Or la Cour a déjà reconnu l'importance et la nécessité de lutter contre ce

phénomène (*Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 278, CEDH 2010 (extraits)).

53. De surcroît, la Cour estime que l'ingérence était également motivée par l'objectif de protéger les droits d'autrui, en l'espèce, les droits de la mère porteuse et, dans une certaine mesure également, les droits de A.

c) Nécessité dans une société démocratique

54. Outre les principes généraux applicables à l'évaluation de la nécessité d'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale que la Cour a rappelés dans l'arrêt *Van der Heijden c. Pays-Bas* [GC] (n° 42857/05, §§ 50-60, 3 avril 2012), la Cour tient à souligner que lorsqu'au sein des États membres du Conseil de l'Europe il n'y a de consensus ni sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ni sur les meilleurs moyens de le protéger, la marge d'appréciation est relativement large, surtout lorsque sont en jeu des questions morales ou éthiques délicates (*ibidem*, § 60).

55. En l'espèce, la Cour relève que les requérants et l'enfant A. furent séparés entre le 25 avril 2013, date du retour des requérants en Belgique, et le 5 août 2013, date à laquelle ils allèrent chercher A. en Ukraine, soit pendant trois mois et douze jours. Cette période de séparation fut entrecoupée par au moins deux visites des requérants en Ukraine pendant une semaine (voir paragraphe 15, ci-dessus).

56. Quant à la procédure en référé, les requérants introduisirent leur demande le 19 mars 2013, le président du tribunal de première instance rendit son ordonnance le 5 avril 2013 et la cour d'appel rendit son arrêt le 31 août 2013, soit quatre mois et douze jours après le début de la procédure en référé.

57. La Cour ne conteste pas le fait que cette situation devait être difficile pour les requérants, qu'ils ont pu ressentir une certaine forme d'angoisse voire de détresse et que cela n'était pas favorable au maintien des relations familiales entre les requérants et A. Aussi, la Cour est consciente de l'importance, pour le développement psychologique d'un enfant, des contacts entretenus avec une ou plusieurs personnes proches, en particulier pendant les premiers mois de la vie.

58. Néanmoins, eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour est d'avis que ni la procédure en référé, ni la période de séparation effective entre les requérants et A. ne sauraient être considérées comme déraisonnablement longues.

59. La Cour estime en effet que la Convention ne saurait obliger les États parties à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes.

60. Par ailleurs, à l'instar du Gouvernement, la Cour est d'avis que les requérants pouvaient raisonnablement prévoir – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – la procédure à laquelle ils seraient confrontés afin de

faire reconnaître la filiation et afin de faire venir l'enfant en Belgique. À cet égard, la Cour relève que les requérants étaient conseillés par un avocat belge ainsi qu'un avocat ukrainien qu'ils avaient consultés préalablement à leurs démarches. De plus, les juridictions belges s'étaient déjà prononcées dans des affaires semblables (voir paragraphes 22 et 23, ci-dessus). Les requérants devaient ainsi savoir que les démarches pour obtenir les documents nécessaires à l'obtention d'un document de voyage pour l'enfant A. et le traitement de leur demande à cet effet engendreraient forcément un certain délai.

61. La Cour relève également que l'État belge ne saurait être tenu pour responsable de la difficulté, pour les requérants, de séjourner en Ukraine plus longtemps, voire pendant toute la période pendant laquelle la procédure était pendante devant les juridictions belges. La Cour constate d'ailleurs que les requérants se sont déplacés régulièrement afin de passer du temps avec l'enfant A. et que cela n'a été empêché par aucune autorité.

62. Quant à l'argument du Gouvernement concernant l'imputabilité de la longueur de la procédure aux requérants, la Cour estime qu'il ne lui appartient pas de déterminer si les requérants auraient effectivement obtenu gain de cause en première instance s'ils avaient fourni un dossier plus complet. La Cour constate néanmoins que, en première instance, le président du tribunal avait admis le caractère urgent et provisoire de la demande, mais avait estimé qu'il ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour établir *prima facie* le lien de filiation biologique de l'enfant A. avec les requérants. La Cour partage donc l'avis du Gouvernement lorsque celui-ci fait valoir que le délai dans l'obtention du laissez-passer est, à tout le moins en partie, dû aux requérants eux-mêmes.

63. En conclusion, la Cour estime que l'État belge a agi dans les limites de la marge d'appréciation dont il bénéficie en refusant – jusqu'au 31 juillet 2013 – d'autoriser la venue de l'enfant A. sur le territoire belge.

64. Dès lors, le grief tiré de l'article 8 est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

C. Sur la violation alléguée de l'article 3 de la Convention du fait de la séparation temporaire entre A. et les requérants

65. Invoquant une violation de l'article 3 de la Convention, les requérants estiment que leur séparation de l'enfant A. engendrée par le refus des autorités belges de délivrer un document de voyage a soumis l'enfant A. ainsi que les requérants à un traitement inhumain et dégradant. La disposition précitée se lit comme suit :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

1. Thèses des parties

66. Se référant aux arguments qu'il a développés sous l'angle de l'article 8 de la Convention, le Gouvernement est d'avis que le seuil de gravité requis par l'article 3 n'est pas atteint.

67. Les requérants rappellent que l'enfant A. s'est retrouvé seul dans un pays dont il n'avait pas la nationalité ni la citoyenneté, dans lequel il ne bénéficiait d'aucun droit de séjour et d'aucune filiation établie et où il n'avait pas de possibilité réelle de garde et d'accès aux soins, autre que celle d'un placement en orphelinat entraînant un risque d'adoption. De plus, les requérants considèrent que la détresse qu'ils ont subie du fait de la séparation a eu un impact sur leur santé physique et psychologique indéniable. Ils font un parallèle avec la situation des proches de personnes disparues (*Janowiec et autres c. Russie* [GC], n^{os} 55508/07 et 29520/09, CEDH 2013).

2. Appréciation de la Cour

68. La Cour rappelle que les allégations de mauvais traitements contraires à l'article 3 doivent être étayées par des éléments de preuve appropriés. Pour l'établissement des faits allégués, la Cour se sert du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », une telle preuve pouvant néanmoins résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (voir, notamment, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 161 *in fine*, série A n^o 25, *Labita c. Italie* [GC], n^o 26772/95, § 121, CEDH 2000-IV, et *Creanğa c. Roumanie* [GC], n^o 29226/03, § 88, 23 février 2012).

69. Par ailleurs, pour tomber sous le coup de cette disposition, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. (voir, en particulier, *Irlande c. Royaume-Uni*, précité, § 162, et *Jalloh c. Allemagne* [GC], n^o 54810/00, § 67, CEDH 2006-IX). Parmi les autres facteurs à considérer figurent le but dans lequel le traitement a été infligé ainsi que l'intention ou la motivation qui l'ont inspiré (voir par exemple, *El Masri c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »* [GC], n^o 39630/09, § 196, CEDH 2012).

70. En l'espèce, la Cour relève que les requérants n'ont fait valoir aucun élément concret permettant de conclure que l'enfant A. aurait subi, pendant la période de séparation avec les requérants, un quelconque traitement qui lui eut été dommageable. Aucune des craintes exprimées par les requérants concernant la possibilité du placement de l'enfant dans un orphelinat ou son impossibilité d'accéder aux soins de santé ne semble s'être réalisée.

71. Par ailleurs, quant à la détresse qu’auraient ressentie les requérants, la Cour ne conteste pas le fait que la situation devait être difficile pour eux (voir paragraphe 57 ci-dessus). Toutefois, la Cour est d’avis que, dans les circonstances de l’espèce, et compte tenu des considérations relatives au grief tiré de l’article 8 de la Convention (voir paragraphes 58 à 63 ci-dessus), le seuil de gravité de l’article 3 n’a pas été atteint.

72. Il s’ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l’article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

D. Sur les autres griefs invoqués par les requérants

73. Invoquant une violation de l’article 6 ainsi que de l’article 13 combiné avec les articles 3 et 8 de la Convention, les requérants se plaignent en outre de ne pas avoir bénéficié d’un recours effectif contre le refus des autorités belges de fournir un document de voyage à l’enfant A. Les parties pertinentes de ces dispositions sont ainsi libellées :

Article 6

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable [...] ».

Article 13

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l’octroi d’un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l’exercice de leurs fonctions officielles. »

1. Thèses des parties

74. Le Gouvernement estime que le recours introduit par les requérants a bien été effectif en l’espèce puisque les juridictions belges ont fait droit à ce que les requérants avaient demandé, et ce selon une procédure qui n’a pas connu de lenteurs déraisonnables.

75. Les requérants allèguent que, alors même qu’ils ont utilisé la voie de recours la plus rapide mise à disposition par l’État belge – le référé – il leur a fallu attendre plus de cinq mois avant d’obtenir une décision autorisant l’enfant A. à entrer en Belgique.

2. Appréciation de la Cour

76. S’agissant du grief tiré de l’article 13 de la Convention, la Cour rappelle qu’elle a déclaré manifestement mal fondés les griefs tirés des articles 3 et 8 de la Convention (voir paragraphes 63 et 72, ci-dessus). Dès lors, en l’absence d’un « grief défendable » de violation d’un droit substantiel garanti par la Convention, le grief tiré de l’article 13 est aussi

manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

77. Quant au grief tiré de l'article 6 de la Convention, la Cour constate que les requérants ont invoqué cette disposition pour la première fois dans leurs observations en réponse à celles du Gouvernement. Sans devoir vérifier si ce grief est tardif, la Cour estime que, compte tenu des considérations relatives au grief tiré de l'article 8 de la Convention (voir en particulier paragraphe 58, ci-dessus), ce grief est en tout cas manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

Décide de rayer du rôle le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage pour l'enfant A,

Déclare la requête irrecevable pour le surplus.

Stanley Naismith
Greffier

Guido Raimondi
Président

Cour de cassation

chambre civile 1

Audience publique du 13 septembre 2013

N° de pourvoi: 12-18315

ECLI:FR:CCASS:2013:C101092

Publié au bulletin

Rejet

M. Charruault, président

Mme Le Cotty, conseiller apporteur

Mme Petit (premier avocat général), avocat général

SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 10 janvier 2012), qu'Emilie est née le 31 juillet 2009 à Mumbai (Inde), de Mme X... et de M. Y..., lequel, de nationalité française, l'avait reconnue en France, le 29 juillet 2009, devant un officier de l'état civil ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. Y... tendant à la transcription sur un registre consulaire de l'acte de naissance établi en Inde ;

Sur le premier moyen, pris en ses première, quatrième, sixième et septième branches :

Attendu que M. Y... et Mme X... font grief à l'arrêt de refuser d'ordonner la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres de l'état civil français alors, selon le moyen :

1°/ que tout acte de l'état civil des français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant,

après toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; qu'en l'espèce, l'acte de naissance établi en Inde d'Emilie Sanjana Lauriane Y..., née le 31 juillet 2009 à Mumbai, énonce que M. Y... est le père de l'enfant ; qu'en cause d'appel, n'étaient contestées ni la régularité formelle de cet acte, ni la conformité à la réalité de ses énonciations ; que la circonstance selon laquelle M. Y... aurait eu recours à « un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française » ou encore à l'« achat d'enfant » n'était pas de nature à enlever toute force probante à l'acte de naissance au regard de la filiation paternelle de ce dernier à l'égard de l'enfant qui était incontestable et incontestée ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'était pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil, a violé les articles 47 et 332 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

2°/ qu'aucun des éléments retenus par la cour d'appel, ni le court séjour, à le supposer sans objet particulier, de M. Y... en Inde à l'époque de la conception, ni l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, ni le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant née de cette relation au père de l'enfant plutôt qu'à un service d'adoption, ni l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, ni le versement par le père à la mère d'origine extrêmement modeste de la somme de 1 500 euros, n'étaient de nature à caractériser l'existence d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui ; qu'en retenant le contraire la cour d'appel a, en toute hypothèse, violé les articles 47 et 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

3°/ que chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; que le refus de transcrire un acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil rend la filiation qu'il constate inopposable en France ; qu'en l'espèce, le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant, née d'un père français, sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de cette enfant inopposable en France, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celle-ci et de M. Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer ; que le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de l'enfant inopposable en France, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la

naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et Mme X..., en a déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français ;

Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen, pris en ses diverses branches :

Attendu que M. Y... et Mme X... font grief à l'arrêt d'annuler la reconnaissance de paternité de M. Y... alors, selon le moyen :

1°/ que la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ; que si toute filiation peut être effectivement contestée par le ministère public pour fraude à la loi, il incombe alors à celui-ci de rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats et non contesté, pas même par le ministère public, que M. Y... était le père d'Emilie Sanjana Lauriane Y... ; qu'en annulant néanmoins la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par M. Y..., la cour d'appel a violé les articles 332, alinéa 2, et 336 du code civil ;

2°/ que dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu desquelles il a été statué en cause d'appel, M. Y... et Mme X... faisaient expressément valoir que nul ne prétendait ; pas même le ministère public ; que l'auteur de la reconnaissance n'était pas le père, qu'en d'autres termes, la reconnaissance dont le ministère public demandait ici l'annulation n'était pas mensongère, qu'une reconnaissance qui n'est pas mensongère ne saurait, dès lors, être annulée sous prétexte d'un contournement ; qualifié de « fraude à la loi » - des dispositions régissant l'adoption ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des demandeurs, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; qu'en l'espèce, l'annulation de la reconnaissance de paternité

souscrite le 29 juillet 2009 par M. Y..., qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celui-ci et de M. Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par M. Y... qu'elle ordonnait, qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code ; qu'ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M. Y..., la cour d'appel en a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée ;

Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits

de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième et cinquième branches, n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Y... et Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize septembre deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils pour M. Y... et Mme X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement du 10 juin 2010 en ce qu'il avait ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres du service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères, et annulé la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y... devant l'officier d'état civil du 11ème arrondissement de Paris ;

AUX MOTIFS QUE : « les recherches et constatations du consulat général de France à Bombay permettent de retenir le court séjour sans objet particulier de l'intimé en Inde à l'époque de la conception, l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, qu'ainsi apparaît pour le moins insolite le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant né de cette relation supposée à un étranger inconnu plutôt qu'à un service d'adoption ; qu'en l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère d'origine extrêmement modeste pour qui 1.500 € représentent 3 ans de salaire, cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même « confortables » de sa grossesse ; qu'ainsi il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public » ;

ALORS 1°) QUE : tout acte de l'état civil des français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant, après toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; qu'en l'espèce, l'acte de naissance établi en Inde d'Emilie Sanjana Lauriane Y..., née le 31 juillet 2009 à Mumbai, énonce que Didier Y... est le père de l'enfant ; qu'en cause d'appel, n'étaient contestées ni la régularité formelle de cet acte, ni la conformité à la réalité de ses énonciations ; que la circonstance selon laquelle Didier Y... aurait eu recours à « un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française » ou encore à l'« achat d'enfant » n'était pas de nature à enlever toute force probante à l'acte de naissance au regard de la filiation paternelle de ce dernier à l'égard de l'enfant qui était incontestable et incontestée ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'était pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil, a violé l'article 47 et 332 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

ALORS 2°) QUE : dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu

desquelles il a été statué en cause d'appel, les exposants faisaient expressément valoir qu'il n'était point contesté, pas même par le Ministère public, que l'enfant avait été conçue, portée et mise au monde de la manière la plus naturelle qui fut, que Monsieur Y... comme Madame X... étaient à tous égards les seuls père et mère de

cet enfant et que les faits déclarés dans l'acte de naissance litigieux correspondaient à la réalité au sens de l'article 47 du code civil, de sorte que le Ministère public n'était pas fondé à refuser l'enregistrement de l'acte de naissance étranger qui faisait pleinement foi conformément aux dispositions de ce texte ; qu'ils exposaient ainsi que Didier Y... étant le père biologique de l'enfant, sa filiation paternelle, telle que reflétée dans l'acte de naissance, ne pouvait être remise en cause en raison d'une prétendue gestation pour autrui ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des exposants, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS 3°) QUE : dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu desquelles il a été statué en cause d'appel, les exposants faisaient également expressément valoir que le Ministère public devait préalablement transcrire l'acte de naissance étranger s'il voulait contester la filiation d'Emilie et, qu'à défaut, il n'avait pas qualité pour agir et contester la filiation ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des exposants, la cour d'appel a violé, à ce titre encore, l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS 4°) QUE : aucun des éléments retenus par la cour d'appel, ni le court séjour, à le supposer sans objet particulier, de Didier Y... en Inde à l'époque de la conception, ni l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, ni le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant née de cette relation au père de l'enfant plutôt qu'à un service d'adoption, ni l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, ni le versement par le père à la mère d'origine extrêmement modeste de la somme de 1.500 €, n'étaient de nature à caractériser l'existence d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui ; qu'en retenant le contraire la cour d'appel a, en toute hypothèse, violé les articles 47 et 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

ALORS 5°) QUE : l'on ne saurait acheter son propre enfant ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats que Didier Y... était le géniteur et donc le père d'Emilie Sanjana Lauriane Y... ; qu'en considérant qu'il avait acheté son propre enfant pour lui refuser la transcription de l'acte de naissance de ce dernier sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a, encore en toute hypothèse, violé les articles 47 du code civil, ensemble l'article 423 du code de procédure civile ;

ET AUX MOTIFS QUE : « « l'intérêt supérieur de l'enfant » ne peut utilement être mis en avant par Didier Y... qui a fait le choix délibéré de mettre cette enfant et lui-même hors la loi ; que de même il ne peut alléguer d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH, en ce qu'il a été admis à faire pénétrer cette même enfant sur le territoire français ; que le jugement déféré sera donc infirmé et sera annulée la reconnaissance paternelle souscrite à la mairie du 11ème arrondissement de Paris le 29 juillet 2009 par Didier Y... » ;

ALORS 6°) QUE : chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; que le refus de transcrire un acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil rend la filiation qu'il constate inopposable en France ; qu'en l'espèce, le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant, née d'un père français, sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de cette enfant inopposable en France, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celle-ci et de Didier Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

ALORS 7°) QUE: c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer ; que le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français de l'état civil, qui rend la filiation paternelle de l'enfant inopposable en France, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement du 10 juin 2010, en ce qu'il avait ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres du service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères, et annulé la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y... devant l'officier d'état civil du 11ème arrondissement de Paris ;

AUX MOTIFS QUE : « les recherches et constatations du consulat général de France à Bombay permettent de retenir le court séjour sans objet particulier de l'intimé en Inde à l'époque de la conception, l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies, qu'ainsi apparaît pour le moins insolite le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant né de cette relation supposée à un étranger inconnu plutôt qu'à un service d'adoption ; qu'en l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère d'origine extrêmement modeste pour qui 1.500 € représentent 3 ans de salaire, cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même « confortables » de sa grossesse ; qu'ainsi il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public ; « que l'intérêt supérieur de l'enfant » ne peut utilement être mis en avant par Didier Y... qui a fait le choix délibéré de mettre cette enfant et lui-même hors la loi ; que de même il ne peut alléguer d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH, en ce qu'il a été admis à faire pénétrer cette même enfant sur le territoire français ; que le jugement

déféré sera donc infirmé et sera annulée la reconnaissance paternelle souscrite à la mairie du 11^{ème} arrondissement de Paris le 29 juillet 2009 par Didier Y... » ;

ALORS 1°) QUE : la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ; que si toute filiation peut être effectivement contestée par le Ministère public pour fraude à la loi, il incombe alors à celui-ci de rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats et non contesté, pas même par le Ministère public, que Didier Y... était le père d'Emilie Sanjana Lauriane Y... ; qu'en annulant néanmoins la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y..., la cour d'appel a violé les articles 332, alinéa 2, et 336 du code civil ;

ALORS 2°) QUE : dans leurs conclusions de première instance du 17 mars 2010 au vu desquelles il a été statué en cause d'appel, les exposants faisaient expressément valoir que nul ne prétendait ; pas même le Ministère public ; que l'auteur de la reconnaissance n'était pas le père, qu'en d'autres termes, la reconnaissance dont le Ministère public demandait ici l'annulation n'était pas mensongère, qu'une reconnaissance qui n'est pas mensongère ne saurait dès lors être annulée sous prétexte d'un contournement ; qualifié de « fraude à la loi » - des dispositions régissant l'adoption ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ce chef péremptoire des conclusions des exposants, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS 3°) QUE : chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale ; que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille ; qu'en l'espèce, l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y..., qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de celui-ci et de Didier Y... ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

ALORS 4°) QUE : le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne ; qu'en l'espèce, en refusant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant et de rechercher, comme elle le devait, si l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite le 29 juillet 2009 par Didier Y... qu'elle ordonnait, qui prive l'enfant de sa filiation paternelle, ne conduisait pas à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de ce dernier, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 3-1 de la de la Convention internationale des droits de l'enfant, ensemble l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Publication : Bulletin 2013, I, n° 176

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes , du 10 janvier 2012

Titrages et résumés : ETAT CIVIL - Acte de l'état civil - Acte dressé à l'étranger - Transcription - Refus - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou

gestation pour le compte d'autrui

En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public, aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138 et arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315).

Viola ces textes, ensemble l'article 336 du même code, une cour d'appel qui ordonne la transcription, sur les registres de l'état civil français, d'actes de naissance, établis en Inde, de jumeaux, nés dans ce pays, d'une femme étrangère et d'un homme français, après avoir retenu qu'était caractérisée l'existence d'un tel processus (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138).

Une cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, en déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant, établi en Inde, et indiquant qu'il est né d'une femme étrangère et d'un homme français, ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil français et que la reconnaissance paternelle doit être annulée, l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'étant pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code. En présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être invoqués utilement pour faire obstacle au refus de transcription et à l'annulation de la reconnaissance (arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315)

FRAUDE - Fraude à la loi - Effets - Etendue - Détermination

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

FILIATION - Actions relatives à la filiation - Actions en contestation de la filiation - Contestation par le ministère public - Recevabilité - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de New York du 20 novembre 1989 - Droits de l'enfant - Article 3.1 - Considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 8 - Respect de la vie privée et familiale - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

Précédents jurisprudentiels : Sur la nullité d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, à rapprocher : 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull, 2011, I,

n° 70 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.486, Bull, 2011, I, n° 71 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull, 2011, I, n° 72 (rejet), et les arrêts cités. Sur la fraude à la loi et l'intérêt supérieur de l'enfant, à rapprocher :1re Civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.399, Bull, 2010, I, n° 236 (rejet). Sur le refus de transcription d'un acte de naissance d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui, convention déclarée nulle d'une nullité d'ordre public, aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, à rapprocher : 1re Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176 (cassation).

Textes appliqués :

- articles 16-7, 16-9, 47, 332 et 336 du code civil ; article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant

Cour de cassation

chambre civile 1

Audience publique du 13 septembre 2013

N° de pourvoi: 12-30138

ECLI:FR:CCASS:2013:C101091

Publié au bulletin

Cassation

M. Charruault, président

Mme Le Cotty, conseiller apporteur

Mme Petit (premier avocat général), avocat général

SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code ;

Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que des jumeaux prénommés Adrien Jay et Romain Nikhil sont nés le 26 avril 2010 à Mumbai (Inde), de Mme X...et de M. Y..., lequel, de nationalité

française, les avait préalablement reconnus en France ; que le 11 mai 2010, ce dernier a demandé la transcription sur un registre consulaire des actes de naissance des enfants ; que sur instructions du procureur de la République, le consulat de France a sursis à cette demande ;

Attendu que, pour ordonner cette transcription, la cour d'appel a retenu que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et Mme X..., ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 février 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize septembre deux mille treize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par le procureur général près de la cour d'appel de Rennes

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné, en contradiction avec l'ordre public français, la transcription sur les registres d'état-civil d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'un contrat de gestation pour autrui.

Aux motifs que :

les actes de naissance des jumeaux nés le 26 avril 2010 en Inde ont été dressés conformément aux règles de l'état-civil local ; que les filiations paternelle et maternelle ne sont pas contestées ; que les actes ne sont ni irréguliers ni falsifiés et ne déclarent pas de faits contraires à la réalité ; qu'ils respectent les dispositions de l'article 47 du code civil et font foi en France ;

que la circonstance que les naissances résultent d'un contrat de gestation pour autrui, est indifférente en ce que la Cour d'appel n'est pas saisie d'une question de validité de contrat mais de celle d'actes d'état-civil ;

Alors d'une part

que l'article 16-7 du code civil prévoit que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ;

qu'en conséquence le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes inscrit dans le droit positif interdit de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour autrui ;

qu'en l'espèce la filiation des enfants résulte d'une gestation pour autrui admise par Philippe Y... et tenue pour certaine par la Cour d'appel qui indique retenir « que les éléments réunis par le ministère public établissent effectivement l'existence d'un contrat prohibé par les dispositions de l'article 16-7 du code civil » ; qu'ainsi elle ne peut trouver traduction dans l'ordre juridique français, fut-elle licite à l'étranger ;

Qu'en ordonnant une transcription d'actes de naissance contraires à l'ordre public français, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-7 du code civil

Alors d'autre part

que la nullité de la convention de gestation pour autrui est d'ordre public selon l'article 16-9 du code civil ; qu'elle s'impose même à l'égard d'un acte qui respecterait les dispositions de l'article 47 du code civil ; qu'en écartant cette nullité au motif d'une validité formelle des actes de naissance concernés, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-9 du code civil. **Publication** : Bulletin 2013, I, n° 176

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes , du 21 février 2012

Titrages et résumés : ETAT CIVIL - Acte de l'état civil - Acte dressé à l'étranger - Transcription - Refus - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou

gestation pour le compte d'autrui

En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138 et arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315).

Viola ces textes, ensemble l'article 336 du même code, une cour d'appel qui ordonne la transcription, sur les registres de l'état civil français, d'actes de naissance, établis en Inde, de jumeaux, nés dans ce pays, d'une femme étrangère et d'un homme français, après avoir retenu qu'était caractérisée l'existence d'un tel processus (arrêt n° 1, pourvoi n° 12-30.138).

Une cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, en déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant, établi en Inde, et indiquant qu'il est né d'une femme étrangère et d'un homme français, ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil français et que la reconnaissance paternelle doit être annulée, l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'étant pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code. En présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être invoqués utilement pour faire obstacle au refus de transcription et à l'annulation de la reconnaissance (arrêt n° 2, pourvoi n° 12-18.315)

FRAUDE - Fraude à la loi - Effets - Etendue - Détermination

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES - Nullité - Atteinte à l'ordre public - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

FILIATION - Actions relatives à la filiation - Actions en contestation de la filiation - Contestation par le ministère public - Recevabilité - Cas - Fraude à la loi - Applications diverses - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de New York du 20 novembre 1989 - Droits de l'enfant - Article 3.1 - Considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 8 - Respect de la vie privée et familiale - Domaine d'application - Etendue - Limites - Détermination

Précédents jurisprudentiels : Sur la nullité d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, à rapprocher : 1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull, 2011, I,

n° 70 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66.486, Bull, 2011, I, n° 71 (rejet), et les arrêts cités ;1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull, 2011, I, n° 72 (rejet), et les arrêts cités. Sur la fraude à la loi et l'intérêt supérieur de l'enfant, à rapprocher :1re Civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.399, Bull. 2010, I, n° 236 (rejet). Sur le refus de transcription d'un acte de naissance d'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui, convention déclarée nulle d'une nullité d'ordre public, aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, à rapprocher :1re Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176 (cassation)

Textes appliqués :

- articles 16-7, 16-9, 47, 332 et 336 du code civil ; article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant

Recueil Dalloz 2015 p.1819

Gestation pour autrui : transcription des actes de naissance étrangers

Arrêt rendu par Cour de cassation, ass. plén.

03-07-2015

n° 14-21.323 (n° 619 P+B+R+I)

Sommaire

Dans deux arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation autorise la transcription sur les registres français des actes de naissance de deux enfants nés en Russie par gestation pour autrui (1).

Texte

intégral

LA COUR : - Sur le second moyen, ci-après annexé : - Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen : - Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; - Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; - Attendu, selon l'arrêt attaqué, que K. B., reconnu par M. B. le 10 mars 2011, est né le 27 août 2011 à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. D. B., de nationalité française, en qualité de père, et M^{me} K. D., ressortissante russe qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. B. tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. B. et M^{me} D. ; - Attendu que, pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. B. et M^{me} D. ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse et annule, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de K. B., l'arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ; laisse les dépens à la charge du Trésor public ; - Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes [...].

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes 6^e ch. A 15-04-2014 (Cassation partielle)

Texte(s)

appliqué(s)

Code	civil	-	art.	47
Décret	n° 62-921	du	03-08-1962	art. 7
Convention européenne des droits de l'homme du 04-11-1950 - art. 8				

Mots clés :
FILIATION * Etablissement * Possession d'état * Maternité de substitution * Contrat de gestation pour autrui * Etat civil * Transcription
CONTRAT ET OBLIGATIONS * Objet * Illicéité * Maternité de substitution * Mère porteuse * Ordre public * Gestation pour autrui
ACTE DE L'ETAT CIVIL * Etablissement * Acte de naissance étranger * Registre de l'état civil * Transcription * Intérêt supérieur de l'enfant * Mère porteuse

(1) À la question de savoir si la transcription sur les registres français d'un acte de naissance, régulièrement établi à l'étranger, d'un enfant dont le père est français, peut être refusée en raison de l'existence d'une convention de gestation pour autrui, la Cour de cassation a donc choisi de répondre par la négative (sur cette problématique, V., en dernier lieu, F. Chénéde, D. 2015. Chron. 1172).
 Quelle est la portée de ce revirement ?

Dans ces affaires, des enfants étaient nés en Russie. Les actes de naissance désignaient comme pères les hommes de nationalité française ayant reconnu ces enfants, et comme mères les femmes en ayant accouché. Les pères avaient ensuite sollicité la transcription sur les registres de l'état civil français de ces actes de naissance. Cette transcription a été accordée dans un cas (n° 15-50.002) et pas dans l'autre (n° 14-21.323).

Pour contester la transcription ordonnée par la cour d'appel dans le premier arrêt (n° 15-50.002), le procureur général invoque deux arguments. Il estime, tout d'abord, qu'« il est contraire au principe de l'indisponibilité des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil, tel qu'affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation ». En effet, dans trois arrêts du 6 avril 2011, la Cour de cassation se fondant sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, a affirmé son opposition à la transcription des actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger, dès lors qu'ils désignaient comme mère la femme française. Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, elle a consacré une solution identique à propos d'un acte de naissance désignant comme mère la mère porteuse elle-même. Cette solution a été réaffirmée (Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, D. 2014. Jur. 901, avis J.-P. Jean, et 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon).

En application des arrêts de 2013 et 2014, la cassation semblait par conséquent encourue.

Le rejet du pourvoi n'est cependant pas surprenant. Le 26 juin 2014 en effet, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a considéré que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants, protégée par l'article 8 de la Convention (*Menesson et Labassée* ; CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014. Jur. 1797, note F. Chénéde, 1806, note L. d'Avout, et Chron. 1773, par H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon).

À cet égard, et en quelque sorte par anticipation, le second argument développé par le pourvoi (n° 15-50.002) estimait que l'atteinte à l'article 8 n'était pas constituée dès lors que l'enfant n'était privé ni de sa filiation paternelle ni de sa filiation maternelle, pas plus qu'il n'était empêché de vivre au foyer de l'homme l'ayant reconnu.

Cet argument n'a pas convaincu la Cour de cassation qui a estimé « qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. Y et M^{me} A. ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ».

Une solution identique est consacrée dans le second arrêt (n° 14-21.323), la cour d'appel, qui avait refusé la transcription, étant censurée au visa de l'article 47 du code civil, ensemble l'article 8 de la Convention EDH, pour n'avoir pas « constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y

étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité ».

Si la transcription des actes de naissance étrangers est ordonnée, c'est donc, d'une part, parce que ces actes ne comportent pas d'irrégularités formelles, et, d'autre part, parce qu'ils sont conformes à la vérité. Autrement dit, c'est sur la croyance que les parents désignés dans l'acte sont les parents biologiques de l'enfant. Le revirement par rapport aux arrêts de 2013 et 2014 est par conséquent indéniable. En revanche, il faut se garder de toute extrapolation : rien n'est dit en effet de la solution qui sera retenue en présence d'un acte étranger désignant comme mère la mère d'intention, hypothèse des arrêts de 2011 ayant provoqué la condamnation de la France par la CEDH mais qui n'était pas ici soumise à la Cour de cassation.

On pourrait voir dans les arrêts du 3 juillet 2015, fondés sur la reconnaissance de la vérité biologique, une lecture *a minima* des arrêts *Menesson* et *Labassée*.

La Cour de cassation semble toutefois aller plus loin et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, elle ne réaffirme pas le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, ce qu'elle aurait pu faire tout en autorisant la transcription au nom du droit au respect de la vie privée, prenant ainsi acte de la condamnation par la CEDH. Ensuite, elle refuse de subordonner la transcription à la vérification de la conformité de la reconnaissance du père français à la vérité biologique. C'est pourtant cette voie qui avait été préconisée par le procureur général, dans son avis qui invitait la Cour à exiger cette « preuve judiciaire comme une conséquence nécessaire des arrêts de la CEDH » (avis M. Marin, p. 57), étant de surcroît précisé que, dans l'une des affaires (n° 14-21.323), il existe des doutes sérieux quant au fait que le père déclaré soit effectivement le père biologique de l'enfant (avis préc., p. 18).

Inès

Gallmeister

GPL239p2

Gazette du Palais, 17 septembre 2015 n° 260, P. 9 - Tous droits

réservés Gazette

239p2 — Gestation pour autrui et filiation

Revirements, paradoxes et incertitudes du droit français

Par deux arrêts très attendus en date du 3 juillet 2015, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que le refus de transcrire à l'état civil français, l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger, et ayant un de ses parents français, ne peut être refusé sur le fondement de la seule existence d'une convention de gestation pour autrui, à partir du moment où l'acte étranger mentionne en qualité de père et mère les parents biologiques de l'enfant.

Cet important revirement de la jurisprudence de la haute juridiction, qui jusque-là avait toujours rejeté les pourvois de ce type, semble apparemment marquer une évolution, sous l'angle des droits fondamentaux, de la position française en matière de reconnaissance des effets de la gestation pour autrui internationale.

Mais, n'oublions pas que *le diable se cache dans les détails*, et que paradoxalement cette décision met à nouveau en évidence toutes les incertitudes et interrogations liées aux conventions de mère porteuse. Loin de clarifier et d'apaiser, la position de la Cour de cassation va très certainement relancer le débat, notamment sur le terrain de la reconnaissance d'un statut pour les mères « légales » ou d'intention, et au-delà sur l'autorisation en France de ce mode de procréation assistée.

Gazette – État civil – inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA – intérêt supérieur de l'enfant – filiation – gestation pour autrui – mère porteuse – mère d'intention – convention de mère porteuse – ordre public – ordre public international – fraude – Cour européenne des droits de l'Homme – article 8 de la Conv. EDH

par Patrice Le Maigat

maître de conférences à l'université Rennes

1 LexFEIM – université du Havre EA 1013

CIRAM – université Laval (Québec)

Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00619, M. X c/ Procureur général près la cour d'appel de Rennes et a., PB (cassation partielle CA Rennes, 15 avr. 2014), M. Louvel, prés. ; SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Spinosi et Sureau, av.

Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50002, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00620, M. X c/ Procureur général près la cour d'appel de Rennes, PB (rejet pourvoi c/ CA Rennes, 16 déc. 2014), M. Louvel, prés. ; SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Spinosi et Sureau, av.

Victoire pour certain, désillusion pour d'autres, les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 feront date et ne manqueront pas de susciter de nombreux commentaires tant juridiques, politiques, que sociologiques et anthropologiques, car la gestation pour autrui (GPA) est devenue au fil des années le sujet de toutes les peurs, de toutes les fictions, de tous les phantasmes.

La « maternité de substitution » dérange, en tant que pratique par laquelle une femme porte un fœtus, poursuit la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant avec la volonté de transférer ses droits et devoirs parentaux au(x) parent(s) d'intention. Au-delà du droit, la gestation pour autrui interpelle sur le plan politique, religieux, philosophique, culturel et sociétal. Aujourd'hui, elle est au cœur des questions concernant le couple, la filiation et la parenté.

Au-delà des passions, comment le droit doit-il appréhender cette technique de procréation médicalement assistée faisant intervenir un tiers dans la conception d'un enfant ? *A priori*, les États sont libres de légaliser ou de prohiber la

gestation pour autrui, notamment pour des raisons éthiques et morales¹, mais la pratique appelle également un traitement international de la question, puisque le « tourisme procréatif » contraint le législateur et la jurisprudence interne à prendre position sur des situations valablement constituées à l'étranger.

En l'espèce, la haute juridiction était saisie de deux affaires dans lesquelles, un français avait reconnu en Russie, la paternité d'un enfant à naître. L'acte de naissance mentionnant l'homme en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère. Dans les deux cas, le procureur de la République s'y est opposé, soupçonnant le recours à une convention de gestation pour autrui.

La question posée est simple. Le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, régulièrement établi dans un pays étranger, peut-il être motivé au seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA ?

La jurisprudence antérieure de la Cour de cassation interdisait à une convention de GPA de produire ses effets en France, car nulle, d'une nullité d'ordre public et contraire au principe français d'indisponibilité de l'état des personnes. Dans ces arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation considère désormais que les actes de naissance, dont la transcription est demandée mentionnant comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme qui a accouché, doivent être transcrits sur les actes de l'état civil français, interprétés à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'arrêt qui écartait la demande de transcription au seul motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA est cassé (CA Rennes, 15 avr. 2014) et le pourvoi dirigé contre le second arrêt qui ordonnait la transcription est rejeté (CA Rennes, 16 déc. 2014). La théorie de la fraude ne peut donc plus faire obstacle à la transcription.

La nouvelle approche de la Cour de cassation constitue une véritable évolution jurisprudentielle sous l'angle des droits fondamentaux (I). Néanmoins, cette position soulève également de nombreuses interrogations car elle apparaît avant tout « politique » et semble laisser volontairement de côté certains aspects essentiels liés au contexte international de la filiation (II).

I – La nouvelle logique de reconnaissance des enfants nés à l'étranger issus de GPA sous l'angle des droits fondamentaux

Reconnaître ou ne pas reconnaître, tel était le dilemme de la Cour de cassation depuis plusieurs années en matière de reconnaissance d'enfants issus d'une GPA nés à l'étranger et dont l'un des parents avait la nationalité française. La situation était devenue depuis quelque temps complètement inextricable, car comment concilier les principes du droit français qui condamne la GPA², et l'intérêt des enfants issus de ces techniques de procréation médicalement assistée (PMA)³. La question étant de savoir si la filiation biologique doit être reconnue dans tous les cas de gestation pour autrui, y compris en cas de fraude à la loi, et si l'intérêt de l'enfant doit primer sur le principe d'indisponibilité du corps humain. La solution de la Cour de cassation (A), tout en refusant une transcription systématique redonne à l'intérêt supérieur de l'enfant toute sa force et sa légitimité mais ouvre également une dangereuse troisième voie « politique », car fragile et incertaine (B).

A – La revalorisation de l'intérêt de l'enfant et la prise en considération de la jurisprudence de la CEDH

Dans les deux affaires soumises à la Cour de cassation, les pourvois conduisaient à s'interroger sur la compatibilité de la jurisprudence française avec les récentes décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), notamment les arrêts *Labassée* et *Menesson* du 26 juin 2014⁴, dans lesquelles la France a été condamnée, pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme au regard du respect de la vie privée. L'argumentation de la CEDH reposant sur le fait que bien que leur père biologique est français, les enfants issus d'une GPA sont confrontés à l'incertitude de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du Code civil, pouvant affecter négativement la définition de leur propre identité. La Cour a par ailleurs considéré que l'absence de filiation en droit français avec leur père biologique et leur mère d'intention a des conséquences sur leurs droits successoraux.

Sur la base de ces décisions de la CEDH, la jurisprudence française ne pouvait qu'évoluer, malgré les nombreuses réticences⁵, afin que l'enfant ne soit pas désavantagé pour avoir été mis au monde par une mère porteuse, et ne subisse les choix « négatifs » de ses parents. Dans son rapport⁶ commun aux deux pourvois de l'espèce,

M. Christophe Soulard, tout en rappelant le principe d'interdiction des conventions de gestation pour autrui (C. civ., art. 16-7 et 16-9)⁷, précise que l'article 3, paragraphe 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant affirme « que dans toutes les décisions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » et qu'il résulte de la jurisprudence de la CEDH que « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il fait accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille »⁸.

La question est donc ici, une fois de plus, celle de la conception de l'intérêt de l'enfant qui diffère selon le type de juridiction. Les textes internationaux donnent une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui s'oppose à ce que l'enfant soit privé d'un lien juridique avec son parent alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance, le droit de mener une vie familiale normale. L'intérêt est dit « supérieur » car il doit prévaloir sur tout autre intérêt, notamment du fait que les enfants ont un degré de développement physique et psychologique ainsi que des besoins affectifs et éducatifs différents de celui des adultes⁹. Comme le souligne avec force Jean-Pierre Marguenaud dans son commentaire des arrêts *Mennesson et Labassée*¹⁰, « l'intérêt supérieur de l'enfant, revalorisé au grand dam de celles et de ceux qui le jettent allègrement par-dessus bord pour assouvir leur soif de règles et d'interdictions abstraites indifférentes à la cruauté de leur application concrète est un intérêt qui se manifeste une fois qu'il a pu vivre avec ses parents d'intention sur le territoire d'un État où, la gestation pour autrui est encore interdite ».

Dès lors, l'atteinte à la vie privée de l'enfant est constituée par le refus de transcription de sa filiation à l'état civil français telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger. Néanmoins, cette transmission ne doit pas être automatique et les États doivent pouvoir garder une marge d'appréciation, car la question de la réception dans l'ordre juridique d'une GPA internationale, aux formes plures et aux effets différenciés, ne peut se résoudre d'autorité par l'opposition de la fraude ou, en sens inverse, par la suprématie d'un principe, fût-il aussi important que l'intérêt supérieur de l'enfant ou le respect de son droit à l'identité ou au droit de mener une vie familiale normale¹¹.

B – Le choix d'une troisième voie « politique » de la Cour de cassation

La solution de la Cour de cassation, en considérant que le droit au respect de la vie privée de l'enfant justifie que son état civil mentionne le lien de filiation biologique à l'égard de son père semble correspondre à la volonté du gouvernement français de trouver une solution alternative entre le *statu quo* et la transmission automatique des actes à l'état civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA.

On se souvient en effet qu'en octobre 2014, Manuel Valls après avoir « exclu totalement d'autoriser la transcription automatique des actes étrangers, car cela équivaldrait à accepter et normaliser la GPA » et « qu'il serait incohérent de désigner comme parents des personnes ayant eu recours à une technique clairement prohibée », promettait de prendre acte de la condamnation de la France par la CEDH, mais à travers une troisième voie. « La CEDH nous demande de veiller à ce que les enfants nés de mères porteuses jouissent de conditions d'existence conformes à leur intérêt. Ces enfants, en effet, ne sont pas responsables de la situation dans laquelle ils se trouvent.. Il y a donc trois questions en suspens que nous devons traiter : celle de leur protection (quel substitut à l'autorité parentale ?), celle de leur droit à hériter, celle de leur nationalité. Ces questions sont trop graves pour être envisagées dans l'urgence. Nous nous laissons le temps de la réflexion, dans l'intérêt des enfants et des familles »¹².

Cependant, plusieurs mois après, le Gouvernement n'a encore proposé aucune solution concrète et ces solutions de la haute juridiction peuvent donc logiquement apparaître comme une ébauche du renouvellement du droit, mais, d'une part, on ne peut que regretter l'absence de débat législatif et de prise de position du pouvoir exécutif, et, d'autre part, elles laissent en suspens de nombreuses questions, dont celles de la reconnaissance des mères d'intention. Bien sûr, en l'espèce, les pourvois n'évoquaient pas cette question, mais à lire entre les lignes, on en déduit, que les mères d'intention ne devraient pas figurer à l'état civil de leurs enfants, ce qui ne va manquer de susciter de nombreux commentaires.

La solution « alternative » de la Cour de cassation risque donc de se révéler très vite une solution bancale, car *to play both ends against the middle*¹³ peut conduire, en termes d'efficacité, à des résultats complètement différents. La géométrie variable du cadre juridique et du contexte politique applicable à la GPA nous fait hésiter entre Shakespeare et Kafka !

II – L’avenir incertain du droit français de la filiation dans un contexte international de « tourisme procréatif » en plein essor

Comme le soulignait à fort juste titre Philippe Malaurie : « Plus encore que pour toute autre règle, le droit de la filiation est une technique juridique dépendant d’une idéologie »¹⁴. Le droit français de la filiation, et au-delà pourrait-on dire l’ensemble du droit de la famille, navigue aujourd’hui entre doutes et incertitudes et se trouve par conséquent en plein désarroi. La position française, notamment au regard des règles de droit international privé, semble aujourd’hui fragilisée (A), et la question du refus de la gestation pour autrui essentiellement sur le fondement de l’indisponibilité de l’état des personnes et du corps humain dans une approche naturaliste de la famille devient également de plus en plus critiquable (B).

A – La position française au regard du droit international privé

Le tourisme procréatif, à destination des pays dont la législation encadre favorablement le recours à des techniques non admises en France, est un phénomène qui ne cesse de s’amplifier depuis quelques années pour les couples souhaitant avoir des enfants, favorisé aujourd’hui par des modes de déplacements internationaux et l’accès à l’information sur internet¹⁵. Il s’agit là d’un enjeu international dont les conséquences ne peuvent être résolues par le seul droit national, et pour lequel l’adoption d’une convention internationale est nécessaire. Pour le moment, la question est toujours de savoir, à l’aune de la jurisprudence de la Cour de cassation et des derniers arrêts de la CEDH, quel cadre juridique appliquer à la reconnaissance, dans l’ordre juridique français, d’une GPA internationale régulièrement souscrite à l’étranger mais contraire à certains principes essentiels du droit positif ?

Cette question ne peut être examinée, en l’absence de convention internationale qu’à la lumière de la conception internationale de l’ordre public¹⁶, et éventuellement en application des règles de conflit de lois, même si cette méthode soulève de nombreuses difficultés¹⁷ et risque de conduire à des impasses.

En matière de droit des personnes et de droit de la famille, l’ordre public international peut être opposé non seulement au stade de la reconnaissance ou de l’exequatur d’une décision étrangère par le juge, ou de celui de l’application d’une loi étrangère désignée par une règle de conflit mais aussi au stade de la transcription d’un acte de l’état civil dressé à l’étranger ou pris en exécution d’un jugement sur l’état des personnes concernant un français.

La reconnaissance de ces situations étrangères dans l’ordre juridique français peut ainsi se justifier, en raison de l’ordre public international, devant des règles que le juge élève au plus haut niveau en raison de leur caractère fondamental ou intangible, et peuvent conduire à admettre des situations étrangères, en rupture avec les traditions juridiques françaises, mais qui, dans leurs effets, ne les heurtent pas suffisamment.

Le contrôle de l’ordre public pour prendre en compte les conséquences effectives de l’application d’une décision étrangère ne peut donc que reposer sur une appréciation *in concreto* de la situation.

Par ailleurs, il est notable que le droit international privé intègre de plus en plus les règles conventionnelles concernant les droits fondamentaux, avec pour conséquence en matière de droit de la famille et de l’état des personnes de modifier profondément la perception de l’ordre public, notamment du fait de la mutation des structures familiales en Europe¹⁸. C’est pourquoi, en l’état actuel du droit, le critère de l’ordre public apprécié par le juge interne à la réception internationale dans l’ordre juridique français d’une situation régulièrement acquise à l’étranger, est au cœur de la problématique liée à la GPA. La défense de cet ordre public international peut-il continuer à s’opposer à la reconnaissance de situations de GPA régulièrement acquises dans des pays limitrophes partageant une culture juridique, des traditions, des principes et des instruments internationaux communs ?

Le concept d’ordre public doit nécessairement évoluer et c’est dans ce contexte que doit s’insérer le débat sur la nouvelle notion de principes essentiels du droit français, consacré par la Cour de cassation en 2008 et appliquée dans le domaine de la gestation pour autrui, témoignant d’une volonté de la haute juridiction de mieux s’adapter aux profondes mutations que connaît le droit de la famille et l’état des personnes, sous le double contrôle de l’ordre public et des droits fondamentaux.

B – La critique du principe d’indisponibilité des personnes

Deux grands principes ont été invoqués afin d’entraver la reconnaissance de la gestation pour autrui : l’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes, et au-delà de la dignité humaine. Ils permettent notamment de défendre

une certaine conception de la famille et de la maternité, visant à affirmer que « les seuls vrais parents sont les géniteurs, et que s'il est tolérable que le père ne soit pas géniteur, redéfinir la maternité est inenvisageable »¹⁹.

Cette conception repose en grande partie sur l'argument des risques psychiques liés à la séparation de l'enfant avec sa « vraie mère », avancés dans d'autres champs disciplinaires (psychologie, psychiatrie), et qui a trouvé un certain écho chez les juges. Elle repose également sur un postulat éthique ou moral, voire religieux de la maternité et des fondements du droit de la filiation. Le modèle qui refuse la GPA au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes reflète bien souvent une conception conservatrice dans laquelle les filiations par procréation médicalement assistée n'ont pas la même dignité que les filiations sans artifices²⁰. Or, il n'y a pas *a priori* de parents plus dignes que d'autres, ni de filiation plus nobles que d'autres.

Ces fondements classiques ont été maintes fois dénoncés comme étant incantatoires et imprécis²¹, et leur portée est aujourd'hui de plus en plus remise en question²². Depuis quelques années, l'angle sous lequel la maternité de substitution est abordée s'est modifié. Ce n'est pas tant la question de l'indisponibilité des personnes ou de la dignité humaine qui prime, que l'approche « féministe », liée au risque que la GPA fait courir aux femmes (sur le plan physique ou psychique), à leur conditions socio-économiques, ou à leur rapport à la maternité²³. Le féminisme est donc devenu aujourd'hui le principal fondement pour légitimer ou condamner la pratique de la gestation pour autrui. C'est désormais la cause des femmes qui l'emporte, déplaçant de ce fait le débat juridique sur un autre terrain.

En conclusion, ces deux arrêts brièvement commentés marquent indéniablement une rupture dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de reconnaissance d'enfants nés à l'étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui, et constitue une véritable avancée du droit, notamment au regard du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit français ne peut aujourd'hui opposer à un enfant son mode de conception ou sa naissance pour lui refuser des droits au nom de l'intérêt général. C'est certainement la meilleure solution humaine et juridique.

Néanmoins, le débat concernant la maternité de substitution est loin d'être clos. Bien au contraire, il est à parier que cette jurisprudence va le relancer avec encore plus d'intensité, car le droit de la famille, bien que technique, est devenu aujourd'hui avant tout politique, idéologique, voire dogmatique.

Cette décision ne manquera pas de réveiller tous les phantasmes liés à la GPA, plus ou moins justifiés (usine à bébés, exploitation du corps des femmes des pays en développement, non-respect de la dignité de la femme, assimilation de la GPA au trafic d'enfants, amalgame avec la filiation incestueuse).

Mais, gardons également à l'esprit que derrière chaque GPA se trouve des couples ou des familles en souffrance, qui bravent les interdits dans la clandestinité pour ensuite affronter de longs parcours judiciaires. Ne faut-il pas alors, à la suite du doyen Carbonnier distinguer la question du couple et des enfants et « baisser le rideau pour un temps »²⁴ ? « À chacun sa famille, à chacun son droit »²⁵.

1 1. De nombreux États interdisent la GPA, notamment, la France (loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 introduisant dans le Code civil les articles 16-7 et 16-9).

2 2. En droit interne, la Cour de cassation a, dans un arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1999, condamné la pratique des mères porteuses en se fondant sur le principe d'indisponibilité du corps humain et sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. La solution a été consacrée par le législateur en 1994 et la première chambre civile de la Cour de cassation a, dans trois arrêts du 6 avril 2011, appliqué ces principes au cas de naissances d'enfants nés à l'étranger en application de lois étrangères validant les contrats de mères porteuses (Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66486 : Bull. civ., I, n° 71 – Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19053 : Bull. civ., I, n° 72 – Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17130 : Bull. civ., I, n° 70).

3 3. Dans deux arrêts du 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le recours de deux parties aux arrêts du 6 avril 2011, a condamné la France pour atteinte au respect de la vie privée des enfants, au regard de l'établissement de leur filiation paternelle biologique (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11).

4 4. CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, préc. – CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, préc.

5 5. Une grande partie de la doctrine est opposée au principe même de la gestation pour autrui et des conséquences de l'établissement en France de la filiation d'enfants nés à l'étranger par ce procédé.

- 6 6. Rapp. C. cass., 18 mai 2015, n^{os} S1421323 et K1550002.
- 7 7. *Ibid.*, p. 11 et s.
- 8 8. *Ibid.*, p. 29.
- 9 9. Comité des droits de l'enfant des Nations Unis, « Observations générales n° 10 », CRC/C/GC/10, 25 avr. 2007, p. 5.
- 10 10. J.-P. Marguenaud, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui » : RTD civ. 2014, p. 835.
- 11 11. Voir en ce sens l'avis du procureur général J.-C. Marin, 19 juin 2015.
- 12 12. Interview de Manuel Valls dans le journal *La Croix* du 2 octobre 2014.
- 13 13. Jouer les deux extrémités contre le milieu.
- 14 14. P. Malaurie (dir.), *Droit civil, La famille*, éd. Cujas, 1998, 6^e éd., n° 450, p. 256.
- 15 15. La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation et les récents arrêts de la CEDH vont certainement encourager les couples qui hésitaient à recourir à une GPA à l'étranger, en l'absence de reconnaissance en France, à franchir le pas.
- 16 16. Sur la notion d'ordre public en tant que notion transversale du droit, v. notamment le Rapport annuel de la Cour de cassation 2013.
- 17 17. Application de la règle de conflit française ? Admission du renvoi et complexité du choix de la loi applicable (celle de la mère désignée dans l'acte, celle de la mère d'intention, celle de la mère porteuse, celle de la mère biologique en cas de dons d'ovocytes ?).
- 18 18. En ce sens, l'avis du procureur général J.-C. Marin, 19 juin 2015, p. 35.
- 19 19. M.-X. Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? » : *La Revue des droits de l'homme*, 3, 2013, p. 11.
- 20 20. *Ibid.*, p. 13.
- 21 21. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » : RTD civ. 1992, p. 489.
- 22 22. M. Levinet, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-M. Larralde (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, 2009, p. 71.
- 23 23. D. Roman, « La gestation pour autrui, un combat féministe ? » : *Travail, genre et sociétés* 2012/2, n° 28, p. 191.
- 24 24. J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, 21^e éd., p. 240.
- 25 25. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 181.

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 14 Septembre 2015, 965

La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima

Note sous arrêt par Adeline Gouttenoire
professeur à la faculté de droit et de science politique de Bordeaux, directrice du CERFAP et de l'Institut des mineurs

État civil

Sommaire

En admettant que la gestation pour autrui, en elle-même, ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les actes d'État civil français, les arrêts du 3 juillet 2015 apportent une solution à une partie des difficultés suscitées par le recours à une gestation pour autrui à l'étranger. La Cour de cassation, sans aucun doute influencée par la condamnation récente de la France par la Cour EDH, accepte, à travers ce revirement de jurisprudence, de limiter les effets de la prohibition en France de la gestation pour autrui, lorsque les mentions de l'acte de naissance correspondent à la réalité, sans pour autant revenir sur le principe même de cette interdiction et sans porter atteinte aux principes fondamentaux du droit des personnes et de la famille.

Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323, P+B+R+I : JurisData n° 2015-015879

LA COUR - (...)

Pourvoi n° 14-21.323

Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

o Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

o Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Kolia B., reconnu par M. B. le 10 mars 2011, est né le 27 août 2011 à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Dominique B., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Kristina D., ressortissante russe qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. B. tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. B. et Mme D. ;

o Attendu que, pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. B. et Mme D. ;

o Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

o Casse et annule, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de transcription de l'acte de naissance de Kolia B., l'arrêt rendu le 15 avril 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes (...) pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris (...)

MM. Louvel, prem. prés., Terrier, Guérin, Frouin, Mmes Flise, Batut, Mouillard, prés., M. Soulard, cons.-rapp., Mmes Nocquet, Aldigé, Bignon, Riffault-Silk, Le Boursicot, Orsini, MM. Chollet, Huglo, Maunand, Poirotte, Chauvin, cons., Marin, proc. gén. ; SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Spinosi et Sureau, av.

Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002, P+B+R+I : JurisData n° 2015-015881

LA COUR - (...)

Pourvoi n° 15-50.002

Sur le moyen unique :

o Attendu, selon l'arrêt attaqué (*CA Rennes, 16 déc. 2014*), que Lizie G., reconnue par M. G. le 1^{er} février 2011, est née le 30 mai 2011, à Moscou ; que son acte de naissance, établi en Russie, désigne M. Patrice G., de nationalité française, en qualité de père, et Mme Lilia R. V., ressortissante russe, qui a accouché de l'enfant, en qualité de mère ; que le procureur de la République s'est opposé à la demande de M. G. tendant à la transcription de cet acte de naissance sur un registre consulaire, en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui conclue entre M. G. et Mme V. ;

o Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'ordonner la transcription, alors, selon le moyen (...)

o Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. G. et Mme V. ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

o Rejette le pourvoi (...)

MM. Louvel, prem. prés., Terrier, Guérin, Frouin, Mmes Flise, Batut, Mouillard, prés., M. Soulard, cons.-rapp., Mmes Nocquet, Aldigé, Bignon, Riffault-Silk, Le Boursicot, Orsini, MM. Huglo, Chollet, Maunand, Poirotte, Chauvin, cons., Marin, proc. gén. ; SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Spinosi et Sureau, av.

Les arrêts rendus le 3 juillet 2015 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (n° 14-21.323 : *JurisData* n° 2015-015879. - et n° 15-50.002 : *JurisData* n° 2015-015881) étaient particulièrement attendus après la condamnation de la France par la Cour EDH dans les affaires *Menesson* et *Labassée* (*CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 : JurisData* n° 2014-015212. - n° 65941/11 : *JurisData* n° 2014-015214 ; *JCP G* 2014, *doctr.* 832, n° 10, *obs. F. Sudre ; JCP G* 2014, 877, *A. Gouttenoire*) ainsi que l'arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2014 (*CE, 12 déc. 2014, n° 367324, n° 366989, n° 366710, n° 365779, n° 367317, n° 368861 : JurisData* n° 2014-030462 ; *JCP G* 2015, 32, *A. Gouttenoire*) validant, selon les préceptes de la Cour euro-

péenne, la circulaire visant à accorder la nationalité aux enfants nés de gestation pour autrui (GPA) à l'étranger.

Dans les deux espèces, l'acte de naissance russe de l'enfant, dont la transcription sur les registres d'État civil français était sollicitée, mentionnait comme père l'homme qui avait sollicité les services de la mère porteuse russe et qui se présentait comme son géniteur - ce qu'il était probablement -, et en qualité de mère, la femme qui avait porté et accouché de l'enfant et l'avait ensuite abandonné. Dans les deux espèces, le père avait également procédé à une reconnaissance de l'enfant en France.

Pour rejeter le pourvoi dans l'un des arrêts (*n° 15-50.002*), la Cour de cassation affirme que la cour d'appel de Rennes « ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, (...) en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue [entre le père et la mère indiqués par ledit acte] ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ». Dans l'autre arrêt (*n° 14-21.323*), la Haute juridiction casse pour violation de la loi l'arrêt d'appel qui avait refusé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres d'État civil français, au motif « qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre [le père et la mère mentionnés dans l'acte] ». Selon la Cour de cassation, « en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Ces arrêts présentent incontestablement une part d'ombre et de lumière. En effet, si l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, opérant ce qui est clairement un revirement de jurisprudence, affirme que la convention de GPA ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance dès lors que les faits correspondent à la réalité (1), elle laisse sans solution nombre de situations consécutives au recours à la GPA à l'étranger, lorsque la filiation de l'enfant doit être établie à l'égard de parents d'intention (2).

1. L'indifférence de la GPA lorsque les faits correspondent à la réalité

Quoique cantonnés à une hypothèse spécifique de GPA (A), les arrêts du 3 juillet 2015 n'en constituent pas moins un revirement de jurisprudence inspiré par la condamnation de la France par la Cour EDH (B).

A. - Le cantonnement du revirement à une hypothèse spécifique de GPA

Dans l'une et l'autre des affaires soumises à la Cour de cassation, la demande portait précisément sur la transcription directe d'un acte de naissance étranger sur les registres d'État civil français et non sur la reconnaissance d'un jugement qui désignerait des parents différents des parents biologiques, particulièrement des parents d'intention. En effet, les autorités russes n'avaient pas fait jouer à la convention de mère porteuse - autorisée dans ce pays par une loi fédérale, à certaines conditions - d'effets particuliers sur la filiation, laquelle avait été établie à l'égard des deux parents de l'enfant comme si celui-ci n'était pas issu d'une convention de GPA, et il n'est d'ailleurs même pas certain que cette dernière ait été invoquée au moment de l'établissement de l'acte de filiation.

L'hypothèse spécifique visée par les arrêts du 3 juillet 2015 correspond toutefois à un nombre non négligeable de recours à la GPA à l'étranger, notamment au profit d'hommes célibataires ou homosexuels. Elle est d'ailleurs à l'origine de plusieurs décisions antérieures. Tel était le cas d'un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 21 février 2012 (*n° 11/02758* : *JurisData n° 2012-002735* ; *JCP G 2012, act. 353, obs. A. Marais* ; *AJF 2012, p. 226, obs. C. Siffrein-Blanc*) mais également plus récemment des arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2013 (*Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315* : *JurisData n° 2013018930* - *n° 12-30.138* : *JurisData n° 2013-018928* ; *JCP G 2013, 985, A. Mirkovic* ; *JCP G 2014, doctr. 43, n° 4, obs. A. Gouttenoire*) et le 19 mars 2014 (*Cass. 1re civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005* : *JurisData n° 2014-005309* ; *JCP G 2014, act. 380, obs. A. Mirkovic* ; *JCP G 2014, 613, J. Heymann* ; *D. 2014, p. 905, obs. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon*).

Dans les arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation ne répond qu'à la question qui lui est posée, c'est-à-dire, comme le précise le communiqué de presse, celle de savoir si « le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français,

régulièrement établi dans un pays étranger, peut-il être motivé par le seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA ? ».

B. - Un revirement inspiré par la jurisprudence européenne

Pour apprécier le sens des arrêts de 2015, il faut les comparer aux décisions rendues par la Cour de cassation dans des hypothèses identiques, c'est-à-dire les arrêts du 13 septembre 2013 et du 19 mars 2014, qui concernaient également un homme ayant conclu une convention de GPA avec une mère porteuse à l'étranger et qui sollicitaient la transcription de l'acte de naissance qui les mentionnait l'un et l'autre comme parents de l'enfant. Dans les arrêts de 2013 et 2014, la Cour de cassation avait affirmé que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, dès lors que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de GPA. Au regard de cette affirmation, les arrêts du 3 juillet 2015 constituent bien un revirement de jurisprudence puisqu'ils affirment clairement la solution inverse, la Cour de cassation considérant notamment que c'est « à bon droit » que la cour d'appel, ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, en a déduit que la convention de GPA ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance. **La Cour de cassation ne saurait dire plus clairement que désormais, le fait que l'enfant ait été conçu dans le cadre d'une GPA ne suffit pas, à lui seul, à empêcher la transcription sur les registres d'état civil français de son acte de naissance étranger.**

La Cour de cassation se fonde sur l'article 47 du Code civil interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention EDH, le tout éclairé - même si la Cour de cassation ne le dit pas - par les arrêts *Menesson et Labassée* rendus par la Cour EDH le 26 juin 2014. Pour fonder son revirement, la Cour de cassation se réfugiant, comme la cour d'appel de Rennes en 2012, dans l'analyse formelle de l'acte étranger dont la transcription était sollicitée sur le fondement de l'article 47 du Code civil, constate que la régularité de l'acte n'était pas contestée au regard des exigences de ce texte. En effet, l'acte en lui-même ne faisait pas état de la convention et reflétait la réalité au moins supposée de la filiation de l'enfant tant du côté paternel que maternel.

Alors que la cour d'appel de Rennes, contre l'arrêt de laquelle le pourvoi a été rejeté, s'était fondée sur la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de cassation s'est contentée de viser l'article 8 de la Convention EDH dans l'un des arrêts et ne se réfère ni à l'intérêt de l'enfant ni à son droit à l'identité, comme l'ont fait la Cour européenne dans les arrêts *Menesson et Labassée* et le Conseil d'État dans l'arrêt du 12 septembre 2014. Le choix d'une formulation technique s'inscrit certainement dans la volonté de la Cour de cassation de limiter la portée de son revirement à l'hypothèse particulière de recours à la GPA dans laquelle étaient rendus les arrêts du 3 juillet 2015.

L'existence d'un lien biologique entre l'enfant et ses parents déclarés explique l'influence sur ces arrêts de la condamnation de la France par la Cour européenne alors même que celle-ci concernait une hypothèse différente de recours à la GPA. C'est bien parce que la condamnation européenne portait précisément sur l'absence de reconnaissance d'une filiation correspondant à la réalité biologique que la Cour de cassation ne pouvait plus refuser cette reconnaissance dans l'hypothèse des arrêts de 2015, dans laquelle les parents indiqués dans l'acte de naissance à transcrire étaient les parents génétiques de l'enfant.

Par ce revirement, la Cour de cassation limite les effets de l'article 16-7 du Code civil selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » et admet que cette convention conclue à l'étranger n'empêche pas la reconnaissance des liens de filiation qui en découle.

Les attendus des arrêts de 2015 doivent être rapprochés des avis du 22 septembre 2014 (n° 15010 : *JurisData* n° 2014-021255. - et n° 15011 : *JurisData* n° 2014-021251 ; *JCP G* 2014, act. 1004, *Libres propos J. Hauser*) dans lesquels la Cour de cassation a affirmé que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger dans des conditions différentes de celles exigées par la loi française ne fait pas obstacle à l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant né de cette procréation. Ainsi, les conditions de la conception médicalement assistée de l'enfant, procréation médicalement assistée (PMA) ou GPA, sont désormais, en elles-mêmes, indifférentes à la reconnaissance de sa filiation.

Cette évolution jurisprudentielle peut être lue comme une solution *contra legem*, en opposition avec l'article 16-7 du Code civil, sauf à considérer qu'il s'agit seulement d'apporter une exception à ce texte lorsque la

convention de GPA a été exécutée à l'étranger. Il ne s'agit cependant pas de remettre en cause la prohibition française de la GPA ; les décisions du 3 juillet 2015 ne s'opposent pas à la répression du recours en France à une mère porteuse, comme ce fut le cas à Bordeaux le 1er juillet 2015 où le tribunal correctionnel a condamné un couple homosexuel qui avait eu recours à une mère porteuse ayant accouché en France sur le fondement de la provocation à l'abandon d'enfant de l'article 227-12 du Code pénal (*TGI Bordeaux, 5e ch. corr., 1er juill. 2015, n° 14322000193* ; *Lexbase Hebdo éd. privée n° 621, 16 juill. 2015, n° N8427BUN, obs. A. Gouttenoire*).

2. Le poids de la GPA en présence de parents d'intention

Les arrêts du 3 juillet 2015 laissent en suspens la question de la filiation des parents d'intention, comme le précise d'ailleurs le communiqué de presse selon lequel « les espèces soumises à la Cour de cassation ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention : la Cour ne s'est donc pas prononcée sur ce cas de figure ». Il convient cependant de s'interroger sur les solutions pouvant être apportées à cette hypothèse après les arrêts de 2015, sachant que lorsque la GPA est commanditée par un couple, dont les membres sont donc les parents d'intention de l'enfant, la situation diffère du tout au tout selon qu'il s'agit de la filiation paternelle (A) ou de la filiation maternelle (B).

A. - La filiation à l'égard du père d'intention

La qualité de père d'intention dans le processus de GPA n'est pas antinomique avec la qualité de père génétique, mais lorsque le père présente ces deux qualités, le fait d'être père biologique va primer et permettre la reconnaissance de la filiation paternelle comme ce fut le cas dans les affaires jugées par la Cour de cassation en 2015.

Les conséquences que pourrait avoir la preuve que le père mentionné sur l'acte comme géniteur ne soit pas, en réalité, le père biologique de l'enfant, ne peuvent pas être mesurées au regard des arrêts du 3 juillet 2015. Il est certain que, contrairement à ce qu'avait proposé le procureur général Jean-Claude Marin dans ses avis relatifs aux arrêts commentés, la Cour de cassation n'a pas choisi de faire dépendre la transcription de la preuve de la paternité biologique du père indiqué sur l'acte de naissance. Toutefois, on ne peut pas exclure que, dans une telle hypothèse, une action en contestation de paternité puisse être intentée par le ministère public, une fois la filiation transcrite sur les registres d'état civil français. On ne peut pas non plus exclure que la preuve de l'absence de liens génétiques, apportée avant la transcription de l'acte de naissance sur les registres d'État civil français, constitue un obstacle à cette transcription. La Cour de cassation pourrait en effet interpréter en ce sens la mention de l'article 47 du Code civil selon laquelle l'acte est transcrit, « *sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que (...) les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

Une telle analyse ne serait pas contraire à la jurisprudence européenne puisque la Cour de Strasbourg, dans l'arrêt *Menesson*, a seulement exigé, au nom du droit à l'identité, la reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique. *A contrario*, si le père indiqué dans l'acte de naissance n'est pas le géniteur de l'enfant, la transcription de la filiation sur les registres d'État civil ne constitue pas une nécessité au regard du droit européen comme la Cour européenne a d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli contre Italie* du 27 janvier 2015 (n° 25358/12 ; *JurisData n° 2015-000832* ; *JCP G 2015, act. 194, obs. F. Sudre*). Dans cette affaire, la Cour européenne a admis le refus des autorités italiennes de reconnaître la filiation paternelle de l'enfant à l'égard du père d'intention eu égard à l'absence de lien biologique et ce, même si cette absence de lien génétique résultait d'une erreur de la clinique russe qui n'avait pas utilisé le liquide séminal du requérant.

La question de la filiation paternelle d'un enfant né de GPA à l'étranger devrait en réalité être résolue dans la plupart des hypothèses car, dans les faits, le père indiqué dans l'acte de naissance est le plus souvent le géniteur de l'enfant. En droit, cette solution est logique en ce qu'elle correspond aux règles régissant la filiation paternelle selon lesquelles le père est celui qui a engendré l'enfant. La solution énoncée par les arrêts de 2015, sous l'influence de la Cour européenne, est ainsi conforme au droit français de la filiation qui définit le père par son lien génétique avec l'enfant. Il n'en va pas de même pour la mère dont la situation dans le processus de la GPA est beaucoup plus complexe...

B. - La filiation à l'égard de la mère d'intention

La question de la filiation de la mère d'intention dans le cadre d'un processus de GPA constitue évidemment un problème majeur puisque même si on fait abstraction de la prohibition de la GPA, elle ne peut se voir appliquer les règles de droit français la concernant. La mère est, en effet, en droit français, celle qui accouche (*C. civ., art. 325, al. 2*), ce que la mère d'intention, par hypothèse, ne fait pas. L'utilisation des ovocytes de la mère d'intention ne modifie pas les données du problème.

Dans les affaires de 2013 et 2014 comme dans celles de 2015, et contrairement aux hypothèses ayant donné lieu aux arrêts de 2011 (*Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486 : JurisData n° 2011-005611. - n° 09-17.130 : JurisData n° 2011-005607. - n° 10-19.053 : JurisData n° 2011-005609 ; JCP G 2011, act. 441, Aperçu rapide F. Vialla et M. Reynier ; Dr. famille 2011, étude 14, obs. C. Neirinck*) qui concernaient des hypothèses de convention de GPA entre une mère porteuse et un couple, il n'était porté aucune atteinte aux principes fondamentaux du droit des personnes et de la famille tels que l'indisponibilité du corps humain ou de l'état des personnes, les protagonistes des deux affaires ayant fait comme si l'enfant était né d'une relation entre la mère porteuse et le père de l'enfant.

La réponse que ferait la Cour de cassation si l'acte de naissance avait indiqué une mère d'intention comme mère juridique de l'enfant ne peut être déduite des arrêts de 2015. On peut même considérer que la prudence de la Cour de cassation et la référence marquée à la réalité des faits doivent être interprétées comme la volonté de ne pas aller plus loin dans la reconnaissance des effets de la GPA conclue à l'étranger. Cette voie étroite est également celle empruntée par la Cour EDH, qui dans l'arrêt *Menesson* comme dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli*, a refusé de qualifier de violation du droit au respect de la vie familiale le défaut de reconnaissance de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention. L'absence de reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention, telle qu'établie par le droit étranger, s'inscrit dans la logique de la jurisprudence de la Cour européenne qui n'accepte d'imposer aux États la reconnaissance d'un lien de filiation que lorsqu'il est fondé sur un lien de sang (*F. Sudre (ss dir.), Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : PUF, 2015, p. 583 et s.*). Ce refus de reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention constitue finalement le revers de la consécration du principe *Mater semper est*, fondateur de l'arrêt *Marckx contre Belgique* (*CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74 : GACEDH 2014, p. 570*). Il n'en reste pas moins hautement problématique pour les enfants concernés, dont la filiation maternelle ne devrait pas être reconnue en France, alors que leur filiation paternelle pourra bénéficier d'une transcription sur les registres d'État civil.

Il apparaît finalement que la Cour de cassation, à la suite de la Cour EDH, n'accepte de reconnaître les effets, en matière de filiation, d'une GPA conclue à l'étranger que dans la mesure où ces derniers - et non la GPA elle-même - ne heurtent pas de principes essentiels du droit de l'État dans lequel leur reconnaissance est sollicitée. Il ne s'agit pas du tout de reconnaître la GPA en elle-même, ce qui serait contraire aux textes qui la prohibent dans notre espace juridique, mais d'en admettre les effets dont la négation serait disproportionnée au regard des règles relatives à la filiation et au droit à l'identité de l'enfant. Cette approche minimaliste est sans doute la moins mauvaise, dès lors qu'elle est celle du juge dont les pouvoirs en matière d'élaboration du contenu des règles de droit sont, par définition, limités. Il revient alors au législateur de prendre le relais pour apporter une solution globale aux enfants nés d'une GPA à l'étranger, sans pour autant remettre en cause la prohibition de la GPA sur le territoire français.

État civil. - Registre. - Enfants nés à l'étranger d'une GPA. - Nationalité française accordée aux enfants nés de GPA à l'étranger

Textes : C. civ., art. 47 ; Conv. EDH, art. 8

Encyclopédies : Civil Code, Art. 47 et 48, fasc. 10, par Louis-Denis Hubert et actualisé par Géraldine Auvolat et Philippe Brunel



Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 01 juin 2016

Ordre du jour :

1. 6777 Projet de loi modifiant, en vue d'instituer la société à responsabilité limitée simplifiée :
 1. la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; et
 2. la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité des comptes annuels des entreprises- Rapporteur: Monsieur Franz Fayot
- Présentation et adoption d'un projet de lettre d'amendement

2. 6820 Projet de loi portant modification
 - 1) de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire,
 - 2) du Code d'instruction criminelle,
 - 3) du Code pénal- Rapporteur: Madame Josée Lorsché
- Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

3. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
 - le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988- Rapporteur: Madame Viviane Loschetter
- Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
(- Rapporteur: Madame Christine Doerner)
Le projet de loi ne figurera plus à l'ordre du jour dès qu'il aura fait l'objet d'un arrêté grand-ducal de retrait du rôle des affaires de la Chambre des Députés.

- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale

- 6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation

4. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth

M. Fernand Kartheiser, député (*auteur de la proposition de loi 6797*)
Mme Martine Mergen, députée (*observateur*)

Mme Jeannine Dennewald, Mme Claudine Konsbruck, M. Daniel Ruppert, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

Mme Marie-Jeanne Kappweiler, Avocat général

M. Laurent Besch, M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

- 1. 6777 Projet de loi modifiant, en vue d'instituer la société à responsabilité limitée simplifiée :**
- 1. la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; et**
 - 2. la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité des comptes annuels des entreprises**

Présentation et adoption d'un projet de lettre d'amendement

Monsieur le Rapporteur présente son projet de lettre d'amendement.

Nouvel article 202-4

Quant au nouvel article 202-4 à introduire dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Monsieur le Rapporteur propose aux membres de la commission la formulation suivante :

« Art. 202-4. Le capital social doit être compris entre 1,- euro et 12.000 euros ».

L'orateur explique que, d'une part, cette formulation permet d'aligner le seuil du capital social maximal à celui prévu dans le cadre du projet de loi 5730 (projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises) et, d'autre part, cette formulation présente l'avantage de ne pas créer, dans le chef de la société à responsabilité limitée simplifiée, l'obligation de se transformer en une autre forme de société au cas où le capital social augmenté de la réserve prévue à l'alinéa 3 du même article dépassait le montant de 12.000 euros.

Les autres modifications proposées par le projet de lettre d'amendement ne soulèvent aucune observation particulière de la part des membres de la commission.

Vote

Le projet de lettre d'amendement recueille l'accord majoritaire de la part des membres de la commission, le représentant de la sensibilité politique ADR votant contre.

- 2. 6820 Projet de loi portant modification**
1) de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire,
2) du Code d'instruction criminelle,
3) du Code pénal

Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

1) Article 1^{er} – modification de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire

c) Point 6 initial – nouveau point 4) (article 6 de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire)

Lettre b) – article 6, point 5) nouveau

Le Conseil d'État soulève des interrogations par rapport au nouveau point 5) qui consacre le droit de l'avocat de demander le bulletin N°1 de son client mais ne reconnaît le droit de ce dernier d'obtenir le bulletin que s'il est assisté ou représenté par un avocat. D'éventuelles raisons d'ordre pratique ne sauraient justifier le « *traitement privilégié* » de l'avocat.

En l'absence d'une justification, la disparité de traitement envisagée n'est pas conforme à l'article 10*bis* de la Constitution, le Conseil d'État se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Le Conseil d'Etat propose une formulation alternative, dont le libellé est le suivant :

« 5) *au prévenu ou à l'avocat qui l'assiste ou le représente* ».

Echange de vues

Madame la Présidente renvoie aux discussions menées au sein de la commission, qui ont eu pour objet de garantir les droits de la défense du prévenu et d'accorder également la possibilité pour le prévenu d'obtenir une copie du bulletin N° 1.

Pour rappel, le libellé proposé par voie d'amendement est le suivant :

«5) *à l'avocat chargé d'assister ou de représenter la personne concernée en tant que prévenu devant une juridiction appelée à statuer sur le fond, sinon, à défaut d'avocat, au prévenu lui-même sur demande* ».

Le représentant du Parquet général donne à considérer qu'elle déconseille d'envoyer d'office une copie du bulletin N°1 au prévenu. Il s'agit d'un document dont le contenu devrait être connu au prévenu, comme le bulletin N°1 regroupe, entre autres, les peines criminelles et correctionnelles ainsi que certaines peines de police, dont le prévenu a fait l'objet dans le passé.

Or, ces informations ne sont pas nécessairement connues par l'avocat, chargé d'assister et de représenter son mandant.

L'oratrice rappelle que la formulation retenue par la commission n'entrave nullement les droits du prévenu. On ne saurait parler d'un « traitement privilégié » de l'avocat.

En outre, la formulation proposée par la commission est plus précise, comme elle subordonne la délivrance d'une copie du bulletin N°1 à la condition que l'avocat a reçu mandat d'assister ou de représenter le prévenu devant une juridiction. Cette même condition vaut, à défaut d'avoir mandaté un avocat, pour la personne concernée et comparaisant devant une juridiction appelée à statuer sur le fond.

Madame la Présidente estime qu'il pourrait s'agir d'une simple confusion au niveau du texte analysé par le Conseil d'Etat. Elle propose d'adresser un courrier circonstancié au Conseil d'Etat, invitant ce dernier à analyser le libellé amendé proposé par la commission.

La proposition formulée par Madame la Présidente recueille l'accord unanime des membres de la commission.

Observations d'ordre légistique

Le Conseil d'Etat soulève plusieurs observations d'ordre légistique.

Les membres de la commission conviennent de reprendre l'ensemble des observations d'ordre légistique soulevées par le Conseil d'Etat.

- 3. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant**
- le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988

Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

Débat général sur la présomption de paternité

- ❖ Madame la Rapportrice résume les points clés qui ont été discutés lors de la réunion en date du 20 avril 2016 (cf. P.V. J 25).

Le représentant du Ministère de la Justice procède à une mise à niveau de certaines notions clés en matière du droit de la filiation. Elle explique que le mécanisme de la reconnaissance, contrairement à la possession d'état, est intimement lié à la vérité biologique. Seul le parent biologique peut effectuer une reconnaissance volontaire de l'enfant.

L'oratrice précise qu'en matière de la gestation pour autrui (dénommée ci-après « GPA), seule une reconnaissance de l'enfant par le parent biologique est possible.

Le mécanisme de la possession d'état prend le contrepied de la réalité biologique, puisque ce mécanisme se fonde sur la réalité socio-affective.

Elle donne à considérer que l'établissement du lien de filiation par la voie de la reconnaissance volontaire présente de nombreux atouts par rapport au mécanisme de l'adoption. En effet, la reconnaissance volontaire peut se faire auprès de l'officier de l'état civil et s'avère peu coûteux par rapport au mécanisme de l'adoption.

Le représentant du Parquet général tout en précisant qu'une reconnaissance mensongère constitue une infraction pénale, explique qu'il arrive que des reconnaissances non-conformes à la réalité biologique sont effectuées par certains parents.

L'oratrice précise que la mère de l'enfant n'a pas à reconnaître l'enfant. L'inscription de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant né exonère celle-ci de devoir faire une reconnaissance volontaire dudit enfant.

- ❖ Madame la Rapportrice estime que la question de l'extension du mécanisme de la reconnaissance volontaire et celle de l'abolition de la présomption de paternité se posent dans le cadre de la réforme envisagée.

Le représentant du Ministère de la Justice donne à considérer que la présomption de paternité pourrait être maintenue pour certains cas de figure prédéterminés.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV souligne que l'extension du mécanisme de la reconnaissance volontaire à tous les couples (mariés ou non mariés) conduirait à une réforme du droit de la filiation qui serait axée uniquement sur la vérité biologique, au détriment de la réalité socio-affective.
- ❖ Un membre du groupe politique CSV explique que la présomption de paternité est intimement liée à l'obligation de fidélité, obligation inhérente à l'institution du mariage.

L'orateur renvoie aux évolutions sociétales et donne à considérer que beaucoup d'enfants sont nés hors mariage. Il estime qu'une discussion sur une éventuelle extension de la présomption de paternité aux partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats s'impose (dénommée ci-après « loi PACS »).

- ❖ Un membre du groupe politique CSV est d'avis que le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est guère compatible avec un droit de la filiation qui ne permet pas d'assurer la stabilité de l'état civil des personnes.

Si le législateur entendait abolir la présomption de paternité, il devrait mettre en place un mécanisme qui ne conduit pas à la fragilisation du lien de filiation.

Plusieurs pistes de réflexion pourraient être envisagées, dont notamment l'impossibilité de remettre en cause une reconnaissance volontaire préalablement établie ou encore l'extension du mécanisme de la reconnaissance volontaire à tous les couples et dont l'établissement de la vérité biologique serait la condition préalable à pouvoir effectuer une telle reconnaissance volontaire.

Le représentant du Ministère de la Justice renvoie à l'observation du Conseil d'Etat qui a estimé que si le législateur entend maintenir la présomption de paternité, alors « *la question de l'extension de la présomption de paternité à tous les couples se pose* ». Une extension de la présomption de paternité aux couples vivant en concubinage devrait également être discutée si le législateur entend étendre cette présomption aux couples pacsés.

L'oratrice renvoie à la complexité de la matière et donne à considérer qu'actuellement le nombre d'enfants nés hors mariage dépasse légèrement le nombre d'enfants nés dans le cadre d'un mariage.

L'oratrice explique qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de disposer d'un double lien de filiation.

La présomption de paternité (réservée aux seuls couples mariés) produit ses effets à partir du moment de la conception de l'enfant. En cas de décès du conjoint avant la naissance de l'enfant, elle produit tout de même ses effets et assure la stabilité du lien de filiation. Un tel mécanisme n'existe pas en faveur des personnes pacsées. Les personnes pacsées peuvent néanmoins recourir au mécanisme de la reconnaissance prénatale, mécanisme peu connu par la population.

En outre, elle rappelle que la présomption de paternité joue uniquement en faveur des couples mariés de sexes opposés. Par conséquent, elle ne joue ni en faveur des couples mariés de même sexe ni en faveur des couples pacsés qu'ils soient de même sexe ou non.

L'oratrice renvoie aux législations étrangères, dont notamment la législation belge qui a étendu la présomption de la co-parentalité aux couples mariés de sexes féminins (article 325-2 du Code civil belge). Une telle présomption n'existe pas en droit luxembourgeois. Le conjoint marié, dans le cadre d'un couple de même sexe, qui n'est pas le parent biologique de l'enfant ne peut pas procéder à la reconnaissance volontaire de l'enfant. Il peut tout au plus recourir au mécanisme de l'adoption.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV demande à obtenir connaissance du nombre exact d'enfants nés hors mariage. [Ministère de la Justice]
- ❖ Un membre de la sensibilité politique ADR s'oppose strictement à une légalisation de la gestation pour autrui avec l'ensemble des conséquences juridiques qui en découlent au niveau du droit de la filiation. Il souhaite connaître la position du Gouvernement à ce sujet. Il demande à entendre Monsieur le Ministre de la Justice à ce sujet.

En outre, l'orateur renvoie à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, qui dispose dans son article 7 que l'enfant a « *le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». Il plaide en faveur d'une interprétation historique de cette convention.

Il donne à considérer qu'une présomption est un concept juridique qui donne une force probante à un fait vraisemblable. Une présomption qui dérive à l'absurde n'a aucune utilité.

Il donne à considérer que le PACS, de par sa nature, ne présente pas les mêmes obligations que l'institution du mariage. Il plaide en faveur d'un maintien d'une séparation claire entre le PACS et l'institution du mariage.

L'orateur estime qu'il n'appartient pas à des fonctionnaires de devoir formuler des positions politiques par rapport aux discussions menées dans le cadre du présent projet de loi.

- ❖ Madame la Rapportrice renvoie à la méthode de travail retenue et de revenir, le cas échéant, sur certains points clés par la suite. Elle signale que la problématique de la GPA ne sera abordée que lors d'une prochaine réunion.

L'oratrice rappelle que les représentants du Ministère de la Justice assistent aux réunions de la Commission juridique afin de donner à la demande des membres de la Commission juridique les informations complémentaires souhaitées.

En ce qui concerne la position officielle du Gouvernement par rapport à la GPA, il appartient au seul Ministre de la Justice de définir les orientations politiques et de les présenter et discuter avec les membres de la Commission juridique.

Les différents volets comme la PMA et la GPA seront abordés au fur et à mesure de l'avancement de l'examen des articles afférents.

- ❖ Un membre de groupe politique LSAP souhaite connaître davantage la prospective des législations étrangères en matière du droit de la filiation.

L'orateur donne à considérer que les travaux législatifs relatifs à la réforme du droit de la filiation doivent prendre en compte également des aspects liés au droit international privé.

En outre, il renvoie à la différence de régime juridique entre la loi PACS et l'institution du mariage.

- ❖ Madame la Rapportrice estime qu'il serait judicieux d'analyser davantage la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'Homme. [Ministère de la Justice]

- ❖ Un membre du groupe politique CSV donne à considérer que l'objectif principal de la réforme du droit de la filiation devrait consister à établir une égalité réelle entre tous les enfants, peu importe qu'ils soient des enfants « légitimes » ou des enfants « naturels » et ce quelque soit le mode d'établissement de la filiation (distinction enfants « légitimes » et enfants « naturels »).

De même, l'orateur s'interroge sur les conséquences juridiques d'un mariage jugé contraire à l'ordre public luxembourgeois sur la situation des enfants issus d'un tel mariage. Cette problématique semblerait se présenter de plus en plus au sein des pays voisins du Luxembourg.

Le représentant du Parquet général explique que des mariages jugés contraires à l'ordre public constituent un phénomène marginal au Luxembourg, que ce soient des mariages conclus entre des personnes majeures et des personnes mineures ou des mariages polygames. Ces mariages ne sont pas reconnus au Luxembourg.

L'oratrice précise que, sous certaines conditions, le lien de filiation des enfants issus d'un tel mariage peut être reconnu au Luxembourg.

Cette reconnaissance se limite dans pareil cas de figure au seul lien de filiation à l'exclusion de la reconnaissance du mariage et des conséquences juridiques qui en découlent.

- ❖ Un membre de la sensibilité politique ADR estime que l'établissement d'une stricte égalité des enfants sur le plan juridique est difficile. L'orateur renvoie à l'interaction complexe de certaines dispositions du droit international privé et ce quelque soit le mode d'établissement de la filiation régissant le droit de la filiation et l'état civil des enfants.

Madame la Rapportrice estime que les dernières évolutions qu'a connu le droit international privé pourraient utilement servir d'outil d'orientation dans le cadre de l'instruction du présent projet de loi. [Ministère de la Justice]

Elle rappelle que le fil rouge est celui de l'intérêt supérieur de l'enfant et ce quelque soit le mode d'établissement de sa filiation ou la constellation et la nature de la relation de ses parents.

Points connexes

- ❖ Un membre du groupe politique CSV, auteur de la proposition de loi 5553, estime qu'il serait judicieux de discuter prioritairement le volet relatif à l'introduction en droit luxembourgeois de l'autorité parentale conjointe.

L'orateur explique que ce volet présente un intérêt certain au vu des évolutions sociétales.

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR déclare appuyer cette demande.
- ❖ Madame la Présidente renvoie aux discussions menées antérieurement au sujet de l'organisation des travaux législatifs et à la décision de continuer les travaux relatifs au projet de loi 6568 (P.V. J 19).

L'oratrice précise que les dispositions de la proposition de loi 5553 (relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale) pourraient être examinées de façon concomitante avec les dispositions proposées par le projet de loi 6996 (instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale).

4. Divers

Aucun point divers n'est soulevé.

Le Secrétaire-administrateur,
Laurent Besch

La Présidente,
Viviane Loschetter

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*),
Christophe Li

25



Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 20 avril 2016

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal de la réunion jointe du 17 février 2016 et des réunions des 22 et 23 mars 2016
2. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
 - le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988
 - Rapporteur: Madame Viviane Loschetter
 - Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
(- *Rapporteur: Madame Christine Doerner*)
Le projet de loi ne figurera plus à l'ordre du jour dès qu'il aura fait l'objet d'un arrêté grand-ducal de retrait du rôle des affaires de la Chambre des Députés.
- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale
- 6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation
3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth

M. Fernand Kartheiser, député (*auteur de la proposition de loi 6797*)
M. Gilles Baum, député (*observateur*)

Mme Jeannine Dennewald, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

Mme Marie-Jeanne Kappweiler, Avocat général
M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusé : M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal de la réunion jointe du 17 février 2016 et des réunions des 22 et 23 mars 2016

Les projets de procès-verbaux sous référence rencontrent l'accord unanime des membres de la commission.

- 2. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant**
- le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988

Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

Débat général sur la présomption de paternité et la reconnaissance volontaire

Madame la Rapportrice résume les points clefs de la discussion menée au cours de la réunion de la Commission juridique du 13 avril 2016 (P.V. J 24).

Elle estime que la question relative au maintien de la présomption de paternité joue un rôle clé dans le cadre de la réforme du droit de la filiation.

L'oratrice renvoie à l'avis du Conseil d'Etat et à l'avis du Parquet général, qui soulèvent chacun la question de l'opportunité d'un maintien de la présomption de paternité dans le cadre du présent projet de loi.

Il ressort de l'avis du Conseil d'Etat que « *si le législateur veut opter pour une parfaite égalité entre les filiations, le principe de la présomption de paternité devra être aboli et le mécanisme de la reconnaissance à la filiation devra être étendu à la filiation des enfants nés dans le mariage* ».

Si le législateur entend maintenir la présomption de paternité, le Conseil d'Etat estime que « *la question de l'extension de la présomption de paternité à tous les couples se pose* ».

La représentante du Ministre de la Justice rappelle aux membres de la commission les spécificités de la présomption de paternité.

L'oratrice donne à considérer que cette présomption constitue une présomption réfragable qui ne s'applique qu'aux seuls couples mariés de sexes opposés. Par conséquent, elle peut être contestée en justice et elle ne s'applique ni aux couples pacsés, ni aux couples vivant en concubinage, peu importe qu'ils soient de sexes opposés ou non.

Elle donne à considérer que le législateur belge a procédé à une extension de la présomption de la co-parentalité aux couples mariés de sexes féminins. Ainsi, cette présomption de co-parentalité joue pendant la durée du mariage entre deux femmes. La présumée coparente est l'épouse de la mère si l'enfant est né pendant le mariage (article 325-2 du Code civil belge).

Cette disposition ne s'applique cependant pas aux couples mariés de sexes masculins.

Cette disposition risque d'être considérée comme une discrimination en défaveur des couples mariés de sexes masculins et suscite des discussions controversées au sein de la doctrine belge.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV renvoie au droit romain, ayant déjà connu la présomption de paternité (*pater is est quem nuptiae demonstrant*).

L'orateur explique que cette présomption constitue une fiction juridique qui avait pour finalité le maintien de la paix sociale et de l'ordre au sein la société. Il donne à considérer qu'à l'époque des Romains ou, lors de l'entrée en vigueur du Code Napoléon, il était impossible contester cette présomption en rapportant la preuve contraire, comme le permet le test ADN (qui n'existe que depuis quelques décennies).

Or, à une époque où la science peut établir avec exactitude les origines personnelles d'une personne, il se pose la question de l'opportunité d'un maintien d'une telle présomption au sein de la législation.

Il explique qu'il existe des arguments en faveur d'une abolition de la présomption de paternité, cependant il ne faudrait pas perdre de vue qu'une abolition éventuelle de cette présomption nécessiterait un ou plusieurs mécanismes de substitutions, en vue d'assurer l'établissement de la filiation de l'enfant.

Plusieurs mécanismes seraient envisageables, tels que l'acte de notoriété constatant la possession d'état, l'acte de reconnaissance ou si on se fonde uniquement sur la réalité biologique, l'octroi d'un « *passport ADN* ».

Il recommande de discuter plus amplement les différents points clés de la réforme du droit de la filiation. Il exprime son souhait de voter une loi qui ne s'avère pas désuète après seulement quelques années d'application.

- ❖ Madame la Rapportrice qualifie la question du maintien de la présomption de paternité comme étant la pierre angulaire de la réforme du droit de la filiation.
- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR s'interroge si l'abolition de la présomption de paternité ne conduira pas à une remise en cause de l'institution du mariage. La présomption de paternité est intimement liée à l'obligation de fidélité, obligation inhérente à l'institution du mariage.

Selon l'orateur, l'intérêt supérieur de l'enfant peut être assuré facilement par le mariage et le maintien de la présomption de paternité.

Il donne à considérer que l'octroi d'un « *passport ADN* » risque de favoriser l'eugénisme.

❖ Un membre du groupe politique CSV énonce qu'il peut être dans l'intérêt de l'enfant de connaître ses origines personnelles. Il renvoie aux progrès réalisés par la biologie médicale au cours des dernières décennies. Il estime qu'il n'est pas opportun d'exclure les évolutions scientifiques réalisées des discussions menées dans le cadre du présent projet de loi.

❖ Un membre du groupe politique LSAP renvoie à la complexité de la matière.

Un mécanisme de substitution devrait, selon l'orateur, présenter une certaine sécurité juridique. Il estime qu'il serait utile d'adopter une approche comparative et s'interroge comment les autres Etats membres de l'Union européenne ont modernisé leur droit de la filiation.

❖ Un membre du groupe politique CSV évoque la question de la sécurité juridique qui devrait guider le législateur dans le cadre des discussions portant sur la réforme du droit de la filiation.

L'orateur rappelle aux membres de la commission que la réforme du droit de la filiation risque d'avoir des conséquences directes sur le droit des successions, quelque soit la décision définitive.

❖ Un membre du groupe politique DP se montre réservé à l'égard de l'idée d'une abolition de la présomption de paternité. Elle plaide en faveur d'une modernisation de cette présomption qui pourrait être, le cas échéant, étendue aux couples mariés de mêmes sexes, qu'ils soient de sexes masculins ou féminins.

L'oratrice appuie la demande du membre du groupe politique LSAP à analyser d'abord les législations étrangères sur ce point, avant de pouvoir prendre une décision à ce sujet.

La représentante du Parquet général renvoie aux évolutions sociétales qui se sont produites au cours des dernières décennies. La présomption de paternité risque de ne pas être adaptée à ces évolutions (exemple non-exhaustif de l'enfant né au cours d'une procédure de divorce n'ayant pas encore donné lieu à un jugement définitif. Le conjoint de la mère sera considéré comme étant le père de l'enfant, par le biais de la présomption de paternité, alors qu'il soit envisageable qu'un autre homme soit le père réel de l'enfant).

L'oratrice renvoie à l'avis du Parquet général et à l'avis du Conseil d'Etat. Le mécanisme de la reconnaissance volontaire permet d'assimiler davantage les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés.

Après la naissance d'un enfant dont les parents sont mariés, c'est normalement le père qui va déclarer la naissance à l'officier de l'état civil. Il pourrait alors faire une reconnaissance volontaire, qui sera inscrite dans l'acte de naissance.

Elle explique qu'il n'existe aucun obstacle à étendre le mécanisme de la reconnaissance volontaire à l'ensemble des filiations.

Pour les cas de figures, où le conjoint, voire le partenaire au sens de loi du 9 juillet 2004 refusait à reconnaître volontairement un enfant né durant la durée du mariage ou du PACS, la juridiction compétente pourrait ordonner d'office une expertise biologique en tant que mesure d'instruction.

Si une personne refusait de se soumettre à une telle expertise, la juridiction compétente pourrait en tirer les conclusions et interpréter ce refus à l'encontre de cette personne. Il s'agirait dès lors d'une présomption irréfutable.

L'oratrice propose de réserver la présomption de paternité à quelques cas isolés (exemple non-exhaustif du cas où le mari de la mère décède entre la date de la conception et la date de la naissance de l'enfant).

Quant à l'approche comparative, il ne serait pas nécessairement opportun de s'inspirer des législations afférentes des pays voisins du Luxembourg.

L'oratrice critique le concept de la présomption de coparentalité adoptée par le législateur belge.

La représentante du Ministre de la Justice explique que le mécanisme de la présomption de paternité présente l'avantage qu'aucun acte ne doit émaner du conjoint de la mère pour qu'il soit considéré comme étant le père de l'enfant.

L'oratrice donne également à considérer que la présomption de paternité présente un atout considérable pour la mère mariée puisque celle-ci ne doit pas compter sur le bon-vouloir de son conjoint ni prouver qui est le père de son enfant. Il suffit qu'elle invoque la présomption de paternité et son conjoint est considéré comme le père de son enfant.

En ce qui concerne les couples non-mariés, ces derniers ne peuvent actuellement pas bénéficier du mécanisme de la présomption de paternité. Or, en cas de refus d'une reconnaissance volontaire de l'enfant par le partenaire au sens de la loi du 9 juillet 2004 ou le concubin de la mère de l'enfant, la mère peut toujours entamer une procédure en recherche de paternité devant la juridiction compétente.

L'oratrice donne à considérer que le juge peut ordonner une expertise biologique en tant que mesure d'instruction et interpréter le refus éventuel de se soumettre à une telle expertise à l'encontre de la personne dont le refus émane.

Elle exprime que le mécanisme de la reconnaissance prénatale d'un enfant n'a actuellement que très peu de succès parmi les couples non-mariés ou pacsés. Cependant, par une meilleure sensibilisation des personnes concernées, le mécanisme de la reconnaissance prénatale pourrait avoir plus de succès.

- ❖ Un membre du groupe politique DP explique qu'il est possible pour une femme mariée de contourner le mécanisme de la présomption de paternité, par la voie d'un accouchement sous « X », suivie d'une reconnaissance volontaire de l'enfant.
- ❖ Un membre du groupe politique LSAP s'interroge sur le cas de figure où les autorités publiques seraient confrontées à deux reconnaissances volontaires concurrentes émanant de deux hommes distincts.

L'orateur craint que pour ce cas de figure un vide juridique risquerait d'être créé. Par le biais de la présomption de paternité, l'enfant bénéficierait au moins de l'établissement d'une filiation à l'égard d'un des prétendus pères de l'enfant et ce, jusqu'à ce que les juridictions aient tranché sur ce litige.

- ❖ La représentante du Parquet général explique qu'en matière de la reconnaissance volontaire, l'officier de l'état civil applique le principe chronologique.

Néanmoins, aucune disposition légale n'interdit à un homme à reconnaître volontairement un enfant qui bénéficie déjà d'une reconnaissance volontaire émanant d'un autre homme. Cette deuxième reconnaissance volontaire ne produit cependant ses effets que lorsque l'inexactitude de la première filiation a été dûment constatée par une décision de justice coulée en force de chose jugée.

L'oratrice rappelle que dans le système actuel où la présomption de paternité est réservée uniquement aux couples mariés, une référence au mariage des parents est inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant.

La représentante du Ministre de la Justice explique que le projet de loi, dans sa version actuelle, prévoit une disposition quant au maintien de la présomption de paternité au seul bénéfice des couples mariés.

L'oratrice explique qu'il s'agit d'un traitement différencié qui donne lieu à des discussions controversées.

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR explique qu'un traitement différencié ne constitue pas nécessairement une discrimination et il estime qu'il ne faudrait pas faire un amalgame entre ces deux concepts.

L'orateur critique le fait que le législateur a adopté la réforme de l'institution du mariage (projet de loi 6172A devenu la loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage).

Il regarde d'un œil critique l'idée d'accorder un droit d'adoption à des couples de mêmes sexes, tout en indiquant qu'il serait opportun de réformer certaines dispositions relatives au droit de la filiation.

Selon l'orateur, la réforme du droit de la filiation ne devrait en aucun cas conduire à une abolition de l'institution du mariage.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV estime qu'il est inadmissible de tolérer des discriminations. A ce sujet, l'orateur déplore le fait que des enfants nés « *hors mariage* » et « *dans le mariage* » risquent de ne pas être traités sur un pied d'égalité.

Il s'interroge sur le risque d'une éventuelle condamnation du Luxembourg par la Cour européenne des droits de l'homme (dénommée ci-après « CEDH ») en cas de maintien d'une présomption de paternité au bénéfice des seuls couples mariés.

De plus, l'orateur estime que le droit applicable en matière de la filiation est celui de la nationalité du parent, voire des parents de l'enfant. Par conséquent, la législation nationale risque à ne pas prendre en compte la situation qu'un nombre considérable de résidents non-luxembourgeois résident sur le territoire du Grand-Duché et qui se voient appliquer un droit de la filiation étranger.

Il s'interroge sur l'applicabilité de certains principes du droit international privé, régissant le droit de la filiation.

- ❖ Un membre du groupe politique DP énonce qu'il y aurait lieu d'abolir définitivement le terme « *enfant légitime* » puisqu'il prête à croire qu'il existerait à côté des « *enfants légitimes* » également des « *enfants illégitimes* ». On ne saurait tolérer qu'un enfant soit stigmatisé en raison de l'état civil de ses parents.

L'oratrice donne à considérer que par l'abolition de la présomption de paternité, on risque de créer une insécurité juridique. Elle se montre réticente devant l'idée d'une abolition de cette présomption. Si le législateur veut instaurer un mécanisme de substitution, celui-ci devrait présenter une sécurité juridique du moins équivalente à celle contenue dans la législation actuelle.

La représentante du Parquet général critique le fait qu'il existe au sein de la législation une profonde inégalité en ce qui concerne la présomption de paternité. Dans le cadre d'un couple marié de sexes opposés, c'est la mère seule qui « dispose » de cette présomption de paternité et qui peut choisir de l'invoquer ou de ne pas l'invoquer (exemple non-exhaustif de la mère mariée qui déclare à l'officier de l'état civil que le père de l'enfant n'a pas à figurer dans l'acte de naissance de l'enfant).

Quant à la remarque relative aux principes du droit international privé, elle explique que les officiers de l'état civil collaborent étroitement avec les services juridictionnels, afin de pouvoir répondre à toute question éventuelle en matière d'établissement de la filiation d'un enfant de parents non-luxembourgeois. Pour les cas de figures les plus fréquents, des circulaires internes ont été rédigées.

En matière de droit international privé, il y a lieu de distinguer entre les règles applicables en matière de la filiation naturelle et de la filiation légitime (dans ce cas de figure la présomption de paternité jouera).

- ❖ Le représentant de la sensibilité politique ADR estime qu'une réforme de la terminologie utilisée dans le cadre du droit de la filiation ne devrait pas conduire à une uniformisation des différents modes de vie en couple.

L'orateur renvoie aux risques d'un égalitarisme poussé à l'extrême.

Il incomberait au législateur de lutter contre les abus et de combler certaines lacunes contenues dans la loi actuelle et non pas de procéder à une érosion de l'institution du mariage.

5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

3. Divers

Un membre du groupe politique CSV sollicite la convocation d'une réunion de la Commission juridique pour discuter sur les problèmes liés la mendicité.

Le représentant de la sensibilité politique ADR appui cette demande.

Madame la Présidente prend acte de cette demande. Elle indique qu'une telle réunion devrait se dérouler en présence des ministres compétents, ainsi qu'en présence des diverses autorités judiciaires. Elle explique qu'une concertation préalable en vue d'arrêter

une date avec l'ensemble des acteurs est indispensable, avant de pouvoir organiser utilement un débat à ce sujet.

La discussion sur ce point est reportée à une prochaine réunion.

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*),
Christophe Li

La Présidente,
Viviane Loschetter



Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 13 avril 2016

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 15 et 16 mars 2016
2. 6815 Projet de loi relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire et portant modification du Code pénal
 - Rapporteur: Madame Viviane Loschetter
 - Présentation et adoption d'un projet de lettre d'amendement
3. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
 - le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988
 - Rapporteur: Madame Viviane Loschetter
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
(- *Rapporteur: Madame Christine Doerner*)
Le projet de loi ne figurera plus à l'ordre du jour dès qu'il aura fait l'objet d'un arrêté grand-ducal de retrait du rôle des affaires de la Chambre des Députés.
- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale
- 6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation
4. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth

M. Fernand Kartheiser, député (*auteur de la proposition de loi 6797*)
Mme Martine Mergen, députée (*observateur*)
Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

Mme Marie-Jeanne Kappweiler, Avocat général

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbaux des réunions des 15 et 16 mars 2016

Les projets de procès-verbaux sous référence obtiennent l'accord unanime des membres de la commission.

2. 6815 Projet de loi relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire et portant modification du Code pénal

Présentation du projet d'une lettre d'amendement

Madame la Rapportrice présente succinctement le projet de la lettre d'amendement.

Il est proposé d'amender l'article II de la manière suivante:

«Art. II. Le Code pénal est modifié comme suit:

1° A l'article 135-7, alinéa 1^{er} du Code pénal, la référence à l'article 135-13 est remplacée par celle à l'article 135-16.

2° A l'article 491 du code pénal, l'alinéa 1^{er} est modifié comme suit:

*«Quiconque aura frauduleusement soit détourné, soit dissipé au préjudice d'autrui, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, **clefs électroniques**, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge et qui lui avaient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros ».*

L'amendement proposé ne donne pas lieu à observation de la part de la commission.

Vote

L'amendement est adopté à l'unanimité.

3. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
- le Code civil,
- le Nouveau Code de procédure civile,
- le Code pénal,

- la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
- et la loi communale du 13 décembre 1988

Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

Nouvel article 312-2 du Code civil – Prohibition d'établissement de la double filiation d'un enfant incestueux

Madame la Rapportrice résume les points clefs de la discussion menée au cours de la réunion de la Commission juridique du 22 mars 2016 (P.V. J 21).

L'oratrice suggère d'introduire dans notre législation une disposition ouvrant à l'enfant incestueux le droit d'agir judiciairement en vue de l'établissement d'un double lien de filiation. L'établissement d'un tel double lien de filiation est conditionné à une autorisation judiciaire préalable et doit être dans l'intérêt de l'enfant.

Le délai d'action d'un tel recours en justice est limité à 10 ans et ne commence à courir uniquement qu'à partir du moment où l'enfant incestueux aura atteint la majorité d'âge.

Décision: Les membres de la Commission juridique sont majoritairement d'accord à lever l'interdiction absolue de l'établissement de la double filiation de l'enfant incestueux, le représentant de la sensibilité politique ADR s'abstient.

Nouvel article 312-3 du Code civil – Enumération des modes de preuve de la filiation

Le Conseil d'Etat donne à considérer que cet article peut être « *considéré comme contrepoids à la recherche de la vérité biologique, nécessaire au regard de l'intérêt de l'enfant et gage de stabilité de la cellule familiale effective* ».

L'acte de notoriété constatant la possession d'état est érigé comme un nouveau mode d'établissement de la filiation dans le mariage et hors mariage.

L'avis du Conseil d'Etat renvoie à l'avis du Parquet général qui a fortement critiqué cette approche fondée uniquement sur l'apparence et non pas sur la vérité biologique. Le Conseil d'Etat renvoie également à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (dénommée ci-après « CEDH ») qui adopte une approche plus nuancée. La CEDH se montre favorable au rattachement de la filiation à la vérité biologique, tout en accordant une certaine place à la possession d'état (*arrêts CEDH 12 janvier 2006, Mizzi c/ Malte, requête n° 26111/02; CEDH 10 oct. 2006, Paulik c/ Slovaquie, requête n° 10699/05; CEDH 18 mai 2006, Róžański c/ Pologne, requête n° 16706/11; CEDH 18 février 2014, A.L. c/ Pologne, requête n° 28609/08; CEDH 9 janvier 2015, Marinis c. Grèce, requête n° 3004/10; CEDH 6 décembre 2011, İyilik c. Turquie, requête n° 2899/05; CEDH 25 février 2014, Ostace c/ Roumanie, requête n° 12547/06*).

Le Conseil d'Etat note que la CEDH accorde une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet intérêt peut justifier une remise en cause du lien de filiation qui ne correspond pas à la vérité biologique (*CEDH 24.8.2010, I. L.V. c/ Roumanie, requête n° 4901/04*).

Le Conseil d'Etat considère que le texte du présent projet de loi risque de s'avérer trop restreint pour tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et estime que « *si le législateur veut introduire l'établissement de la filiation par la voie d'un acte de notoriété constatant la possession d'état à titre autonome pour toutes les filiations, il est nécessaire de permettre de*

combattre la présomption, que constitue la possession d'état, en rapportant la preuve de sa non-conformité à la vérité biologique ».

Echange de vues

Le représentant du Ministre de la Justice explique que la biologie médicale a fait des progrès considérables au fil des dernières décennies, de sorte que des tests ADN ont atteint une fiabilité absolue. Elle renvoie à la jurisprudence française qui a consacré un droit à l'expertise biologique, « *sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* » (*Cour de cassation française, chambre civile 1ère, 28 mars 2000, N° de pourvoi: 98-12806*).

Le représentant de la sensibilité politique ADR estime qu'il serait judicieux de prendre connaissance d'abord des législations étrangères en matière de réalisation de tests ADN par voie extrajudiciaire.

Un membre du groupe politique CSV renvoie à la contradiction qui peut exister entre le droit de connaître ses origines personnelles et la réalité socio-affective.

Madame la Rapportrice donne à considérer qu'il ne serait pas opportun d'exclure l'idée de pouvoir recourir à la vérité biologique des discussions menées dans le cadre de l'examen du présent projet de loi, tout en signalant que la réalité socio-affective joue un rôle important au sein de la cellule familiale.

L'oratrice renvoie à l'avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (dénommé ci-après « ORK ») qui constate qu'il peut être dans l'intérêt de l'enfant de connaître ses origines personnelles.

Un membre du groupe politique CSV énonce qu'il ne faudrait pas perdre de vue le fait que la vérité biologique joue un rôle primordial dans le cadre du droit des successions.

Un membre du groupe politique CSV renvoie à l'éventuelle contradiction existante entre le droit de connaître ses origines personnelles et le refus d'accès à ce droit dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (dénommée ci-après « PMA ») ou d'une gestation pour autrui (dénommée ci-après « GPA »).

Le représentant du Parquet général rappelle aux membres de la commission que la véritable nouveauté dans le cadre de l'article sous référence constituerait en l'introduction dans notre législation d'un nouveau mode d'établissement de la filiation par voie d'un acte de notoriété constatant possession d'état.

L'oratrice renvoie à l'avis du Parquet général ayant fortement critiqué ce mécanisme.

Elle donne à considérer que le mécanisme de l'acte de notoriété constatant la possession d'état a été introduit dans la législation française en 1972, donc à une époque avant la généralisation des tests ADN.

Elle estime que ce mécanisme d'établissement de la filiation n'est guère adapté à notre société d'aujourd'hui. En effet, la personne qui estime être le père de l'enfant peut toujours, par voie d'un acte de reconnaissance, reconnaître un enfant comme étant le sien.

En dehors de cas de figure, l'oratrice renvoie à la possibilité d'une adoption de l'enfant par la personne qui exerce la fonction de parent pour celui-ci.

Dans le cas de figure où la mère d'un enfant entend établir la paternité du prétendu auteur de l'enfant, elle devra nécessairement entamer une action judiciaire en vue d'établir un tel

lien de filiation. Il s'agit d'une procédure contentieuse. Le mécanisme de l'acte de notoriété constatant la possession d'état serait dénué de toute pertinence dans ce cas de figure.

Elle donne à considérer que le mécanisme de l'acte de notoriété constatant la possession d'état constitue, tout au plus, une étape préliminaire dans une procédure contentieuse, mais n'apporte aucune réelle plus-value au droit de la filiation.

Le représentant du Ministre de la Justice estime, au contraire, que la possession d'état permet d'assurer un juste équilibre entre la réalité socio-affective et la vérité biologique.

Dans certains cas isolés, l'acte de notoriété constatant la possession d'état peut s'avérer fort utile (exemple non-exhaustif du décès du père avant la naissance de l'enfant, sans qu'une reconnaissance prénatale n'ait été effectuée).

Le représentant de la sensibilité politique ADR plaide en faveur d'un maintien de la disposition sous référence tel que proposé. Il estime que, pour certains cas isolés, cette disposition pourrait être dans l'intérêt de l'enfant.

Un membre du groupe politique CSV estime que la disposition sous analyse peut avoir un impact en matière de rentes et d'allocations familiales.

Le représentant du Parquet général explique que la disposition sous rubrique risque de compliquer le droit de la filiation.

L'oratrice rappelle que le législateur a introduit d'autres mécanismes, plus objectifs que la possession d'état, qui permettent l'établissement de la filiation par la voie judiciaire.

Elle considère qu'au sein de notre société, il existe un grand nombre de familles recomposées. Le *tractatus*, élément constitutif de la possession d'état, ne doit pas être nécessairement exercé par le père biologique de l'enfant. En effet, dans le cadre des familles recomposées, une personne qui n'est pas le père de l'enfant peut, tout de même, pourvoir à l'éducation et à l'entretien d'un enfant.

Elle regarde avec un œil critique la possibilité d'établir une filiation qui se fonde uniquement sur des apparences.

Madame la Rapportrice s'interroge sur l'opportunité de limiter le mode d'établissement du lien de filiation par le mécanisme de l'acte de notoriété à certains cas isolés.

Un membre du groupe politique LSAP appuie cette idée.

Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la complexité éventuelle d'une action en contestation de la filiation et notamment sur la possibilité accordée aux juridictions de pouvoir ordonner une expertise biologique en tant que mesure d'instruction. Il souhaite prendre connaissance des conséquences d'un éventuel refus d'une personne à se soumettre à un tel test d'ADN.

Le représentant du Parquet général explique qu'en matière d'établissement de la filiation, il appartient tout d'abord au demandeur de présenter des éléments de preuve ou des indices qui permettent d'appuyer sa demande. Une demande farfelue n'a guère de chances d'aboutir. La juridiction compétente peut ordonner une expertise biologique en tant que mesure d'instruction. Si une personne refuse de se soumettre à une telle expertise, la juridiction compétente peut en tirer les conclusions et interpréter ce refus à l'encontre de cette personne.

L'oratrice renvoie les membres de la commission à la jurisprudence de la CEDH en la matière, notamment à l'arrêt *MIKULIĆ c/ CROATIE* (CEDH, arrêt du 7 février 2002, Requête no 53176/99).

Un membre du groupe politique CSV s'interroge plus précisément sur le cas de figure de l'expertise biologique en matière de contestation de la filiation.

Le représentant de la sensibilité politique ADR s'interroge sur le déroulement de la procédure judiciaire en matière de contestation de la filiation dans le cas de figure où il existe une présomption de paternité à l'égard du parent.

Un membre du groupe politique CSV donne à considérer que les tests ADN sont peu coûteux de nos jours et qu'une personne peut y recourir à titre tout à fait informel.

Le représentant du Parquet général donne à considérer que les délais pour agir variaient en fonction du fait si l'enfant était un « *enfant légitime* » ou un « *enfant naturel* ». Actuellement, aucun délai pour agir n'est imposé. Par conséquent, des filiations qui ont été établies il y a plusieurs décennies peuvent être contestées aujourd'hui.

L'oratrice explique qu'il est primordial, au regard de la sécurité juridique, de prévoir un délai pour agir qui soit commun à l'ensemble des modes d'établissement des filiations.

Madame la Rapportrice constate que la législation actuelle semble désuète par rapport aux progrès réalisés par la biologie médicale.

Le représentant du Ministre de la Justice estime qu'il est important de prévoir des délais pour agir. Elle renvoie aux délais proposés dans le cadre du présent projet de loi.

Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur l'existence d'une éventuelle contradiction entre, d'une part, la fixation d'un délai pour agir qui apporte incontestablement une sécurité juridique au droit de la filiation et, d'autre part, l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines personnelles.

Selon l'orateur, il ne faudrait pas exclure le cas de figure que parfois des personnes âgées découvrent soudainement que la filiation inscrite au sein de leur état civil ne correspond pas à la réalité biologique.

Dès lors, le fait de légiférer sur les délais pour agir risquerait de créer une législation qui s'avère non-conforme aux conventions internationales ratifiées par le Luxembourg.

Il renvoie à la jurisprudence de la CEDH qui semble faire primer la réalité biologique.

Le représentant de la sensibilité politique ADR regarde d'un œil critique la volonté d'instaurer des délais pour agir. Il estime que l'enfant risque d'être préjudicié par le fait de ne pas connaître ses origines personnelles. D'un point de vue psychologique, cette situation serait très difficile à supporter.

Le représentant du Parquet général renvoie aux évolutions récentes de la jurisprudence de la CEDH en matière de contestation de la filiation par un tiers. Elle explique à ce sujet que la CEDH considère qu'il n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme d'instaurer des délais de forclusion. De tels délais peuvent être dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, par voie de l'instauration d'un délai de forclusion, la réalité socio-affective primerait sur la réalité biologique et ceci au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'oratrice estime qu'il serait judicieux d'instaurer non seulement un délai pour agir ouvert durant la minorité de l'enfant, mais également au profit de l'enfant majeur.

Madame la Rapportrice s'interroge sur l'opportunité de créer une législation qui permet d'ignorer juridiquement, après l'écoulement d'un délai de forclusion, une preuve scientifique qui renverserait la filiation socio-affective de l'enfant.

Le représentant de la sensibilité politique ADR renvoie à la complexité de la matière.

L'orateur estime que le droit de la filiation présente toute une série de questions qui sont intimement liées à des aspects du droit de la santé et soulèvent des questions de nature bioéthique.

Il estime que les GPA réalisées à l'étranger soulèvent toute une série de questions. Ainsi, il serait envisageable que les parents d'intention résident au Luxembourg avec l'enfant issu d'une GPA. Il serait important de trouver une réponse à cette problématique dans le cadre du présent projet de loi.

Madame la Rapportrice estime qu'il faudrait faire une distinction entre, d'une part, la situation où l'enfant souhaite entamer une recherche en paternité et, d'autre part, la situation où un tiers entend contester la filiation d'un enfant. Dans ces deux cas de figure, il faudrait garder à l'esprit l'intérêt de l'enfant.

Il se pose également la question du sort d'une action en contestation de la filiation qui émane du prétendu parent de l'enfant né durant le mariage.

L'oratrice s'interroge sur les délais à prévoir pour l'ensemble des cas de figures. Elle propose de réserver l'ouverture d'une action en recherche de paternité à l'enfant majeur.

Le représentant du Parquet général explique que l'action en recherche de paternité ouverte aux mineurs sera exercée nécessairement par le représentant légal de l'enfant.

Un membre du groupe politique CSV exprime sa crainte que l'action en contestation de paternité ouverte durant la minorité de l'enfant risque d'être contournée de sa finalité initiale et utilisée dans un but contraire à l'intérêt de l'enfant.

Le représentant du Parquet général explique qu'une égalité absolue en matière de filiation engloberait la suppression du concept de la présomption de paternité. Elle renvoie aux considérations historiques du législateur de l'époque ayant introduit cette présomption de paternité dans le Code civil afin d'assurer une stabilité de la cellule familiale.

L'oratrice critique le fait que la présomption de paternité est à la disposition exclusive de la mère mariée de l'enfant.

Un membre du groupe politique DP estime qu'un tel mécanisme risque d'être utilisé exclusivement en vue d'une action à fin d'aliments.

Les membres de la Commission juridique décident de continuer la discussion sur ce point lors d'une prochaine réunion.

5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

4. Divers

Les membres de la Commission juridique conviennent de prévoir une réunion le vendredi, 29 avril 2016.

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*),
Christophe Li

La Présidente,
Viviane Loschetter



Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 22 mars 2016

Ordre du jour :

1. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
 - le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988
 - Rapporteur: Madame Viviane Loschetter
 - Examen de l'avis du Conseil d'Etat
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
(- Rapporteur: Madame Christine Doerner)
Le projet de loi ne figurera plus à l'ordre du jour dès qu'il aura fait l'objet d'un arrêté grand-ducal de retrait du rôle des affaires de la Chambre des Députés.
- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale
- 6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation
2. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Gilles Baum remplaçant M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, Mme Martine Mergen remplaçant M. Léon Gloden, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, M. Fernand Kartheiser remplaçant M. Roy Reding, M. Gilles Roth

Mme Jeannine Dennewald, Mme Tania Ney, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Eugène Berger, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

- 1. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant**
- le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988

Explications introductives

Le représentant du Ministère de la Justice rappelle que le Conseil d'Etat, dans son avis relatif au projet de loi 6568, exige que « *toute équivoque relative à la question des droits des couples homosexuels en matière de filiation soit éliminée de la future loi, faute de quoi la dispense du second vote constitutionnel devra être refusée pour insécurité juridique* ».

L'oratrice donne à considérer que cette disposition du Conseil d'Etat est susceptible de plusieurs interprétations :

- Dans le cadre d'une interprétation restrictive, cette disposition pourrait être entendue comme une incitation au législateur à étendre l'ensemble des droits et devoirs accordés aux couples mariés hétérosexuels également aux couples mariés homosexuels. Par conséquent, les limites imposées par la loi aux couples hétérosexuels, en matière du droit de la filiation, s'appliqueraient également aux couples mariés de mêmes sexes.
- Dans le cadre d'une interprétation moins restrictive, le point ci-dessus pourrait être combiné avec une extension de diverses dispositions en matière de droit de la filiation, aux couples pacsés, qu'ils soient de mêmes sexes ou de sexes opposés.
- Dans le cadre d'une interprétation extensive, cette disposition du Conseil d'Etat pourrait être interprétée comme une incitation d'insérer dans notre législation, à côté de la filiation bisexuée également le concept d'une double filiation monosexuée pour l'ensemble des couples homosexuels. L'oratrice donne à considérer qu'aucun Etat membre de l'Union européenne ne s'est doté, pour l'instant, d'une législation qui mettrait entièrement sur un pied d'égalité les couples hétérosexuels et homosexuels en matière du droit de la filiation.
- Dans le cadre d'une interprétation avant-gardiste, le législateur pourrait introduire le concept de la plurifiliation. L'oratrice explique que le concept de la plurifiliation pourrait trouver application dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (dénommée « PMA ») ou d'une gestation pour autrui (dénommée « GPA »).

L'oratrice rappelle que le droit applicable en matière de la filiation est celui de la nationalité du parent, voire des parents de l'enfant. Elle donne à considérer que

notre législation nationale risque à ne pas prendre en compte la situation qu'un nombre considérable de résidents non-luxembourgeois résident sur le territoire du Grand-Duché et que pour ces personnes, un droit de la filiation étranger s'applique (exemple non-exhaustif de l'exercice de la coparentalité par un couple homosexuel étranger, résidant au Luxembourg et dont la double filiation monosexuée de l'enfant est établie à l'étranger).

Généralement, le droit de la filiation tourne autour des cinq axes suivants :

1. La présomption de paternité ;
2. La reconnaissance de la filiation ;
3. La PMA et la GPA ;
4. L'accouchement anonyme ;
5. L'accès aux origines personnelles.

Examen de l'avis du Conseil d'Etat

Article 1^{er} – Modification du Code civil

Point 1) Livre Ier „Des personnes“, le Titre VII „De la filiation“, comprenant les Chapitres Ier „De la filiation légitime“, II „De la filiation naturelle“ et III „Dispositions communes“ est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes :

La structure du texte du point 1) n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Article 312 – Abandon de la distinction faite entre la filiation légitime et la filiation naturelle

Le Conseil d'Etat fait observer que : « *La loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage contient une disposition générale qui prévoit le remplacement des termes „père et mère“ par ceux de „parents“ pour toutes les dispositions législatives en vigueur le jour de l'entrée en vigueur de ladite loi. Aux yeux du Conseil d'Etat, la nouvelle terminologie doit s'appliquer à la nouvelle loi, de sorte que les termes „père et mère“ sont à remplacer par „parents“* ».

Le représentant du Ministre de la Justice rappelle que l'abandon de la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle constitue une des innovations majeures du projet de loi 6568.

Elle propose de suivre l'avis du Conseil d'Etat et l'avis de la Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché du Luxembourg (CCDH) qui plaident en faveur d'un remplacement des termes « *père et mère* » par les termes « *parents* » suivis de la disposition « *qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe* ».

La proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat rencontre l'accord majoritaire des membres de la commission, le représentant de la sensibilité politique ADR s'y oppose.

Article 312-1 – Etablissement des modes de la filiation

La formulation du texte n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Article 312-2 – Prohibition d'établissement de la double filiation d'un enfant incestueux

Le Conseil d'Etat donne à considérer que « *La question se pose si une telle interdiction de l'établissement de la filiation bilinéaire de l'enfant incestueux est proportionnée par rapport au but poursuivi ou si elle revêt les caractères de la discrimination* ».

Il renvoie les membres de la commission à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge (Arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012, Numéro du rôle 5216), ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (arrêts CEDH 26 juin 2014, Labassee c. France et Menesson c. France, requêtes n° 65192/11 et n° 65941/11). En outre, il renvoie à la législation espagnole (article 125 du Code civil espagnol).

Le Conseil d'Etat estime que « *si la future loi maintient l'interdiction de l'établissement de la double filiation incestueuse, elle devrait prévoir une exception pour le cas où il peut être établi que l'établissement de la filiation envers le deuxième parent est conforme aux intérêts de l'enfant incestueux* ».

Le représentant du Ministre de la Justice explique que cet article prohibe l'établissement des deux liens de filiation par le sang en cas d'inceste absolu. Si la filiation maternelle est établie, la filiation paternelle ne peut plus l'être, et réciproquement.

L'orateur renvoie à l'article 125 du Code civil espagnol, cité par le Conseil d'Etat dans son avis relatif au projet de loi 6568, qui dispose que : « *lorsque les parents du mineur ou de l'incapable sont des frères, soeurs ou parents consanguins en ligne directe et que la filiation par rapport à l'un des parents est légalement établie, elle ne pourra être établie légalement par rapport à l'autre parent, qu'à la double condition qu'une autorisation judiciaire préalable soit donnée, après audition du Ministère public et qu'une telle mesure convienne au mineur ou à l'incapable* ».

L'oratrice propose à prendre en compte cet article, dans le cadre de la réforme du droit de la filiation.

Elle explique que la législation espagnole est particulièrement intéressante sur ce point, car elle ne remet pas en cause le principe de l'interdiction de l'établissement des deux liens de filiation en cas d'inceste absolu, tout en créant un cadre restreint, dans lequel l'établissement des deux liens de filiation pour un enfant incestueux serait possible.

Elle précise que la législation espagnole prévoit que l'établissement des deux liens de filiation ne doit non seulement être dans l'intérêt de l'enfant incestueux, mais doit également faire l'objet d'une décision de justice.

L'oratrice donne à considérer que dans l'état actuel du présent projet de loi, l'enfant incestueux serait privé des effets de la filiation. L'action à fin d'aliments prévus par l'article 342-6, dont le projet de loi propose l'insertion dans le Code civil, lui serait cependant ouverte.

Si le législateur optait pour un tel établissement de la double filiation de l'enfant incestueux, il s'agit avant tout d'un choix politique.

Madame la Rapportrice précise que l'inceste est contraire à l'ordre public et aux

bonnes mœurs. Cependant, elle donne à considérer que le refus d'établissement de la double filiation risque de causer, *in fine*, non seulement des séquelles psychologiques à l'enfant incestueux, mais risque également de constituer la source d'une discrimination de nature juridique.

Elle s'exprime, *a priori*, en faveur d'une levée de cette interdiction absolue de l'établissement de la double filiation de l'enfant incestueux, en suivant le modèle espagnole.

L'oratrice estime qu'il faudrait cependant fixer préalablement un cadre légal strict en la matière.

Echange de vues

Un représentant du groupe politique CSV regarde avec un œil critique l'interdiction absolue de l'établissement de la double filiation de l'enfant incestueux. Il donne à considérer que la législation, dans son état actuel, prive l'enfant incestueux de présenter sa cause devant les juridictions pour établir un double lien de filiation à l'égard de ses parents. Il estime également que dans certains cas de figure, un tel établissement de la double filiation pourrait être dans l'intérêt de l'enfant.

Il estime qu'il serait dès lors injuste que l'enfant incestueux risque d'être stigmatisé, voire discriminé, en raison des relations incestueuses de ses parents.

Il plaide en faveur de la levée de cette interdiction absolue, en précisant que la voie judiciaire en matière d'établissement de la double filiation ne devrait être ouverte uniquement à l'enfant incestueux.

Le représentant de la sensibilité politique ADR est également d'avis que l'enfant incestueux ne devrait pas être sanctionné pour les relations incestueuses de ses parents.

L'orateur donne cependant à considérer que la discussion actuelle risquerait de banaliser l'inceste au sein de notre société. Il rappelle que l'inceste constitue un tabou justifié au sein de notre société pour des raisons biologiques et médicales. L'interdiction de l'inceste ne devrait en aucun cas être remise en cause par le législateur.

Le représentant du Ministre de la Justice rappelle que l'interdiction de l'inceste reste maintenue. La législation espagnole permettrait seulement de contrecarrer la stigmatisation de l'enfant incestueux, fruit des relations incestueuses de ses parents.

Un représentant du groupe politique LSAP énonce que cette interdiction de l'établissement de la double filiation risque de préjudicier l'enfant incestueux. Il estime que la législation actuellement en vigueur présente un caractère fortement hypocrite.

L'orateur s'interroge sur l'opportunité de l'ouverture de l'action judiciaire en matière d'établissement de la double filiation, non seulement au bénéfice de l'enfant incestueux durant sa minorité, mais également pour l'enfant incestueux ayant atteint l'âge de la majorité.

Il s'interroge également sur la fixation des critères à retenir par le juge dans le cadre d'une analyse judiciaire préalable en matière d'autorisation de

l'établissement de la double filiation.

Le représentant du Ministre de la Justice explique que si une telle action judiciaire serait uniquement réservée à l'enfant mineur, seul le représentant légal de l'enfant incestueux pourrait agir en justice durant la minorité de l'enfant.

D'un autre côté, l'oratrice donne à considérer que si l'action judiciaire n'est accessible uniquement à partir du moment où l'enfant incestueux a atteint la majorité, il y aurait un risque que l'auteur de l'enfant soit décédé entretemps. Dans ce cas de figure, l'enfant risque de se voir priver d'une partie de la succession de son auteur.

Elle explique que la question de la durée du délai pour agir est une question d'ordre politique. Il serait envisageable de prévoir une disposition prévoyant un délai pour agir de 10 ans, tout en précisant que ce délai serait suspendu pendant la minorité de l'enfant.

Un membre du groupe politique DP renvoie au risque que présente une telle action judiciaire pour les intérêts de l'enfant incestueux mineur. Elle donne à considérer que les intérêts de l'enfant mineur ne coïncident pas nécessairement avec les intérêts du tuteur ou du représentant légal de l'enfant. Elle énonce que le tuteur ou le représentant légal de cet enfant incestueux pourrait avoir un intérêt purement pécuniaire dans l'établissement d'un double lien de filiation.

L'oratrice plaide en faveur de l'ouverture d'une telle action judiciaire au seul bénéfice de l'enfant incestueux majeur, capable de faire ce choix en connaissance de cause.

Elle énonce que le délai pour agir devrait être assez long pour permettre à l'enfant majeur d'agir en justice pour établir un double lien de filiation. Un délai trop bref risquerait à préjudicier les intérêts de l'enfant incestueux.

Le représentant de la sensibilité politique ADR donne à considérer l'établissement d'un double lien de filiation par la voie judiciaire aurait nécessairement des conséquences d'ordre successoral.

Un représentant du groupe politique LSAP s'interroge sur la mention inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant incestueux en cas de relations incestueuses entre une mère et son fils.

Le représentant du Ministre de la Justice évoque plusieurs hypothèses :

- Si la mère de l'enfant incestueux est mariée, au moment de la naissance de l'enfant, le conjoint de la mère sera considéré comme étant le père de l'enfant (cette hypothèse ne peut s'appliquer qu'au cas où il n'existe aucun empêchement au mariage, tel que prévu par les articles 160 et 161 du Code civil). Cette hypothèse est écartée au cas où la mère de l'enfant souhaite à ce que son conjoint ne figure pas dans l'acte de naissance en tant que père de l'enfant ;
- En cas d'accouchement sous « X », la mère de l'enfant peut décider de consentir à l'adoption de l'enfant ;
- En cas d'accouchement sous « X », le père de l'enfant peut demander à ce que seule la filiation paternelle à l'égard de l'enfant soit établie. L'enfant serait alors privé de sa filiation maternelle.

Le représentant du Ministre de la Justice propose de prévoir la faculté que le double lien de filiation ne puisse être établi que par la seule voie judiciaire. Une telle solution s'inscrirait dans l'optique du projet de loi à ce que les actions aux fins d'établissement de la filiation, ainsi que les actions en contestation de la filiation, ressortent de la compétence des tribunaux.

Décision : Les membres de la Commission juridique sont majoritairement d'accord à lever l'interdiction absolue de l'établissement de la double filiation de l'enfant incestueux. La disposition de l'article 125 du Code civil espagnol pourrait servir de repère au législateur luxembourgeois, dans le cadre de la réforme de l'article 312-2 du Code civil.

Les discussions sur la question de l'ouverture d'une action judiciaire, en vue de l'établissement de la double filiation de l'enfant incestueux seulement durant la minorité de l'enfant, ou seulement à partir de la majorité de l'enfant, voire la possibilité d'une telle action judiciaire ouverte à la fois durant la minorité de l'enfant et durant la majorité de l'enfant, seront continuées lors de la réunion du 13 avril 2016.

La question relative au délai pour agir sera plus amplement discutée lors d'une réunion future.

Points connexes

- Exclusion de l'établissement d'un lien de filiation
- ❖ Un représentant de la sensibilité politique ADR énonce qu'il regarde d'un œil critique le droit d'adoption accordé aux couples homosexuels. Il plaide en faveur d'une interdiction aux couples homosexuels de pouvoir établir une filiation à l'égard d'un enfant. Le projet de loi, dans sa forme actuelle, serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.
- Accès aux origines personnelles
- ❖ Un représentant du groupe politique CSV pose une question quant à l'existence d'une éventuelle contradiction entre le présent projet de loi et le droit de l'enfant à connaître ses origines personnelles.

Il souhaite savoir s'il existe un droit de connaître ses origines personnelles et si un tel droit aurait pour conséquence l'ouverture d'une voie de recours pour les enfants issus d'une PMA, voire d'une GPA, contre un tiers donneur ou une mère de substitution.

Le représentant du Ministre de la Justice explique qu'aucun de nos Etats voisins ne consacrent à l'heure actuelle un tel droit aux origines.

Une personne peut contester par la voie judiciaire la paternité ou la maternité du parent inscrit dans son acte de naissance. La juridiction saisie peut ordonner une analyse ADN en tant que mesure d'instruction. Or, force est de constater que le prétendu parent de l'enfant ne peut pas être forcé à se soumettre à une telle analyse ADN.

En ce qui concerne l'accouchement sous « X », l'oratrice énonce que la mère de l'enfant n'est pas censée à soumettre des informations de nature personnelles aux autorités luxembourgeoises. Ces dernières ne collectent pas les données personnelles relatives à la mère de l'enfant.

Par conséquent, aucun droit à l'accès aux origines personnelles n'est consacré.

❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge si le refus de consacrer un tel droit d'accès aux origines personnelles ne soit pas contraire à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant, selon lequel l'enfant a « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et élevé par eux* ».

❖ Un membre du groupe politique CSV donne à considérer qu'aucun Etat ne peut garantir un droit d'accès aux origines personnelles.

❖ Un membre du groupe politique CSV énonce qu'il ne faudrait pas perdre de vue d'établir le principe de l'égalité des filiations. Selon l'orateur, une telle égalité serait la conséquence logique de la mise sur un pied d'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels.

L'orateur explique que le non-respect de ce principe conduirait à une violation du principe d'égalité de tous les enfants.

- Approche comparative en matière du droit de la filiation

❖ Un représentant du groupe politique LSAP s'interroge s'il ne serait pas utile à considérer la législation belge en matière du droit de la filiation comme source d'inspiration. Il rappelle que le législateur luxembourgeois s'est inspiré de la législation belge dans le cadre de la réforme de l'institution du mariage (projet de loi 6172A devenu la loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage). Une telle approche permettrait d'apporter une certaine cohérence au droit de la famille luxembourgeois.

Le représentant du Ministère de la Justice explique que le projet de loi sous examen s'est inspiré de la législation française (loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation). Elle donne à considérer que ledit projet de loi ne tient pas nécessairement compte des évolutions récentes de la biologie médicale, ni de l'évolution des mœurs intervenue depuis le dépôt du projet de loi.

L'oratrice précise qu'une approche comparative, prenant en compte le droit de la filiation belge, pourrait être abordée lors d'une réunion future.

❖ Un représentant du groupe politique CSV donne à considérer que la Belgique ne s'est pas dotée d'une réglementation en matière de la PMA et de la GPA.

- Interprétation de la disposition du Conseil d'Etat

❖ Un représentant du groupe politique LSAP s'interroge sur l'opportunité de convenir d'une réunion avec le Conseil d'Etat, afin qu'il éclaire les membres de la

commission sur l'interprétation à donner à la disposition de « *toute équivoque relative à la question des droits des couples homosexuels en matière de filiation* ».

Le représentant du Ministère de la Justice explique que la disposition du Conseil d'Etat ne présente aucune ambiguïté en soi, tout en soulevant que la portée de ladite disposition est susceptible de plusieurs interprétations.

L'oratrice énonce que le Conseil d'Etat ne donne aucune réponse concrète quant à l'étendue de la réforme envisagée en matière du droit de la filiation. Elle rappelle que la question de l'étendue de la réforme est avant tout une question politique qui devra être tranchée par la Chambre des Députés.

- Licéité de l'établissement d'une double filiation d'un enfant, dont le parent est un mineur

- ❖ Un membre du groupe politique CSV s'interroge sur la licéité de l'établissement d'une double filiation d'un enfant mineur issu d'une relation sexuelle entre une personne n'ayant pas atteint la majorité sexuelle et un majeur. Il donne à considérer qu'il s'agit d'une relation sexuelle illicite en soi. Or, la question de la filiation de cet enfant se pose évidemment. Il s'agit, selon l'orateur, d'une problématique actuelle dans certains de nos pays voisins.

5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

Ce point sera discuté lors d'une prochaine réunion.

5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale

Ce point sera discuté lors d'une prochaine réunion.

6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation

Madame la Présidente estime qu'il serait judicieux d'analyser éventuellement cette proposition de loi, ayant trait à des volets du droit de la santé, ensemble avec les membres de la Commission de la Santé, de l'Egalité des chances et du Sport. Une réunion jointe entre la Commission juridique et la Commission de la Santé, de l'Egalité des chances et du Sport sera convoquée à une date future restant à être déterminée.

2. Divers

Les membres de la Commission juridiques conviennent de convoquer une réunion en date du 12 avril 2016 en présence de M. le Ministre de la Justice. Cette réunion aura pour objet la présentation du projet de loi 6977 relatif à la réforme du droit de la nationalité luxembourgeoise.

A la suite de la présente réunion, M. le Ministre de la Justice a proposé de reporter la présentation du projet de loi 6977 et de faire figurer à l'ordre du jour de la réunion du 12 avril 2016 la présentation du rapport de M. Robert Biever, ancien procureur général d'Etat, intitulé « *Pistes de réflexions en vue d'une justice plus efficace* ».

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*),
Christophe Li

La Présidente,
Viviane Loschetter



Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 15 mars 2016

Ordre du jour :

1. 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
 - le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988
 - Rapporteur : Madame Viviane Loschetter

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner

- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale

- 6797 Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation
 - Echange de vues
 - Organisation des travaux

2. Divers

*

Présents : M. Mars Di Bartolomeo remplaçant M. Marc Angel, Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, Mme Diane Adehm remplaçant M. Léon Gloden, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, M. André Bauler remplaçant Mme Lydie Polfer, M. Fernand Kartheiser remplaçant M. Roy Reding, M. Gilles Roth

M. Félix Braz, Ministre de la Justice

Mme Jeannine Dennewald, Mme Joëlle Schaack, du Ministère de la Justice

M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. **6568** **Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant**
 - le Code civil,
 - le Nouveau Code de procédure civile,
 - le Code pénal,
 - la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
 - et la loi communale du 13 décembre 1988

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 5553** **Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale**

- 6797** **Proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation**

Organisation des travaux

Les membres de la commission conviennent de convoquer une réunion de la Commission juridique pour le 22 mars 2016 à 09h00.

Echange de vues

Demande d'entrevue de l'association « Schutz fir d'Kand » - Défense de l'enfant

Un membre de la sensibilité politique ADR souhaite connaître la position de la commission quant à une éventuelle entrevue de celle-ci avec l'association « Schutz fir d'Kand ». Il estime qu'il serait propice d'entendre les représentants de cette association en leurs explications, comme la Commission juridique, ensemble avec les membres de la Commission de la Santé, de l'Egalité des chances et des Sports, avaient entendu les responsables du service PMA du Centre Hospitalier de Luxembourg en leurs explications.

Madame la Présidente précise que la Commission juridique n'entend, en général, pas inviter des groupements et associations au sein de la commission.

L'oratrice rappelle que la réunion jointe de la Commission juridique et de la Commission de la Santé, de l'Egalité des chances et des Sports du 28 octobre 2015 (cf. P.V. J.02 et SECS 02) a porté exclusivement sur «la mise à niveau de notions médicales».

L'oratrice rappelle que les groupes et sensibilités politiques sont libres d'inviter, en dehors des commissions parlementaires, toute association ou tout groupement souhaitant être reçu et entendu par eux.

Question quant à la collaboration entre la Commission juridique et la Commission de la Santé, de l'Egalité des chances et des Sports

Un membre du groupe politique CSV pose une question quant à une éventuelle collaboration plus étroite entre la Commission juridique et la Commission de la Santé, de l'Egalité des chances et des Sports dans le cadre des dossiers ayant trait à des volets du droit de la santé.

Madame la Présidente énonce que les membres de la Commission de la Santé, de l'Égalité des chances et des Sports sont informés de l'avancement des travaux et, le cas échéant, des réunions jointes peuvent être convoquées.

L'oratrice rappelle à ce sujet que la proposition de loi 6797, après avoir été envoyée en premier lieu à la Commission de la Santé, a été renvoyée par la Conférence des Présidents à la Commission juridique.

Echange de vues sur la fixation des travaux prioritaires de la Commission juridique

Madame la Présidente propose aux membres de la commission d'analyser de prime abord l'avis du Conseil d'État du 10 décembre 2015 relatif au projet de loi 6568 portant réforme du droit de la filiation.

L'oratrice renvoi à la complexité de la matière, notamment en ce qui concerne la procréation médicalement assistée (ci-après « PMA ») et la gestation pour autrui (ci-après « GPA »).

Elle estime cependant que sur certains points en matière du droit de la filiation, dont notamment l'accouchement sous « X » ou l'abrogation de la différenciation entre un « enfant légitime » et un « enfant naturel », un consensus politique pourrait être trouvé entre les différents groupes et sensibilités politiques.

L'oratrice rappelle que Monsieur le Ministre de la Justice est actuellement en train de finaliser son projet de loi relative à la réforme du droit de la famille. Ce projet englobe trois réformes, à savoir la réforme du droit du divorce, la réforme de l'autorité parentale (qui consiste notamment à introduire le principe de l'exercice conjoint des attributs de l'autorité de contrôle et qui perdure dans le chef des parents au delà de la rupture de leur couple) et la réforme de l'organisation juridictionnelle. Elle vise à introduire dans l'ordre juridique luxembourgeois un juge aux affaires familiales. Une fois que ce projet sera déposé à la Chambre des Députés, la Commission juridique pourra entamer les discussions relatives à la réforme de l'autorité parentale.

Monsieur le Ministre de la Justice confirme aux membres de la commission que son projet de loi sera déposé à la Chambre des Députés dans les prochaines semaines. Il estime également qu'il serait judicieux à ce que la Commission juridique entame d'abord les discussions sur la réforme du droit de la filiation et ensuite celles sur la réforme de l'autorité parentale.

L'orateur précise que le Conseil d'État, n'a soulevé que très peu de critiques de nature juridique relatives au projet de loi 6568. Il reconnaît que ce projet de loi donne lieu à toute une série de questions politiques.

Un membre du groupe politique CSV est d'avis qu'il faudrait entamer prioritairement les travaux sur la réforme de l'autorité parentale. Il renvoie à ce sujet au projet de loi 5867 (relatif à la responsabilité parentale) et à la proposition de loi 5553 (portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale).

L'orateur explique qu'il serait facile de trouver un accord politique sur cette réforme, alors que la réforme du droit de la filiation soulève toute une série de questions qui nécessiteront des débats approfondis.

Il estime que l'autorité parentale pourrait être réformée de façon rapide et efficace, pour autant que la Commission juridique analyse en premier lieu le projet de loi 5867 et la proposition de loi 5553 avant d'entamer les discussions sur la réforme du droit de la filiation.

Un membre de la sensibilité politique ADR appuie cette demande et souhaite également entamer prioritairement l'examen parlementaire de la réforme de l'autorité parentale.

Madame la Présidente rappelle que les réunions du 10 juin 2015 et du 28 octobre 2015 ont déjà porté sur la matière du droit de la filiation. Elle estime avantageux de continuer d'abord les travaux sur le projet de loi 6568 avant d'entamer les travaux quant à la réforme de l'autorité parentale. Elle constate que le projet de loi 5867 et la proposition de loi 5553 datent du 31 mars 2008, respectivement du 14 mars 2006, partant ils risquent de s'avérer dépassés sur certains points.

Un membre du groupe politique CSV insiste à traiter prioritairement les questions liées à la réforme de l'autorité parentale conjointe.

Monsieur le Ministre de la Justice renvoie à l'avis du Conseil d'Etat du 17 mai 2011, qui met en exergue la nécessité d'une réforme de l'organisation juridictionnelle, qui devrait aller de pair avec la réforme de l'autorité parentale.

L'orateur explique que le projet de loi en cours, et dont le dépôt interviendra très prochainement, a pris en compte, entre autres, les idées contenues dans le projet de loi 5867. Une fois que ce dépôt sera effectué, le projet de loi 5867 sera retiré du rôle des affaires de la Chambre des Députés.

Un membre du groupe politique LSAP se rallie à la position de Madame la Présidente, en constatant que dans ces circonstances, il serait contreproductif d'entamer les travaux relatifs à la réforme de l'autorité parentale sur base d'un projet de loi qui sera retiré du rôle des affaires prochainement.

Un membre du groupe politique CSV critique la volonté du Ministre de la Justice de vouloir retirer le projet de loi 5867 du rôle des affaires de la Chambre des Députés. Il énonce que ledit projet de loi n'a suscité que peu de critiques de la part du Conseil d'Etat. Il propose, le cas échéant, d'amender ledit projet. L'orateur soulève que cette façon de procéder garantirait un travail rapide et efficace de la part de la Commission juridique.

Madame la Présidente rappelle l'importance d'une mise en place d'un juge aux affaires familiales. La réforme de l'organisation juridictionnelle est intimement liée à la réforme de l'autorité parentale.

Un membre du groupe politique CSV énonce qu'il ne peut pas suivre la position de Monsieur le Ministre de la Justice en ce qu'il établit un lien fonctionnel nécessaire entre l'autorité parentale et la réforme de l'organisation juridictionnelle. Il critique que l'approche actuelle du Gouvernement risque de retarder la réforme de l'autorité parentale de façon considérable.

Monsieur le Ministre de la Justice rappelle que son paquet législatif est sur le point d'être finalisé et déposé à la Chambre des Députés. Il souligne que la réforme de l'autorité parentale pourrait être abordée au sein de la Commission juridique en toute sérénité, une fois que le projet de loi sera déposé.

Un membre de la sensibilité politique ADR maintient son point de vue et plaide en faveur d'une approche qui traite prioritairement des questions liées à la réforme de l'autorité parentale.

Un membre du groupe politique CSV appuie la position de l'orateur de la sensibilité politique ADR, tout en soulignant que les pouvoirs étatiques ont l'obligation de mettre fin à une situation se caractérisant par un vide juridique et qui perdure depuis 1999.

Il demande au Ministre de la Justice dans quel délai il entend réformer l'autorité parentale et souhaite connaître sa position quant à la possibilité de scinder le volet relatif à l'autorité parentale du reste du paquet législatif en cours d'élaboration.

Un membre du groupe politique LSAP rappelle que, lors des réunions précédentes, la Commission juridique avait déjà décidé d'attendre le dépôt du paquet législatif par Monsieur le Ministre de la Justice avant d'entamer les travaux législatifs relatifs à l'autorité parentale, et ce en vue de permettre aux membres de la commission de disposer d'une vue globale sur les trois volets différents de la réforme.

Il s'exprime favorablement à l'idée de scinder le volet relatif à l'autorité parentale du reste du paquet législatif, dans la mesure du possible. Il estime qu'il est judicieux d'attendre le dépôt dudit projet de loi.

Un membre du groupe politique CSV constate qu'il y a un consensus politique parmi l'ensemble des groupes politiques et des sensibilités politiques à adopter une réforme de l'autorité parentale. L'orateur propose pourtant à Monsieur le Ministre de la Justice de diviser le paquet législatif en deux projets de loi distincts, dont le premier projet de loi porterait sur la mise en place d'un juge aux affaires familiales ensemble avec la réforme de l'autorité parentale et le deuxième projet de loi pourrait être dédié à la réforme du divorce.

Monsieur le Ministre de la Justice réitère son engagement, tout en soulignant l'attitude plutôt passive des Ministres de la Justice successifs depuis 1999, date de l'arrêt n°7/99 (du 26 mars 1999) de la Cour constitutionnelle de traiter prioritairement le paquet législatif relatif à la réforme de l'autorité parentale, de la création du juge aux affaires familiales et la réforme du divorce. Il donne à considérer qu'une scission du paquet législatif n'obligerait nullement le Conseil d'Etat à émettre deux avis distincts.

Un membre du groupe politique CSV critique qu'il serait impossible, d'un point de vue juridique, de scinder le paquet législatif en plusieurs projets de loi, si la pierre angulaire dudit paquet législatif constitue la réforme de l'organisation juridictionnelle luxembourgeoise avec la mise en place d'un juge aux affaires familiales. Il réitère sa critique que l'approche préconisée par Monsieur le Ministre de la Justice risque de retarder considérablement les travaux parlementaires relatifs à l'autorité parentale.

Madame la Présidente propose d'entamer les travaux relatifs à la réforme du droit de la filiation et suggère à la commission à ce que Monsieur le Ministre de la Justice présentera son paquet législatif aux membres de la Commission juridique, une fois que le dépôt dudit projet de loi sera effectué.

Un membre du groupe politique CSV estime que la majorité parlementaire devrait soumettre à la Commission juridique une proposition législative sérieuse dans les prochains mois quant à l'approbation parlementaire d'un projet de loi relative à l'autorité parentale avant la fin de l'année 2016.

A défaut d'une telle proposition, l'orateur sollicitera à ce qu'un rapporteur soit nommé et que le vote sur le projet de rapport de la proposition de loi 5553 soit mis à l'ordre du jour de la commission.

Les membres de la Commission juridique se mettent d'accord à examiner, lors de leur prochaine réunion le 22 mars 2016, l'avis du Conseil d'Etat du 10 décembre 2015 relatif au projet de loi 6568.

2. Divers

Aucun point divers n'a été abordé.

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*)
Christophe Li

La Présidente,
Viviane Loschetter



Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 08 octobre 2014

Ordre du jour :

1. 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant
- le Code civil,
- le Nouveau Code de procédure civile,
- le Code pénal,
- la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
- et la loi communale du 13 décembre 1988

- 5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale

- Echange de vues (*demande du groupe politique CSV du 18 juin 2014*)

2. Réunion interparlementaire sur le Parquet européen (*Assemblée nationale, Paris, 17 septembre 2014*)
- Déclaration commune

(COM(2013) 534 final Proposition de RÈGLEMENT DU CONSEIL portant création du Parquet européen)

Réunion interparlementaire sur les données personnelles (*Assemblée nationale, Paris, 17 septembre 2014*)
- Déclaration commune

(COM(2012) 10 final Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données)

COM(2012) 11 final Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données)

- Explications (documents transmis par courrier électronique en date du 22 septembre 2014)

3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Guy Arendt, M. Eugène Berger remplaçant Mme Simone Beissel, M. Alex Bodry, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Josée Lorsché, Mme Viviane Loschetter, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert, M. Laurent Mosar, Mme Lydie Polfer, M. Roy Reding, M. Gilles Roth

Mme Françoise Hetto-Gaasch, député (*observateur*)

M. Félix Braz, Ministre de la Justice

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Tania Ney, Mme Danièle Nosbusch, M. Luc Reding, Mme Joëlle Schaack, M. Laurent Thyès, du Ministère de la Justice

Mme Michèle Bram, Ministère d'Etat, Service des Médias et des Communications

M. Laurent Besch, de l'Administration parlementaire

Excusée : Mme Simone Beissel

*

Présidence : Mme Viviane Loschetter, Présidente de la Commission

*

1. 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

6568 Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant

- le Code civil,
- le Nouveau Code de procédure civile,
- le Code pénal,
- la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
- et la loi communale du 13 décembre 1988

5553 Proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale

Explications de M. le Ministre de la Justice

M. le Ministre de la Justice estime que les volets relatifs à l'autorité parentale, la filiation, la procréation médicalement assistée (PMA) et la gestation pour autrui (GPA) sont, d'un point de vue fonctionnel, étroitement liés.

Il précise que le projet de loi 6568 portant réforme du droit de la filiation n'a pas encore été avisé par le Conseil d'Etat, tandis que le projet de loi 5867 relatif à la responsabilité

parentale, déposé en date du 11 avril 2008 a été avisé par le Conseil d'Etat en date du 17 mai 2011.

L'orateur souligne qu'il s'engage à ce que la réforme de l'autorité parentale et la création du juge aux affaires familiales sont traitées en priorité au sein du Ministère de la Justice.

Or, il explique que la cohérence et la sécurité juridique commandent, le Conseil d'Etat et les autorités judiciaires partageant ce souci, que le volet relatif à l'introduction du juge aux affaires familiales (à l'image du JAF français), juridiction d'exception et reprenant certaines compétences actuellement dévolues à d'autres juridictions, soit abordé et clarifié en amont et avant tout progrès au sujet des réformes de l'autorité parentale et du droit de la filiation. Les travaux d'élaboration et de rédaction de l'avant-projet de loi portant création du juge aux affaires familiales sont actuellement en cours.

Cette réforme touche également de près le divorce et partant la réforme du divorce.

M. le Ministre de la Justice explique qu'il souhaite partant aborder (i) la réforme de l'autorité parentale, (ii) la réforme du divorce, ainsi que (iii) la création du juge aux affaires familiales comme un ensemble indissociable par le biais d'un paquet législatif cohérent. Le tout devra être déposé à la Chambre des Députés au courant du premier semestre 2015. La réforme du droit de la filiation (projet de loi 6568) y serait autonome et pourrait donc être abordé par la Commission juridique.

L'orateur souligne que cela n'empêche nullement les membres de la commission de mener des discussions approfondies à ce sujet, notamment en ce qui concerne la PMA et la GPA.

Echange de vues

De l'échange de vues qui s'ensuit, il y a lieu de retenir les éléments suivants:

- ❖ Le coauteur de la proposition de loi 5553 fait état de son mécontentement quant à la ligne de conduite proposée par M. le Ministre de la Justice.

Il renvoie à l'arrêt n°7/99 du 26 mars 1999 de la Cour constitutionnelle (Mémorial A, n°41 du 20 avril 1999) qui a déclaré l'article 380, alinéa 1^{er} du Code civil comme étant contraire à l'article 10, paragraphe (2) de la Constitution. Depuis, la Cour constitutionnelle a confirmé cette non-conformité par un arrêt n° 99/13 du 7 juin 2013.

L'orateur déplore que cette situation, pour le moins confortant tant sur le plan juridique que sur le plan matériel, perdure depuis maintenant 15 ans. Il aimerait en discuter avec des représentants de l'autorité judiciaire qui, d'un côté, par le biais de la Cour constitutionnelle, ont déclaré l'article 380, alinéa 1^{er} du Code civil non conforme à la Constitution et, d'un autre côté, plaident pour une solution de paquet législatif retardant davantage la mise en œuvre de la réforme dont la nécessité fait l'unanimité.

Il ne peut pas suivre la position de M. le Ministre de la Justice en ce qu'il établit un lien fonctionnel nécessaire entre la réforme de l'autorité parentale (qui consiste notamment à introduire le principe de l'exercice conjoint des attributs de l'autorité de contrôle et qui perdure dans le chef des parents au-delà de la rupture de leur couple) et la réforme du divorce. Il souligne que la réforme de l'autorité parentale pourrait être abordée au sein de la Commission juridique en toute sérénité et en autonomie complète par rapport à la réforme du divorce qui s'avère plus que laborieuse.

Il aimerait en avoir de plus amples explications.

Le coauteur de la proposition de loi 5553 déclare, au nom du groupe politique CSV, que ce dernier insiste à ce qu'on aborde sans délai l'instruction parlementaire du projet de loi 5867 portant réforme de l'autorité parentale.

- ❖ Le représentant de la sensibilité ADR fait observer que la Commission juridique peut entamer de suite l'examen de la réforme de l'autorité parentale. Il estime que les pouvoirs étatiques ont l'obligation de mettre fin à une situation se caractérisant par un vide juridique et qui perdure depuis 1999.

L'orateur fait observer que rien ne s'oppose non plus à entamer l'instruction parlementaire du projet de loi 6568 sur la réforme du droit de la filiation, voire de l'entamer dès que l'avis du Conseil d'Etat est disponible.

Il est d'avis que l'établissement d'un lien fonctionnel, comme le propose le ministère de la Justice, entre les différentes réformes qu'il est proposé d'aborder dans le cadre d'un seul paquet législatif n'est pas indiqué en l'espèce. En effet, les différentes réformes, dont notamment l'autorité parentale, peuvent être soumises dès maintenant et ce de manière successive à l'examen de la Commission juridique.

L'orateur souligne qu'à raison de leur champ d'application *ratio materiae* spécifique, la réforme de l'autorité parentale, la réforme du droit de la filiation et la réforme du divorce peuvent être abordées de manière successive. La cohérence et la sécurité juridique n'en seraient pas entravées, bien au contraire.

Il insiste partant à ce que l'examen desdites réformes soit entamé le plus rapidement étant donné que les dispositions légales actuelles sont complètement dépassées, tant quant au concept juridique que par la pratique sociétal.

- ❖ M. le Ministre de la Justice réitère son engagement, tout en soulignant l'attitude plutôt passive des ministres de justice successives depuis 1999, date de l'arrêt n° 7/99 du 26 mars 1999 de la Cour constitutionnelle de traiter prioritairement le paquet législatif relatif à la réforme de l'autorité parentale, de la création du juge aux affaires familiales et la réforme du divorce. Ledit paquet législatif sera déposé au courant du 1^{er} semestre 2015.

Il explique qu'il est très probable que les volets relatifs à l'autorité parentale, à la filiation, au divorce et à la création du juge aux affaires familiales figureront dans un et seul projet de loi. Cette approche aura le mérite de faciliter l'instruction parlementaire et d'assurer une meilleure lisibilité en vue d'obtenir une cohérence claire du nouveau cadre légal.

Or, cette approche dite intégrative ne pourra être décidée qu'une fois que les travaux de rédaction de l'avant-projet de loi relatif à la création d'un juge aux affaires familiales ont atteint un certain degré de maturité.

La réforme du droit de la filiation pourrait, comme elle continuera de relever de la compétence du juge civil (tribunal d'arrondissement) à l'image du droit français, le cas échéant être abordée de manière distincte. Elle ne présente pas un lien fonctionnel et technique avec le futur juge aux affaires familiales.

- ❖ Un membre du groupe politique CSV fait observer que cette nouvelle approche est contraire à l'approche dite séquentielle adoptée par le Gouvernement de coalition précédent en ce qu'il a été convenu, sur le plan politique, d'aborder en premier lieu la

réforme du mariage, dans un deuxième temps la réforme de l'autorité parentale et de la filiation pour terminer avec la réforme du divorce.

Le groupe politique CSV désapprouve l'approche telle que proposée par M. le Ministre de la Justice.

- ❖ *Le projet de loi 5351 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse n'est, à raison de son champ d'application spécifique, pas à inclure dans le paquet de réforme relatif à l'autorité parentale, à la filiation, à la création du juge aux affaires familiales et au divorce.*

2. Réunion interparlementaire sur le Parquet européen (Assemblée nationale, Paris, 17 septembre 2014)

- Déclaration commune

(COM(2013) 534 final Proposition de RÈGLEMENT DU CONSEIL portant création du Parquet européen)

Réunion interparlementaire sur les données personnelles (Assemblée nationale, Paris, 17 septembre 2014)

- Déclaration commune

(COM(2012) 10 final Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données)

COM(2012) 11 final Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données)

- Explications (documents transmis par courrier électronique en date du 22 septembre 2014)

Mme la Présidente explique que la réunion interparlementaire a été organisée par la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale.

La Chambre des Députés y a été représentée par Mme la Présidente de la Commission juridique et M. le Président de la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration.

L'oratrice précise que l'adhésion des deux représentants de la Chambre des Députés aux deux déclarations communes adoptées à l'unanimité des membres délégués des parlements nationaux à l'exception des représentants de la seconde Chambre des Pays-Bas, de la Chambre des Communes du Royaume-Uni et du Riksdag suédois en ce qui concerne le Parquet européen (transmis aux membres de la commission par courrier électronique en date du 24 septembre 2014) l'est à titre personnel étant donné que la position et la ligne de conduite du parlement luxembourgeois n'ont pas pu être déterminées au préalable.

1. Proposition de règlement du Conseil portant création du parquet européen (COM(2013)534 final)

Mme la Présidente informe les membres de la commission que la thématique du siège du futur Parquet européen n'a pas été abordée comme la discussion a porté sur le principe et le fond de l'agencement institutionnel et les compétences à conférer au Parquet européen.

Explications

«La poursuite des infractions affectant le budget de l'Union européenne relève à l'heure actuelle de la compétence exclusive des États membres, et aucune autorité de l'UE n'existe dans ce domaine. Bien que le préjudice potentiel soit loin d'être négligeable, ces infractions ne donnent pas toujours lieu à enquêtes ni à poursuites de la part des autorités nationales compétentes, les ressources en matière de répression étant limitées. En conséquence, les efforts déployés au plan national pour faire appliquer la loi restent souvent dispersés et la dimension transfrontière de ces infractions échappe généralement à l'attention des autorités.

Alors que la lutte contre la fraude transfrontière exigerait une coordination étroite et efficace des enquêtes et des poursuites au niveau européen, les niveaux actuels d'échange d'informations et de coordination ne sont guère suffisants, malgré l'intensification des efforts déployés par les organes de l'Union tels qu'Eurojust, Europol et l'Office européen de lutte antifraude (OLAF). La coordination, la coopération et l'échange d'informations se heurtent à de nombreuses difficultés et limitations, dues à une répartition des responsabilités entre des autorités relevant de juridictions territoriales et fonctionnelles diverses. L'action judiciaire de lutte contre la fraude bute quotidiennement sur des lacunes à différents niveaux et dans la liaison entre les différentes autorités, qui sont un obstacle majeur à l'efficacité de l'instruction et de la poursuite des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

Eurojust et Europol ont pour mandat général de favoriser l'échange d'informations et de coordonner les enquêtes et les poursuites pénales nationales, mais ne sont pas habilités à procéder eux-mêmes à ces enquêtes ou poursuites.

[...]

L'article 86 du traité fournit la base juridique nécessaire à l'instauration d'un tel ministère public à l'échelle de l'Union, l'objectif étant de combler les lacunes du système répressif actuel, qui repose exclusivement sur les efforts nationaux et d'assurer une plus grande cohérence et une meilleure coordination de ces efforts.

[...]

La présente proposition vise à créer un Parquet européen et à définir ses compétences et procédures. Elle complète une proposition législative précédente (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final du 11 juillet 2012) qui définit les infractions pénales ainsi que les sanctions applicables.»¹

Le représentant du Ministère de la Justice donne à considérer que l'examen de la proposition de règlement est très laborieux tant du fait de sa complexité juridique que des réserves politiques de la part des États membres.

¹ Proposition de RÈGLEMENT DU CONSEIL portant création du Parquet européen (COM[2013] 534 final), Considérations générales, Exposé des motifs

- a) La base juridique de la proposition de règlement susvisée, à savoir l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, se lit comme suit:

«1. Pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

En l'absence d'unanimité, un groupe composé d'au moins neuf États membres peut demander que le Conseil européen soit saisi du projet de règlement. Dans ce cas, la procédure au Conseil est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil pour adoption.

Dans le même délai, en cas de désaccord, et si au moins neuf États membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de règlement concerné, ils en informent le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée, qui est visée à l'article 20, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et à l'article 329, paragraphe 1, du présent traité, est réputée accordée et les dispositions sur la coopération renforcée s'appliquent.

2. Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement prévu au paragraphe 1. Il exerce devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative à ces infractions.

3. Les règlements visés au paragraphe 1 fixent le statut du Parquet européen, les conditions d'exercice de ses fonctions, les règles de procédure applicables à ses activités, ainsi que celles gouvernant l'admissibilité des preuves, et les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrête dans l'exercice de ses fonctions.

4. Le Conseil européen peut, simultanément ou ultérieurement, adopter une décision modifiant le paragraphe 1 afin d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière et modifiant en conséquence le paragraphe 2 en ce qui concerne les auteurs et les complices de crimes graves affectant plusieurs États membres. Le Conseil européen statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen et après consultation de la Commission.»

La difficulté résulte du fait qu'il est prévu, d'«*instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust.*». Toute la difficulté réside dans la nécessité d'assurer l'indépendance du Parquet européen et sa délimitation, en termes de compétences exclusives, par rapport à Eurojust, tout en assurant une coopération étroite entre Eurojust et le Parquet européen.

Il est en effet prévu que le Parquet européen jouira d'une indépendance structurelle totale, c'est-à-dire qu'il ne sera pas intégré dans une autre institution de l'Union européenne. Il est néanmoins prévu que le Parquet européen pourrait s'appuyer sur les services de soutien administratif d'Eurojust.

Il s'agira à terme d'un «[...] corps de magistrats décentralisé de l'Union européenne doté d'une compétence exclusive pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs d'infractions portant atteinte au budget de l'UE.»². Ces magistrats, désignés par les procureurs européens délégués, sont des procureurs nationaux détachés par les Etats membres à la tête desquels se trouve placé le Procureur européen.

- b) Le Royaume-Uni et l'Irlande, à moins de procéder à un «opt-in» (ces deux Etats membres de l'Union européenne ne participent pas aux politiques menées en matière de justice et d'affaires intérieures sauf volonté contraire explicite), ainsi que le Danemark ne participent pas au Parquet européen.
- c) Le Parquet européen sera seul compétent pour «[...] rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs d'infractions portant atteinte au budget de l'Union européenne.»³
- d) Un enjeu majeur constitue le contrôle juridictionnel des mesures d'enquête ordonnées par le Procureur européen, de même que la reconnaissance mutuelle d'une telle mesure ordonnée.

Un débat d'orientation, dans le cadre des délibérations législatives, portant sur la proposition de règlement figurera à l'ordre du jour de la réunion du vendredi 10 octobre 2014 de la 3336^e session du Conseil JAI.

2. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données (COM[2012] 10 final)

et

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (COM[2012] 11 final)

«Le présent exposé des motifs précise le nouveau cadre juridique envisagé pour la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne, qui est décrit dans la communication COM(2012) 9 final. Ce nouveau cadre juridique se compose de deux propositions législatives:

– une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), et

– une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales,

² Commission européenne, Mémo, «Chaque euro compte – Foire aux questions sur le Parquet européen», 17 juillet 2013 (joint en annexe au présent procès-verbal)

³ idem

d'enquêtes et de poursuites en la matière, ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.

[...]

La présente proposition est fondée sur l'article 16 du TFUE, qui est la nouvelle base juridique, introduite par le traité de Lisbonne, pour l'adoption de règles en matière de protection des données. Cette disposition permet d'adopter des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union. Elle permet également l'adoption de règles relatives à la libre circulation de ces données, y compris les données à caractère personnel traitées par les États membres ou des personnes privées.»⁴

Le représentant du Ministère d'Etat, Service des Médias et Communications, explique qu'en l'état actuel des négociations, alors que la protection des données personnelles est revenue au centre de l'agenda européen, deux aspects principaux sont actuellement discutés, à savoir:

a) le droit à l'oubli numérique (article 17 de la proposition de règlement)

Ledit droit est revenu sur le devant de la scène depuis l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (grande chambre) du 13 mai 2014 (131/12 - *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*).

Le *droit à l'oubli informatique* n'est pas un droit absolu, en ce qu'il est d'office tributaire d'une mise en balance avec la liberté d'expression. Tout l'enjeu consiste en la définition des critères devant opérer cette mise en balance. Le Luxembourg défend la position selon laquelle la fixation desdits critères devrait être laissée à l'appréciation de chaque Etat membre.

La protection des données à caractère personnel est, aux termes de Mme Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), «[...] désormais d'un droit fondamental à part entière au croisement du droit de propriété – les données qu'une personne diffuse sur un réseau social lui appartiennent-elles encore ? – de la liberté d'expression – notamment via les blogs – et de la protection de la vie privée»⁵.

b) la «*risk based approach*»

Le responsable de traitement a l'obligation d'adopter des mesures qui répondent aux principes de la protection des données par défaut et à la définition des moyens de traitement des données, dites de « *privacy by design* » (article 23 de la proposition de règlement).

D'autres points actuellement abordés sont:

⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (COM[2012] 11 final), exposé des motifs et base juridique

⁵ Isabelle Falque-Pierrotin, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel no 36 (Dossier : La liberté d'expression et de communication), juin 2012.

- c) le cadre légal applicable en cas de transfert de données d'un pays Etat membre vers un Etat tiers

La proposition de la Commission européenne étend également le champ d'application territorial des règles européennes de protection des données personnelles, puisque le règlement s'appliquerait non seulement au traitement des données à caractère personnel par des responsables de traitement établis dans l'Union européenne, mais également au traitement des données personnelles par des responsables établis hors de l'Union européenne s'ils visent des résidents de l'Union européenne (article 3).

- d) Le «G29» (Groupe européen des autorités de protection des données) insiste dans sa déclaration du 16 avril 2014 sur la nécessité que chaque autorité de protection au niveau national reste compétente sur son territoire pour appliquer le futur règlement, tout en appuyant l'idée d'un guichet unique pour les cas concernant des résidents de plusieurs pays de l'Union européenne. Le «G29» insiste sur la nécessité pour l'autorité de contrôle désignée comme compétente de coopérer avec les autres autorités de contrôle concernées, ainsi que de donner davantage de compétences au Comité européen de protection des données en cas de désaccord.

Il est prévu que le «G29» sera remplacé par un Comité européen de la protection des données (CEPD), composé des directeurs des autorités de contrôle nationales et du contrôleur européen de la protection des données.

Le volet relatif à la mise en place d'un guichet unique est celui qui fait actuellement l'objet des plus vives critiques; de nombreux Etats membres, ainsi que le Service juridique du Conseil européen a souligné le risque que les entreprises cherchent à s'implanter dans des Etats membres réputés plus accommodants en la matière, ainsi que la complexité d'un tel système pour les citoyens européens.

Ce point est actuellement tenu en suspens.

Un débat d'orientation, dans le cadre des délibérations législatives, portant sur la proposition de règlement figurera à l'ordre du jour de la réunion du vendredi 10 octobre 2014 de la 3336^e session du Conseil JAI.

Echange de vues

- ❖ Un membre du groupe politique CSV aimerait disposer de plus amples détails quant à l'approche du Gouvernement au sujet des modalités de fixation des critères devant servir de levier à la mise en balance du droit à l'oubli numérique et la liberté d'expression.

Le représentant du Ministère d'Etat, Service des Médias et des Communications, renvoie à l'article 9 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel qui vise les traitements réalisés dans le cadre de la liberté d'expression. Il s'agit d'une sorte de régime dérogatoire spécifique.

Mme la Présidente de la commission, tout en renvoyant au procès-verbal n°26 de la réunion jointe du 16 juillet 2014, rappelle que le Gouvernement a une nette préférence pour l'établissement d'un catalogue d'infractions pour lesquelles l'article 67-1, alinéa 1^{er} du Code d'instruction criminelle permet l'accès aux données

personnelles plutôt que d'opter pour le maintien de la détermination d'un seuil de peine d'emprisonnement (critère actuel).

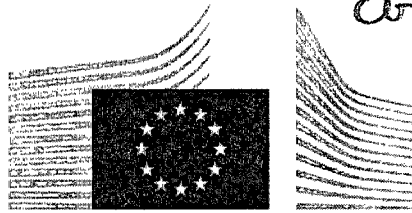
- ❖ Un membre du groupe politique CSV aimerait savoir si le Gouvernement entend toujours lancer une campagne de sensibilisation permettant aux citoyens de les informer quant à la sauvegarde et à l'exercice de leurs droits dans le cadre de la protection des données à caractère personnel.

Le représentant du Ministère d'Etat, Service des Médias et des Communications, explique que la Commission nationale pour la protection des données (dénommée ci-après la CNPD) a publié, en date du 10 septembre 2014, un dossier intitulé «*Le droit à l'oubli; peut-on effacer ses traces en ligne et comment doit-on procéder ?*» qui comporte, outre une description détaillée, un formulaire téléchargeable.

Le secrétaire-administrateur,
Laurent Besch

La Présidente,
Viviane Loschetter

Annexe: Commission européenne, Mémo, «Chaque euro compte – Foire aux questions sur le Parquet européen», 17 juillet 2013



Annexe au PV n° 29
de la réunion de Co Cy
du 2 octobre 2014

COMMISSION EUROPÉENNE

MEMO

Bruxelles, le 17 juillet 2013

Chaque euro compte – Foire aux questions sur le Parquet européen

Qu'est-ce que le Parquet européen?

Le Parquet européen sera un corps de magistrats décentralisé de l'Union européenne doté d'une compétence exclusive pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs d'infractions portant atteinte au budget de l'UE. Il disposera de pouvoirs d'enquête harmonisés dans l'ensemble de l'Union sur la base des systèmes juridiques nationaux auxquels il sera intégré.

Le Parquet européen s'appuiera sur les capacités et l'expertise des États membres. Des procureurs expérimentés issus des systèmes nationaux seront détachés auprès de lui. En principe, c'est aux procureurs européens délégués qu'il incombera d'agir pour le Parquet européen à partir de leur lieu d'affectation dans les États membres et conformément à la législation de l'État membre concerné. L'intégration du Parquet européen dans les systèmes de justice nationaux présente de nombreux avantages, notamment une connaissance approfondie desdits systèmes, la maîtrise de la langue locale, l'intégration dans les structures locales de l'action pénale et la pratique des tribunaux locaux dans le traitement des affaires. En outre, la mise en commun des ressources des États membres en matière d'enquêtes et de poursuites garantira des prises de décision rapides.

Quelle est la base juridique fondant la création du Parquet européen?

Le traité de Lisbonne met un accent particulier sur la lutte contre les infractions économiques et financières graves ayant une dimension transfrontière. La base juridique et les règles concernant la création du Parquet européen figurent à l'article 86 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui dispose ce qui suit:

«Pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust.»

Dans son discours sur l'État de l'Union de 2012 ([SPEECH/12/596](#)), le président Barroso annonçait l'intention de la Commission de présenter des propositions visant à l'établissement d'un Parquet européen, comme prévu par les traités et dans le cadre de l'engagement pris par la Commission en faveur de la protection du budget de l'UE.

La Commission européenne entend veiller à ce que le budget de l'Union européenne soit aussi efficacement protégé contre les fraudeurs que les finances nationales. En juillet 2012, elle a proposé que l'ensemble des États membres adoptent dans leurs codes pénaux respectifs des définitions communes des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et qu'ils prévoient tous des sanctions pénales dissuasives tout aussi uniformes ([IP/12/767](#), [MEMO/12/544](#)). Le Parquet européen fera en sorte que les poursuites dans les États membres gagnent en cohérence, en efficacité et en efficacité.

Tous les États membres feront-ils partie du Parquet européen ?

Non. En vertu des traités de l'UE, le Royaume-Uni et l'Irlande bénéficient d'une clause de non-participation aux politiques menées en matière de justice et d'affaires intérieures, ce qui signifie que ces deux pays resteront à l'écart - à moins qu'ils ne décident volontairement et explicitement d'y prendre part. Le Danemark ne participera pas non plus au Parquet européen mais il ne bénéficie pas de cette clause.

Pourquoi avons-nous besoin d'un Parquet européen?

Aujourd'hui, les intérêts financiers de l'Union ne sont pas suffisamment protégés, ce pour plusieurs raisons:

En premier lieu, les organismes de l'UE en place, à savoir l'OLAF (l'Office européen de lutte antifraude), Eurojust (l'Agence européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale) et Europol (l'Office européen de police), n'ont pas le pouvoir de mener des enquêtes pénales ou des poursuites dans les affaires de fraude. L'OLAF ne peut que transmettre les résultats de ses enquêtes *administratives* aux autorités nationales compétentes, lesquelles décident alors en toute indépendance s'il y a lieu ou non d'ouvrir une procédure pénale sur la base des conclusions de l'OLAF.

En deuxième lieu, les efforts répressifs nationaux sont fragmentés entre les États membres, qui ne veillent pas toujours à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les infractions portant atteinte au budget de l'UE. Actuellement, seul 1 cas sur 5 renvoyés par l'OLAF aux autorités judiciaires nationales débouche sur une condamnation. En outre, les taux de condamnation varient considérablement d'un État membre à l'autre.

En troisième lieu, les poursuites finalement couronnées de succès étant en nombre limité, seule une part très réduite du montant total des fraudes commises dans les États membres est recouvrée. Les fraudeurs qui prennent pour cible le budget de l'UE savent qu'ils ont de bonnes chances de conserver leur butin en misant sur l'absence d'harmonisation des efforts répressifs dans l'UE.

À combien se chiffrent les sommes d'argent illégalement soustraites au budget de l'Union?

Les irrégularités relevant des soupçons de fraude ont représenté une moyenne d'environ 500 millions d'euros dans les États membres pour chacune des trois dernières années, mais le montant réel de la fraude devrait être sensiblement plus élevé. Les chiffres concernant les cas de fraude signalés ne peuvent pas inclure les irrégularités non détectées, de sorte que le chiffre total est probablement bien supérieur.

Pourquoi les États membres ne peuvent-ils pas lutter efficacement contre la fraude?

Pour l'heure, seules les autorités nationales peuvent mener des enquêtes et des poursuites contre les fraudeurs qui lèsent les intérêts financiers de l'Union mais leurs compétences s'arrêtent aux frontières nationales. Les infractions commises contre les intérêts financiers de l'UE sont souvent complexes. Elles impliquent plusieurs acteurs, des mécanismes frauduleux compliqués et élaborés, plusieurs pays et plusieurs instances juridictionnelles nationales. En outre, le succès des enquêtes dans les affaires de fraude requiert une compréhension approfondie du cadre juridique et administratif concerné.

Une coopération efficace entre les États membres se révèle difficile en raison de la diversité des systèmes de droit pénal, de l'attribution incertaine des compétences, des procédures d'entraide judiciaire longues et fastidieuses, des problèmes linguistiques, du manque de ressources et des priorités différentes.

C'est pourquoi la lutte contre les irrégularités portant préjudice au budget de l'UE peut être considérée au niveau national comme coûteuse en temps et mobilisant trop de personnel. En conséquence, il arrive que ces cas ne soient pas du tout traités ou que certaines affaires soient abandonnées à la première difficulté. Les autorités nationales peuvent même parfois décider de limiter leurs enquêtes à la partie d'une infraction qui les concerne, en négligeant les implications potentiellement plus vastes d'un mécanisme de fraude international.

Existe-t-il des exemples illustrant la manière dont le Parquet européen peut améliorer la situation actuelle?

Dans une affaire, l'OLAF a communiqué des informations aux autorités compétentes d'Allemagne et de Bulgarie sur des ressortissants de ces mêmes pays qui se livraient de concert à des manœuvres (présumées) portant préjudice à un fonds de développement agricole et rural de l'UE. Tandis que la procédure engagée en Allemagne a abouti à une condamnation, celle de Bulgarie s'est soldée par un acquittement des suspects. Le système actuel a donc donné des résultats différents dans une seule et même affaire transfrontière. L'issue eût été tout autre avec un Parquet européen en exercice qui aurait veillé à la cohérence des enquêtes et des poursuites en Bulgarie et en Allemagne.

Un autre exemple concerne la contrebande de cigarettes en Allemagne à partir de la République tchèque. La juridiction pénale allemande a utilisé les enregistrements des écoutes téléphoniques effectuées par la police tchèque pour établir la culpabilité du suspect. Bien que les preuves aient été obtenues légalement du point de vue de la législation tchèque, l'avocat de la défense a soutenu que sans décision de justice autorisant les écoutes téléphoniques, les preuves devraient être déclarées irrecevables devant la juridiction allemande.

Avec le Parquet européen, de telles difficultés liées aux différences entre les droits procéduraux nationaux seront beaucoup moins susceptibles de se produire. En vertu de la nouvelle réglementation, il ne sera plus possible de réaliser des écoutes téléphoniques sans autorisation judiciaire préalable. Le règlement précise en outre que les preuves obtenues légalement dans un État membre sont recevables devant les juges du fond de tous les États membres, pour autant que les preuves en question ont été recueillies dans le respect des droits procéduraux consacrés par l'article 47 (droit à un recours effectif) et par l'article 48 (présomption d'innocence et droits de la défense), de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Quels seront les changements apportés par le Parquet européen?

Le Parquet européen sera seul compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs d'infractions portant atteinte au budget de l'UE. Les affaires complexes revêtant une dimension transfrontière seront donc coordonnées et traitées par le Parquet européen. Il sera ainsi remédié aux difficultés dues aux compétences limitées des autorités nationales qui s'arrêtent aux frontières de leurs territoires respectifs.

Le Parquet européen garantira la continuité du cycle d'exécution couvrant l'enquête, les poursuites et le procès. Il disposera de pouvoirs d'enquête transfrontières dans la totalité des États membres par l'intermédiaire des procureurs européens délégués. Le Parquet européen n'aura pas à s'en remettre aux instruments intergouvernementaux souvent lourds et contraignants tels que l'entraide judiciaire et les accords de reconnaissance mutuelle. Il bénéficiera par ailleurs de règles claires régissant ses enquêtes et la recevabilité des preuves recueillies et présentées devant les juges du fond, quel que soit l'État membre où ils siègent.

Quelles seront les modalités de la collaboration entre le Procureur européen et les procureurs européens délégués?

Les procureurs européens délégués feront partie du Parquet européen. En principe, c'est eux qui seront chargés d'effectuer les enquêtes et les poursuites dans leur État membre, en utilisant du personnel national et en appliquant le droit interne. Leurs actions seront coordonnées par un bureau central ayant à sa tête le Procureur européen qui assurera la cohérence et l'efficacité des procédures dans l'ensemble des États membres (voir graphique en annexe).

Grâce à cette structure décentralisée, le Parquet européen bénéficiera d'un accès direct à l'expertise nationale, à savoir une connaissance approfondie du système judiciaire national concerné, la maîtrise de la langue locale, l'intégration dans les structures locales de l'action pénale, la pratique des tribunaux locaux en matière de traitement des dossiers, etc.

Les procureurs européens délégués pourront conserver leurs fonctions de procureur national (portant ainsi une «double casquette»). Toutefois, lorsqu'ils interviendront dans le cadre du mandat du Parquet européen, les procureurs délégués seront totalement indépendants des autorités nationales compétentes en matière de poursuites pénales.

Un «collège» de dix membres – réunissant le Procureur européen, les adjoints et les procureurs nationaux – assurera une intégration homogène entre l'UE et le niveau national, notamment en arrêtant le règlement intérieur, et plus particulièrement les règles générales concernant l'attribution des dossiers. Cette solution, qui a pour origine les points soulevés lors des consultations des États membres, dont la récente initiative franco-allemande appelant à l'établissement d'un Parquet européen, assurera également la coordination nécessaire dans le cadre des poursuites afin d'éviter le risque d'une double condamnation (principe *ne bis in idem*) dans le cas où des infractions connexes seraient négligées ou non examinées globalement.

Les juridictions nationales pourront-elles contrôler les actions du Parquet européen?

Oui, elles le pourront. Les actions du Parquet européen seront susceptibles de recours devant le juge national compétent.

En outre, les autorités judiciaires nationales compétentes auront pour tâche d'autoriser préalablement les mesures d'enquête du Parquet européen dès lors que le droit interne et celui de l'UE l'exigeront.

Les juridictions nationales seront également les tribunaux du fond compétents. Le Parquet européen exercera les fonctions de procureur devant les juges nationaux compétents.

Comme toujours, la Cour de justice de l'Union européenne pourra intervenir dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel.

Quels seront les pouvoirs du Parquet européen en vertu du règlement?

Le Parquet européen aura le pouvoir de demander ou d'ordonner des mesures d'enquête. Les instruments mis à sa disposition sont clairement définis dans le règlement et comprennent tant des mesures intrusives que des mesures plus souples.

Le Parquet européen pourra appliquer des mesures intrusives telles que la perquisition de locaux, la fouille de biens et de systèmes informatiques, la saisie d'objets, l'interception de conversations téléphoniques et le gel de transactions financières.

Les mesures plus souples comprendront l'audition des suspects et des témoins, la désignation d'experts s'il y a lieu, ou des mesures permettant de suivre et de contrôler les déplacements d'un individu afin de le localiser.

L'exécution de mesures d'enquête est soumise au droit national. En particulier, **la mesure individuelle doit être autorisée par le tribunal judiciaire national compétent** ou une autre autorité si le droit interne ou le règlement l'exigent.

Afin de garantir l'efficacité des enquêtes du Parquet européen, les preuves recueillies légalement dans un État membre seront recevables devant les juges du fond de tous les États membres.

Comment l'indépendance du Parquet européen sera-t-elle assurée ?

Premièrement, le règlement prévoit que le Parquet européen **ne sollicite ni n'accepte d'instructions** de quiconque d'extérieur à lui. Cela suppose que les institutions, organes et organismes de l'Union et les États membres respectent l'indépendance du Parquet européen et ne cherchent pas à l'influencer dans l'exercice de ses fonctions. Deuxièmement, le Parquet européen sera **structurellement indépendant** car il ne sera pas intégré dans une autre institution ou un autre service de l'UE. Troisièmement, la **nomination** du Procureur européen implique les institutions de l'Union (nomination par le Conseil avec l'approbation du Parlement européen) ainsi que d'anciens membres de la Cour de justice, des membres des Cours suprêmes nationales, les autorités publiques nationales chargées des poursuites et/ou des avocats reconnus qui aideront à établir une liste restreinte de candidats. Son mandat est limité à huit ans et n'est pas renouvelable, cette règle apportant la garantie que l'action du Procureur européen ne sera guidée par aucune velléité de reconduction. Le Procureur européen peut être **révoqué** par la Cour de justice, à la suite d'une demande faite en ce sens par le Parlement européen, le Conseil ou la Commission.

En ce qui concerne les procureurs délégués nationaux, le règlement prévoit que les affaires qu'ils traitent pour le Procureur européen prévalent toujours sur les affaires nationales. Le règlement contient également une référence explicite à la totale indépendance dont jouissent les procureurs délégués vis-à-vis des autorités nationales chargées des poursuites pénales. Tout conflit d'intérêts sera réglé par le Procureur européen. Les procureurs européens délégués ne peuvent être révoqués en tant que procureurs nationaux par les autorités nationales compétentes sans l'accord du Procureur européen lorsqu'ils agissent en son nom.

Quels sont les droits procéduraux des suspects?

Il est important de renforcer les garanties juridiques qui protègent les particuliers et les entreprises concernés par des enquêtes ou des poursuites dans l'Union européenne. La proposition relative à la création d'un Parquet européen comporte un ensemble solide et complet de garanties procédurales, qui veillera à ce que les droits des suspects et des autres personnes impliquées dans les enquêtes du Parquet européen soient protégés par la législation européenne en vigueur, et par les droits de la défense nationaux.

La proposition précise que le suspect jouit de la totalité des droits accordés par la législation de l'UE et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces droits sont expressément énumérés dans une liste et concernent notamment:

- l'interprétation et la traduction;
- l'information et l'accès aux pièces du dossier;
- l'accès à un avocat et la possibilité de prendre contact avec des tiers et de les faire prévenir en cas de détention;
- la possibilité de garder le silence et la présomption d'innocence;
- l'aide juridictionnelle;
- la présentation de preuves, la désignation d'experts et l'audition de témoins.
- En outre, le suspect jouit des droits de la défense conférés par la législation nationale dont dépend la procédure.

Pourquoi la proposition relative au Parquet européen est-elle présentée avec une réforme d'Eurojust?

Conformément à l'article 86, paragraphe 1, du TFUE, le Parquet européen est institué à partir d'Eurojust. L'ensemble de propositions législatives présenté aujourd'hui vise à établir des liens et des synergies solides entre les deux organisations grâce à une coopération efficace et à la mise en commun des informations, des connaissances et des ressources.

En particulier, le Parquet européen et Eurojust doivent participer tous deux au traitement d'affaires dans lesquelles les suspects sont impliqués dans des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union mais aussi dans d'autres types d'agissements criminels. Une coopération étroite et continue sera, dès lors, nécessaire. Des dispositions en ce sens ont été aménagées tant dans le règlement concernant le Parquet européen que dans celui relatif à Eurojust. De surcroît, en cas de conflit d'attributions dans les dossiers mixtes, Eurojust pourra fournir une assistance en réglant la question de la compétence.

Eurojust fournira des services de soutien administratif au Parquet européen, notamment en matière de ressources humaines et financières, et d'informatique. Par exemple, le Parquet européen pourra, pour ses propres dossiers, utiliser l'infrastructure informatique d'Eurojust, y compris son système de gestion des dossiers, les fichiers de travail temporaires et le système d'index. Les modalités de cette coopération seront fixées dans un accord entre le Parquet européen et Eurojust.

Quel sera le rôle d'Eurojust une fois le Procureur européen mis en place?

Eurojust aide les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites à coopérer et à coordonner leurs actions dans le cadre d'environ 1500 affaires transfrontières chaque année. Il a contribué à instaurer une confiance mutuelle et à surmonter la grande diversité de traditions et de systèmes juridiques dans l'UE. Cependant, Eurojust ne dispose d'aucune compétence pour conduire des enquêtes pénales ou poursuivre les fraudeurs.

Le Parquet européen disposera d'une compétence exclusive pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs d'infractions portant atteinte au budget de l'UE. L'instauration du Parquet européen accroît également la légitimité démocratique d'Eurojust: le Parlement européen et les parlements nationaux participeront à l'avenir davantage à l'évaluation des activités d'Eurojust.

Le nouvel Eurojust soutiendra le Parquet européen dans la lutte contre la fraude portant préjudice au budget de l'UE. Eurojust fournira des services d'appui administratif au Parquet européen, tels que du personnel, des ressources financières et informatiques. Par exemple, le Parquet européen sera en mesure d'utiliser l'infrastructure informatique d'Eurojust, y compris son système de gestion de fichiers, les fichiers temporaires et le système d'index, pour traiter ses propres cas. Les modalités de cette coopération seront définies dans un accord entre le Parquet européen et Eurojust.

À quels autres changements peut-on s'attendre avec la proposition concernant la réforme d'Eurojust?

La proposition présentée ce jour vise à améliorer le fonctionnement global d'Eurojust. À cette fin, la réforme porte sur sa gestion interne. Elle établit une nette distinction entre les tâches opérationnelles du collège (celui-ci étant composé de membres nationaux – un par État membre de l'Union) et les tâches administratives. Elle permettra ainsi au collège et aux membres nationaux de se concentrer sur leurs tâches opérationnelles, c'est-à-dire de coordonner et d'encourager la coopération entre les autorités judiciaires nationales dans la lutte contre les agissements graves tels que le trafic de drogue, le blanchiment d'argent, la fraude, la corruption, la cybercriminalité, le terrorisme et la criminalité organisée. Un nouveau conseil d'administration, dans lequel siègera la Commission, assistera le collège dans ses tâches administratives.

La proposition fournira un cadre juridique unique et modernisé pour une nouvelle Agence de coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) qui est le successeur légal d'Eurojust conformément à la décision 2002/187/JAI du Conseil. Tout en conservant les éléments qui se sont avérés efficaces dans la gestion et le fonctionnement d'Eurojust, ce nouveau règlement rationalise le fonctionnement et la structure d'Eurojust en conformité avec le traité de Lisbonne en veillant notamment à:

- renforcer l'efficacité d'Eurojust en le dotant d'une nouvelle structure de gouvernance;
- améliorer l'efficacité opérationnelle d'Eurojust grâce à la définition uniforme du statut et des pouvoirs des membres nationaux;
- conférer au Parlement européen ainsi qu'aux parlements nationaux un rôle dans l'évaluation des activités d'Eurojust en conformité avec le traité de Lisbonne, tout en préservant son indépendance opérationnelle;

- aligner le cadre juridique d'Eurojust sur l'approche commune retenue pour les agences de l'UE, tout en respectant pleinement son rôle particulier en ce qui concerne la coordination des enquêtes pénales en cours;
- garantir qu'Eurojust puisse coopérer étroitement avec le Parquet européen, une fois ce dernier mis en place.

Quel sera le rôle de l'OLAF une fois le Procureur européen en place?

Comme indiqué dans la communication sur la gouvernance de l'OLAF, adoptée ce jour, le rôle de l'Office est amené à évoluer avec l'établissement du Parquet européen.

Il continuera d'assumer la responsabilité des enquêtes administratives dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence du Procureur européen, c'est-à-dire les irrégularités portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE et les fautes graves ou les infractions commises par des agents de l'UE n'ayant pas d'incidence financière.

L'OLAF ne mènera plus d'enquêtes administratives dans les affaires portant sur des actions frauduleuses ou d'autres irrégularités affectant les intérêts financiers de l'UE. La raison en est que la lutte contre ce type d'infractions relèvera de la compétence exclusive du Parquet européen une fois qu'il sera en place. Si l'OLAF soupçonne que de telles infractions ont été commises, il sera tenu de le signaler au Parquet européen dans les plus brefs délais. Bien qu'ayant cessé de conduire des enquêtes dans ce domaine, l'OLAF continuera de prêter assistance au Parquet européen sur demande (comme il assiste déjà aujourd'hui les procureurs nationaux). Ce changement permettra d'accélérer le processus d'investigation et d'éviter une duplication des efforts dans les enquêtes administratives et pénales portant sur les mêmes faits, tout en augmentant les chances de succès des poursuites.

La Commission élaborera des propositions visant à modifier le règlement de l'OLAF et reflétant son nouveau rôle, ainsi qu'à renforcer encore davantage la gouvernance de l'Office dans ses enquêtes, à la lumière de ce qui est prévu pour le Parquet européen. Deux initiatives principales sont prévues à cet égard. Il s'agit tout d'abord de créer la fonction de contrôleur indépendant des garanties procédurales pour renforcer le contrôle de légalité des mesures d'enquête de l'OLAF. On pourrait ensuite prévoir des exigences procédurales plus strictes en ce qui concerne les mesures d'enquête plus intrusives (fouille de bureaux, saisies de documents etc.) que l'OLAF peut avoir à exécuter au sein des institutions de l'UE.

Combien de cas le Parquet européen devra-t-il traiter?

Le nombre total de cas est estimé à 2500 par an. Ce chiffre est fondé sur une moyenne de 1500 cas de fraude traités et communiqués chaque année à l'UE par les organismes d'enquête administrative des États membres, une moyenne de 300 cas relatifs à des soupçons de fraude de l'OLAF, une estimation annuelle de 500 cas de fraude à la TVA actuellement traités par les États membres et environ 200 cas pris en charge par les autorités nationales compétentes en matière d'enquêtes pénales. On s'attend à ce que le Parquet européen soit à même de recueillir davantage d'informations sur les fraudes possibles que les États membres ou l'OLAF. La charge de travail pourrait donc être plus élevée que prévu.

Le Parquet européen va-t-il procéder à des arrestations sur le territoire européen ?

Non. Seules les autorités nationales auront le pouvoir d'interpeller les auteurs d'infractions relevant de la compétence du Parquet européen. Ce dernier pourra uniquement demander aux autorités judiciaires d'appréhender un suspect s'il considère que c'est absolument nécessaire pour son enquête et si des mesures moins intrusives ne permettent pas d'atteindre le même objectif. De telles demandes seront examinées et autorisées par les autorités judiciaires nationales compétentes sur la base de leur droit interne.

Quelles sont les prochaines étapes ?

Pour acquérir force de loi, la proposition de la Commission doit maintenant être adoptée (à l'unanimité) par les États membres réunis au sein du Conseil, après approbation du Parlement européen.

En l'absence d'unanimité au Conseil, les traités prévoient qu'un groupe composé d'au moins neuf États membres peut instaurer une coopération renforcée (article 86 du TFUE).

Les principales étapes prévues dans le cadre de la procédure de coopération renforcée au titre de l'article 86 sont les suivantes:

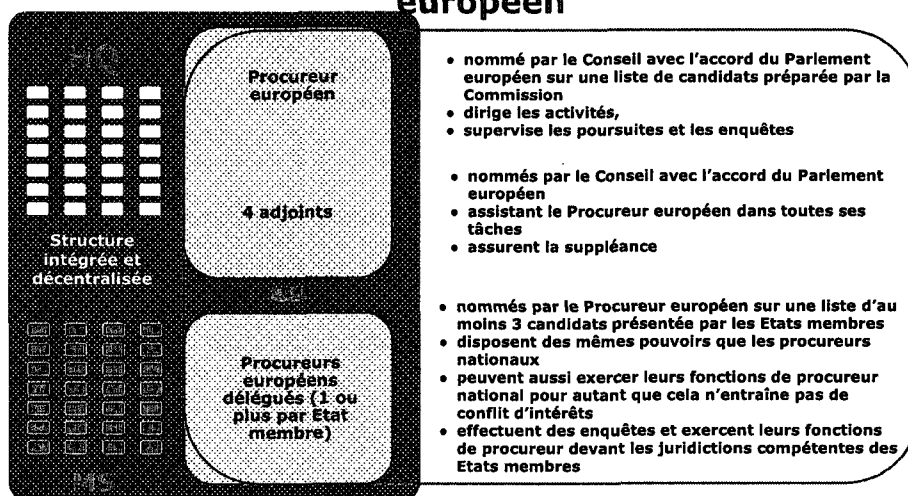
- 1. Présentation par la Commission de sa proposition législative au Conseil des ministres. Les États membres doivent convenir (dans le cadre des conclusions de la présidence) que l'unanimité ne peut être obtenue sur la proposition en question.
- 2. Dans ce cas, la question est soumise au Conseil européen par au moins neuf États membres désireux d'instaurer une coopération renforcée.
- 3. Le Conseil européen examine la demande dans un délai n'excédant pas quatre mois.
- 4. Si un consensus est dégagé, le Conseil européen renvoie le projet de proposition au Conseil pour adoption. En l'absence de consensus, au moins neuf États membres peuvent décider d'instaurer une coopération renforcée. Avec la notification de ces États membres sur l'établissement d'une coopération renforcée, l'autorisation du Parlement européen et du Conseil est réputée accordée.
- 5. Les négociations sur la proposition d'établissement d'une coopération renforcée se déroulent au sein du Conseil. Tous les États membres peuvent prendre part à ces délibérations mais seuls ceux qui participent à la coopération renforcée peuvent voter. Les États membres peuvent, à tout moment, demander de participer à la coopération renforcée.

Pour de plus amples informations

- Communiqué de presse: [IP/13/709](#)
- Dossier de presse:
http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_fr.htm
- Commission européenne – Politique pénale:
<http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy>
- Page d'accueil de M^{me} Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne et commissaire responsable de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté: <http://ec.europa.eu/reding>
- Suivez M^{me} la vice-présidente sur Twitter: [@VivianeRedingEU](#)

ANNEXE: Le cadre de travail du Procureur européen

ANNEXE : Le cadre de travail du procureur européen



CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 14 mars 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 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
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 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
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 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

- Continuation de l'examen du Titre II "Des actes de l'état civil" du Livre 1er
2. 6343 Projet de loi portant :
 - 1) approbation du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des

Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000

2) modification du Code pénal

3) modification du Code d'instruction criminelle

4) modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration

- Désignation d'un rapporteur

- Présentation du projet de loi

- Examen de l'avis du Conseil d'Etat

3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Alex Bodry, M. Léon Gloden, Mme Lydie Polfer

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **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**

5908 **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

5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**

5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

6172 **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

Article 63 (continuation de l'examen de l'article 63)

Paragraphe (2), point 1)

La suppression proposée de l'examen médical prénuptial implique l'abrogation de la loi de 1972 et la suppression des alinéas 2 et 3 de l'article 169 du Code civil.

Le représentant du Ministère de la Justice continuera aux membres de la commission la lettre afférente du Ministère de la Santé.

M. le Rapporteur rappelle la décision de la commission de supprimer l'audition préalable des futurs conjoints par l'officier de l'état civil.

*«Art 63. (1) Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil **fera fait** une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication **énoncera** énonce les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage **devra doit** être célébré.*

~~(2) L'officier de l'état civil ne pourra procéder à la publication prévue à l'alinéa ci-dessus, ni en cas de dispense de publication, La publication prévue au premier paragraphe ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, alinéa 1er, ci-après, à la célébration du mariage qu'après la remise, par chacun des futurs époux, d'un certificat médical, datant de moins de deux mois et attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage la célébration du mariage est subordonnée:~~

A la remise, pour chacun des futurs époux, des pièces suivantes:

- les pièces exigées par les articles 70 ou 71 et, le cas échéant, par l'article 73;*
- la justification de l'identité, du domicile ou de la résidence, et de la capacité matrimoniale, au moyen de pièces délivrées par une autorité publique.*

(3) L'officier de l'état civil, qui ne se conforme pas aux prescriptions des paragraphes précédents, est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

Articles 70 et 71 (article 1^{er}, point 3. et point 4. du projet de loi n°5908)

Il est proposé de modifier le libellé de l'article 70 en précisant que la copie intégrale de l'acte de naissance ne doit pas dater de plus de six mois. Cette obligation vise l'acte de naissance établi tant par les autorités luxembourgeoises que par les autorités étrangères.

Cette modification est dictée pour des considérations de sécurité juridique en ce qu'une copie trop ancienne de l'acte de naissance risque de ne pas mentionner un changement de l'état éventuel du futur conjoint.

La 2^e phrase de l'article 70 est reprise en tant qu'alinéa 1^{er} nouveau de l'article 71 et ce dans un souci d'assurer une cohérence juridique et la lisibilité du texte en question.

L'alinéa 2 nouveau reprend le libellé actuel de l'article 71.

«Art 70. (L. 16 mai 1975) L'officier de l'état civil se fera remettre une copie intégrale de l'acte de naissance de chacun des futurs époux conjoints. ~~Celui des époux conjoints qui sera dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile.~~

Art 71. (~~L. 16 mai 1975~~) Celui des époux conjoints qui sera dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile. L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par trois témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, ~~profession~~ et domicile du futur **époux conjoint et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.»**

Article 73 (article II, point 1° du projet de loi n°5914)

L'adaptation du libellé proposée devient nécessaire suite aux modifications suggérées à l'endroit des articles 148 à 150 du Code civil.

Il est proposé de supprimer à l'endroit de l'alinéa 1^{er} le terme «*profession*» et de conjuguer aux alinéas 1^{er} et 2 les verbes à l'indicatif présent.

La compétence actuellement reconnue pour les agents diplomatiques et consulaires luxembourgeois en poste à l'étranger de recevoir l'acte de consentement afférent à l'étranger est supprimée en concordance avec la position du Ministère des Affaires étrangères qui a retenu que les agents diplomatiques et consulaires luxembourgeois ne sont pas à considérer comme étant investis de la fonction d'officier de l'état civil et partant incompétents pour recevoir de tels actes de consentement.

La loi française a réglé en détail les compétences relatives à l'état civil respectives dont sont investis les agents diplomatiques et consulaires.

Un membre de la commission fait observer que tout citoyen européen se trouvant dans un pays étranger dispose désormais de la faculté de demander assistance consulaire à toute ambassade ou consulat d'un Etat membre de l'Union européenne dans ce pays.

Le représentant du Ministère de la Justice propose d'envoyer un courrier circonstancié au Ministère des Affaires étrangères lui demandant s'il entend maintenir sa ligne de conduite au sujet des compétences de l'état civil des agents diplomatiques et consulaires en poste à l'étranger.

«Art 73. L'acte authentique du consentement des père et mère ~~ou aïeuls et aïeules~~, ou, à leur défaut, celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, ~~professions~~ et domiciles du futur époux, et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

(~~L. 12 juin 1898~~) Hors le cas prévu par l'article 160, c Cet acte de consentement pourra être donné soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile ou de la résidence ~~de l'ascendant des père et mère~~, et, à l'étranger, par les autorités qui ont compétence pour recevoir cet acte, ~~par les agents diplomatiques ou consulaires du Grand-Duché.~~»

Article 75 (article IX, point 1°, premier tiret du projet de loi n°6172)

*«**Art 75.** (L. 21 février 1985) Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage et des articles 212, 213, alinéa 1er, 214, alinéas 1er et 3, et 215, première phrase.*

*Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur d'Etat du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs **époux conjoints**, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur d'Etat, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration, hors de la maison commune. Mention en sera faite dans l'acte de mariage.*

L'officier de l'état civil recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.»

Article 76 (article II, point 2° du projet de loi n°5914, article 1^{er}, point 1), premier tiret du projet de loi n°6039 et article IX, point 1°, premier tiret du projet de loi n°6172)

La commission propose, à raison des amendements proposés à l'endroit des articles 148 à 150 du Code civil, de supprimer les termes «*aïeuls et aïeules*». L'accord de ces derniers n'étant plus exigé dans les cas où l'accord des ascendants est actuellement requis.

Le terme «*époux*» est remplacé par celui de «*conjoint*».

Point 3)

A raison du libellé amendé de l'article 148, il y a lieu d'ajouter, après le bout de phrase «*[...] tuteur ad hoc*» les termes «*et, le cas échéant, l'accord du juge des tutelles*»

Point 4)

La commission unanime décide de maintenir le point 4) en ce que l'acte de mariage contient les prénoms et noms du précédent conjoint de chacun des époux. Ainsi, un recensement systématique des renseignements et informations utiles est assuré. Ces renseignements ont la fonction d' «*éléments de preuve*» en cas d'opposabilité au mariage ou à la filiation.

Contenu de la lecture obligatoire de l'officier de l'état civil appelé à célébrer un mariage

Il échet de préciser que l'article 75 du Code civil énonce les pièces dont l'officier de l'état civil célébrant un mariage doit donner lecture en renvoyant «*aux pièces ci-dessus mentionnées relatives à leur état*», c'est-à-dire aux pièces telles que visées aux articles 63 à 74 du Code civil.

Il s'ensuit que ledit officier de l'état civil n'est pas obligé de par la loi de donner lecture des énonciations contenues dans l'acte de mariage et détaillées comme telles par l'article 76, article subséquent à l'article 75.

Pour le surplus, il est renvoyé au guide pratique de l'officier de l'état civil qui, par son caractère exhaustif, constitue le document de référence

[à préciser dans le rapport]

«**Art 76.** (L. 21 février 1985) On énoncera, dans l'acte de mariage:

1) les prénoms, noms, ~~professions~~, lieux et dates de naissance et domicile des **époux conjoints**;

2) les prénoms, noms, ~~professions~~ et domiciles des pères et mères;

3) le consentement des pères et mères, ~~aïeuls et aïeules~~, celui du conseil de famille **et**, celui du tuteur ad hoc **et, le cas échéant, le juge des tutelles**, dans les cas où ils sont requis;

4) les prénoms et nom du précédent conjoint de chacun des **époux conjoints**;

5) les publications dans les divers domiciles;

6) la déclaration des contractants de se prendre pour **époux conjoint**, et le prononcé de leur union par l'officier public.

Il sera fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance de chacun des **époux conjoints**.

Un extrait des conventions matrimoniales des **époux conjoints** est transmis, à la diligence du notaire qui les aura reçues, au parquet général à fin de conservation au répertoire civil et d'inscription dans un fichier, faute de quoi les clauses dérogatoires au droit commun ne pourront être opposées aux tiers qui ont contracté avec les époux dans l'ignorance de ces conventions matrimoniales.»

Articles 79 (article IX, point 1° du projet de loi n°6172 et article 1^{er}, point 1), deuxième tiret du projet de loi n°6039) et 79-1 (article IX, point 2° du projet de loi n°6172 et article 1^{er}, point 1) du projet de loi n°6039)

La suppression du terme «*profession*» à l'article 79 et à l'article 79-1, alinéa 2 n'appelle pas d'observation.

«**Art 79.** (L. 16 mai 1975) L'acte de décès contiendra le jour, l'heure et le lieu du décès, les prénoms, nom, ~~profession~~ et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de son **époux conjoint** si la personne décédée était mariée, veuve ou divorcée; les prénoms, nom, âge, profession et domicile du déclarant et, s'il est parent, son degré de parenté.

Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, ~~profession~~ et domicile des père et mère du décédé, ainsi que la date et le lieu de la naissance de ce dernier.

Il sera fait mention du décès en marge de l'acte de naissance de la personne décédée.»

«**Art 79-1.** (L. 23 décembre 2005) Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès.

Si l'enfant est mort-né, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jours, heure, et lieu de l'accouchement, le sexe de l'enfant, le nom et les prénoms qui lui sont donnés au cas où les parents le souhaitent, les prénoms et noms, ~~profession~~ et domicile des père et mère ainsi que les lieux et dates de naissance pour autant qu'ils sont connus.»

Article 95 (article IX, point 1°, premier tiret du projet de loi n°6172)

La substitution du terme «*conjoint*» à celui d'«*époux*» n'appelle pas d'observation.

«Art 95. *Immédiatement après l'inscription sur le registre, de l'acte de la célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en enverra une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des **époux conjoints.**»*

Article 108 (article IX, point 2° du projet de loi n°6172)

Les termes «*père et mère*» sont mis au pluriel.

«Art. 108. *Le mineur non émancipé a son domicile chez celui des pères et mères qui est son administrateur légal ou chez son tuteur; le majeur interdit a le sien chez son tuteur.»*

Article 909 (article I^{er}, point 4) du projet de loi n°6039)

M. le Rapporteur donne lecture des articles 909 du Code civil belge et français qui sont libellés de la manière suivante:

- article 909 du Code civil belge:

«Art. 909. *[Les docteurs en médecine, chirurgie et accouchements,] les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>*

[Les gestionnaires et membres du personnel de maisons de repos, maisons de repos et de soins ainsi que de toute autre structure d'hébergement collectif pour personnes âgées ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'une personne hébergée dans leur établissement aurait faites en leur faveur durant son séjour.] <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>

Sont exceptées:

1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

2° les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers;

[3° les dispositions en faveur du conjoint, du cohabitant légal ou de la personne vivant maritalement avec le disposant.] <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>

[Les mêmes règles sont observées à l'égard des ministres du culte et autres ecclésiastiques, ainsi qu'à l'égard des délégués du Conseil Central Laïque.] <L 2003-04-22/45, art. 2, 009 ; En vigueur : 01-06-2003>»

- article 909 du Code civil français:

«Art. 909. Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité.

Sont exceptées:

1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ;

2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.»

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 20 avril 2010, fait observer que «Le Conseil d'Etat comprend que cette modification est destinée à répondre aux réalités tenant à la dépendance des personnes âgées ou en fin de vie et de „prévenir l'abus de l'état de faiblesse“, tel qu'il est expliqué au commentaire afférent à la disposition sous avis. Il voudrait toutefois faire deux observations, l'une d'ordre pratique, l'autre d'ordre plus fondamental. Compte tenu des réalités sociétales, la disposition sous examen ne doit pas conduire à élever systématiquement des réserves par rapport à des donations ou des legs au profit de personnes qui s'occupent, à titre bénévole ou contre rémunération, de personnes âgées. Dans un ordre juridique fondé sur l'autonomie de la personne humaine, il y a lieu de limiter les exceptions au droit de tout donateur, ou testateur, sain d'esprit et libre d'agir, de disposer de ses biens.

D'un point de vue terminologique, le Conseil d'Etat propose de se référer aux „membres du personnel...“ alors que le „personnel“ en tant que tel ne peut pas recevoir des donations ou des legs. Les autres modifications terminologiques prévues à l'article 909 du Code civil n'appellent pas d'observation particulière.»

M. le Rapporteur souligne l'approche très restrictive du texte français qui étend l'incapacité de recevoir par donation entre vifs ou par testament également à la personne d'un tuteur d'un majeur.

Le représentant du Ministère de la Justice informe les membres de la commission qu'il est proposé, dans le cadre de la réforme du régime de la tutelle dont les travaux préliminaires sont en cours, d'introduire le délit d'abus de faiblesse. L'article 223-15-2 du Code pénal français réprime l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de situation de faiblesse d'un mineur ou d'une personne particulièrement vulnérable.

M. le Rapporteur propose que la situation de la personne vivant maritalement avec le disposant soit abordée dans le cadre d'une discussion plus générale, étant donné que cela va au-delà du seul cadre de l'article 909 du Code civil.

L'orateur propose d'amender l'article 909 comme suit:

«**Art. 909.** Les ~~docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et~~ médecins, pharmaciens, **les membres des professions de santé, ainsi que les auxiliaires** qui auront traité **ou assisté** une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Sont exceptées:

1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

2° les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard des ministres des cultes et tout autre représentant d'une communauté religieuse ou convictionnelle.»

Cette proposition de texte recueille l'accord unanime de la commission.

Introduction d'un nouveau Chapitre VIII libellé comme suit: «Chapitre VIII – Des mariages et partenariats forcés ou de complaisance» dans le Code pénal

M. le Rapporteur propose d'insérer l'article III du projet de loi n°5908 en ce qu'il prévoit l'introduction d'un Chapitre VIII nouveau comportant les articles 387 à 389 nouveaux au Titre VII du Livre II du Code pénal.

Cette proposition recueille l'accord unanime des membres de la commission.

Articulation des compétences dévolues à l'officier de l'état civil

Un membre du groupe politique LSAP rappelle ses propos consignés dans le procès-verbal n°13 de la réunion du 13 février 2012. L'orateur estime que certaines pratiques qui sont devenues au fil du temps monnaie courante, ne sont pas nécessairement conformes aux textes légaux afférents et que cette situation pourrait, le cas échéant, justifier l'annulation d'un mariage pour non respect d'une disposition légale.

Les membres de la commission décident d'organiser un échange de vues avec des représentants du Ministère de l'Intérieur et à la Grande Région à ce sujet.

2. 6343 Projet de loi portant :

- 1) approbation du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000**
- 2) modification du Code pénal**
- 3) modification du Code d'instruction criminelle**
- 4) modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration**

Mme Christine Doerner est désignée rapporteur.

Présentation du projet de loi

Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer (ci-après dénommé le Protocole), entré en vigueur le 28 janvier 2004 et additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée, encore désigné par la Convention de Palerme, adoptée par une résolution A/RES/55/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 novembre 2000, a été signé par 112 Etats, dont le Luxembourg.

Ce protocole a pour objectif de prévenir et de combattre le trafic illicite de migrants ainsi que de promouvoir la coopération entre les Etats dans ce domaine.

Etant donné que selon Interpol le trafic des migrants est devenu l'activité préférentielle d'un nombre croissant d'organisations criminelles internationales, qui montrent un zèle accru et se servent de techniques très sophistiquées pour déplacer un nombre de personnes toujours plus important avec des gains toujours croissants.

C'est dans ce contexte de la propagation toujours plus importante du trafic de migrants que le Protocole a été adopté.

La notion de trafic de migrants diffère de celle de la traite des êtres humains en ce que celle-ci inclut, en plus de l'élément du déplacement payant d'un pays vers un autre, l'exploitation de la personne concernée dans ce pays.

Examen des articles et de l'avis du Conseil d'Etat

Article 1^{er}

L'article 1^{er} vise à approuver le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme, le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

Il ne donne pas lieu à observation.

Article 2

Point 1° - nouveau Chapitre VI-II intitulé «Du trafic illicite des migrants» au Titre VII du Livre II du Code pénal et comprenant les articles 382-4 et 382-5 nouveaux

Article 382-4 nouveau

Alinéa 1^{er}

L'alinéa 1^{er} de l'article 382-4 nouveau reprend la disposition figurant à l'article 143 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. Ledit article 143 sera abrogé (article 4, point 2° du projet de loi), tout en adaptant le taux des peines.

Il convient d'établir un certain parallélisme avec les peines prévues à l'article 382-1 du Code pénal relatif à l'infraction de la traite des êtres humains.

Le Conseil d'Etat fait observer qu'en Belgique et en France, les infractions établies par le Protocole ont été intégrées dans les lois respectives sur l'immigration.

Alinéa 2

Le libellé de l'alinéa 2 est largement inspiré de celui de l'article L.622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français.

Le Conseil d'Etat fait observer que le Ministère de la Justice adopte une «[...] position plus restrictive que celle prévue par l'article 6 du Protocole qui précise les actes auxquels il y a lieu de conférer le caractère d'infraction pénale. Il donne à considérer que le texte proposé incrimine l'entrée et la circulation illégales, même si l'auteur de l'infraction n'en a pas tiré un avantage financier ou matériel. Seule l'aide au séjour irrégulier doit être faite dans un but lucratif pour tomber sous l'incrimination prévue.

L'alinéa 2 diffère également de l'infraction prévue à l'alinéa 1er de l'article 382-4 qui prévoit un dol spécial pour l'infraction commise sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou le territoire Schengen. Cette approche paraît d'autant plus déconcertante que le territoire d'un Etat partie au Protocole visé à l'alinéa 2 peut parfaitement être un Etat de l'Union européenne ou de l'espace Schengen. Pour éviter toute incohérence qui risque de créer une insécurité juridique, le Conseil d'Etat insiste sur la mise en conformité du libellé des deux alinéas proposés, faute de quoi il se verra dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel. Le cas échéant, la notion de territoire figurant à l'alinéa 1er pourrait utilement être étendue au territoire d'un Etat partie au Protocole prévu à l'alinéa 2, de sorte que cet alinéa deviendrait superfétatoire et pourrait être supprimé.»

Mme le Rapporteur estime qu'il y a lieu de s'inspirer du libellé de la législation française.

Certains membres de la commission s'interrogent sur la notion de «victime» dont est question à l'article 382-5, point 1). En effet, dans la quasi-majorité des cas de figure, il y a nécessairement collusion entre le migrant «victime» et la personne qui offre de faciliter le passage illégal de la frontière et permet ainsi le séjour illégal sur le territoire d'un pays.

Le représentant du Ministère de la Justice explique que le projet de loi a été élaboré en concertation avec la Direction de l'Immigration du Ministère des Affaires étrangères. L'oratrice précise, quant à l'article 382-5 nouveau, que le terme «victime» doit effectivement être remplacé par celui de «migrant».

A propos de l'article 382-4 nouveau sous examen, elle propose de généraliser l'exigence de l'élément du but de lucre et de l'étendre à l'entrée et à la circulation illégale.

La continuation de l'examen des articles et de l'avis du Conseil d'Etat figure à l'ordre du jour de la réunion du 21 mars 2012 en tant que 2^e point à partir de 10h00.

3. Divers

M. le Président rappelle le calendrier des travaux prévu pour le mois de mars 2012:

❖ **Réunion du 21 mars 2012 à 09h00:**

1. réunion jointe avec la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police au sujet de la demande du groupe politique déi gréng du 12 janvier 2012 quant aux «*critères d'utilisation des images et des séquences vidéo enregistrées par des caméras de surveillance*»

2. Projet de loi n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat

(ce point ne concerne que les membres de la Commission juridique)

❖ **Réunion du 21 mars 2012 à 14h00:**

1. Projet de loi n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

2. Projet de loi n°5978

- examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

❖ **Réunion du 28 mars 2012**

1. Projet de loi n°6103 (IVG)

- présentation de propositions d'amendement par M. le Rapporteur

2. Projet de loi n°5978 (« squeeze-out »)

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

3. Projet de loi n°5730 (réforme de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales)

- décision quant à l'instauration d'une sous-commission afférente

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

24

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 07 mars 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 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
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

- 5908 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

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 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
- Continuation des travaux

2. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Xavier Bettel, M. Léon Gloden, Mme Lydie Polfer

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **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**

- 5908** **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

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **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

M. le Rapporteur propose de revenir aux articles 191, 200, 204, 227 et 295.

Article 192

L'orateur suggère d'adapter la peine d'amende applicable et par conséquent de faire abstraction du renvoi à l'article 63 du Code civil comme initialement proposé (cf. procès-verbal n°23 de la réunion du 29 février 2012). Par analogie à l'article 63, paragraphe (3) du Code civil (article 63, alinéa 3 actuel), il suggère également de prévoir un renvoi à l'article 264 du Code pénal.

Le libellé proposé de l'article 192 se lit comme suit:

«**Art. 192.** Si le mariage n'a point été précédé de ~~des deux~~ **la publications** requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans ~~les la publications~~ et ~~la célébrations~~ n'ont point été observés, le procureur d'Etat fait prononcer contre l'officier public une amende ~~qui ne pourra excéder de... à .. euros~~; et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende ~~proportionnée à leur fortune~~ de... à .. euros.

L'officier de l'état civil qui ne se conforme pas aux prescriptions des dispositions du présent titre est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

Suite à la décision de maintenir l'article 192, il y a par conséquent lieu de maintenir l'article 193.

Article 200

La commission décide, sur proposition de M. le Rapporteur, de maintenir l'article 200 qui correspond à l'article 200 du Code civil français.

Le droit luxembourgeois connaît des dispositions similaires en termes de responsabilité civile, notamment à l'égard des notaires en leur qualité d'officier public ou encore à l'égard du comptable extraordinaire de l'Etat (loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, articles 70, paragraphe (2) et 73).

Il y a lieu d'indiquer dans la lettre d'amendement afférente que les membres de la commission se sont interrogés sur l'opportunité de supprimer ledit article, alors qu'il semble obsolète.

[à préciser dans la lettre d'amendement]

«**Art. 200.** Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers par le procureur d'Etat, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation.»

Article 204

D'après les termes d'un arrêt de la Cour supérieure de Justice du 7 juillet 1969, le terme «*établissement*» vise une «*dotation en capital et ne vise nullement une participation à des frais d'entretien*».

Ainsi, l'enfant n'a pas le droit de demander, à raison de son mariage, la constitution et le versement d'une dot à ses parents.

Le législateur français a maintenu l'article 204 dont le libellé est identique au texte luxembourgeois.

M. le Rapporteur estime que l'abrogation de l'article 204 pourrait, le cas échéant, entraîner une application jurisprudentielle dérivée non voulue de l'obligation alimentaire des parents telle que prévue à l'article 203 du Code civil en ce que l'enfant pourrait être incité à exiger une dot.

«Art. 204. L'enfant n'a pas d'action contre ses pères et mères pour un établissement par mariage ou autrement.»

Article 227

Le libellé tel que proposé est maintenu.

«Art. 227. Le mariage se dissout:

*1° par la mort de l'un des **époux conjoints**;*

*2° par le **jugement de divorce légalement prononcé** ayant force de chose jugée.*

3° abrogé implicitement (Const. art. 18)»

Continuation de l'examen des articles

Article 295 (article

La commission unanime décide, sur proposition de M. le Rapporteur, de maintenir le libellé actuel de l'article 295 comme les travaux actuels ne visent que de réformer le volet relatif au mariage.

Articles 296 et 297 (article II, point 9° du projet de loi n°5914 et article VIII du projet de loi n°6172)

L'abrogation des articles 296 (abrogation proposée dans le cadre du projet de loi n°5914) et 297 (abrogation proposée dans le cadre du projet de loi n°6172), dont l'abrogation va de pair avec l'abrogation de l'article 228 relatif au délai de viduité imposée à la femme après divorce, n'appellent pas d'observation.

Articles 1007-1 à 1007-3 nouveaux du Nouveau Code de procédure civile (nouveau Titre VIbis) – article II, 1. du projet de loi n°5908

Dans le cadre du projet de loi n°5908, il est proposé, sous un article II, de réglementer la procédure applicable aux demandes en mainlevée dirigées contre

(i) les décisions de sursis à la célébration du mariage et de renouvellement du sursis, qui sont prononcées par le procureur d'Etat; et

(ii) les oppositions au mariage qui sont formées par le procureur d'Etat et par les personnes investies du droit d'opposition.

L'objectif est de créer une procédure rapide, simple et la moins onéreuse possible pour les futurs conjoints, tout en garantissant un double degré de juridiction.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 15 février 2011, «[...] estime qu'il serait préférable de faire un renvoi à la procédure prévue en matière de référé, plutôt que de multiplier les procédures.»

Le représentant du Gouvernement explique qu'en France une procédure similaire relève de la compétence du Tribunal de Grande Instance.

La commission unanime décide de reprendre les articles 1007-1 à 1007-3 proposés dans le cadre du projet de loi n°5914 sous un Chapitre VIbis nouveau (et non un Titre VII nouveau comme cette façon de procéder entraîne une renumérotation subséquente des titres du Nouveau Code de procédure civile) à introduire dans le Nouveau Code de procédure civile.

Il échet d'indiquer dans la lettre d'amendement que la procédure proposée est spécifique en ce qu'elle se distingue des procédures de référé prévues au Titre XV du Nouveau Code de procédure civile.

Examen des dispositions modificatives du Titre II «Des actes de l'état civil» du Livre 1^{er} du Titre préliminaire du Code civil

Article 909 (Article 1^{er}, point 4) du projet de loi n°6039)

Il est proposé, dans le cadre du projet de loi n°6039 (article 1^{er}, point 4)), de modifier l'article 909 relatif à l'incapacité de certaines personnes de recevoir par donation entre vifs ou par testament.

Le libellé de l'article 909 est adapté en vue de prévenir l'abus de faiblesse des personnes vulnérables. Ainsi, il est proposé d'élargir son champ d'application *ratio personae*.

M. le Rapporteur propose de remplacer les termes «*le personnel paramédical ou de soins*», nomenclature qui n'existe plus, par ceux de «*les professionnels de santé*» et d'élargir davantage le champ des personnes frappées de l'incapacité de recevoir (comme les aides-ménagères, le bénévole intervenant dans le cadre des soins palliatifs).

Un membre du groupe politique CSV explique que la jurisprudence belge a étendu l'interdiction de recevoir dans le chef du ministre du culte également aux sectes regroupant un ensemble d'individus partageant une même doctrine philosophique ou religieuse. L'oratrice précise que la durée du traitement administré dans le cadre de la maladie cause de décès du donateur.

Une proposition de texte sera soumise aux membres de la commission lors de la prochaine réunion.

Article 34 (article 1^{er}, point 1) du projet de loi n°6039 et article IX, point 1^o du projet de loi n°6172)

Le terme «*profession*» figurant à l'alinéa 1^{er} est supprimé, de même que le terme «*époux*» figurant au point c) de l'alinéa est remplacé par celui de «*conjoint*».

«**Art 34** (L. 16 mai 1975) Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms et nom de l'officier de l'état civil, les prénoms, noms, ~~professions~~ et domiciles de tous ceux qui y seront dénommés.

Les dates et lieux de naissance:

a) des père et mère dans les actes de naissance et de reconnaissance;

b) de l'enfant dans les actes de reconnaissance;

c) des **époux conjoints** dans les actes de mariage;

d) du décédé dans les actes de décès seront indiqués lorsqu'ils seront connus. Dans le cas contraire, l'âge desdites personnes sera désigné par leur nombre d'années, comme le sera, dans tous les cas, l'âge des déclarants.»

Article 47 (article 1^{er}, point 1. du projet de loi n°5908)

Alinéa 1^{er}

Il est proposé que la valeur probante d'un acte de l'état civil étranger ne soit plus absolue dans la mesure où il est désormais possible d'opposer des doutes au sujet de l'authenticité ou de la véracité dudit acte.

Les vérifications qui s'imposent sont effectuées par l'officier de l'état civil qui a l'obligation de continuer tout élément susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte de l'état civil au procureur d'Etat.

Le cas échéant, l'acte de l'état civil est tenu en suspens. Il importe de noter que le refus définitif de transcription dudit acte de l'état civil sur les registres de l'état civil ne s'inscrit pas dans le régime juridique du refus dans le cadre d'un acte administratif.

[à préciser dans le commentaire de l'article]

Le libellé modifié correspond à l'article 47 du Code civil français.

Alinéas 2 et 3

Les alinéas 2 et 3 sont maintenus dans leur version actuelle.

«**Art. 47.** *Tout acte de l'état civil des Luxembourgeois et des étrangers, fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant, après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.*

Les actes de naissance, de mariage et de décès dressés par les autorités compétentes étrangères et concernant des Luxembourgeois pourront être transcrits sur les registres de l'état civil de leur domicile.

Il sera fait mention du mariage ou du décès en marge des actes de naissance des personnes qu'ils concernent.»

Article 55 (article 1^{er}, point 2) du projet de loi n°6039)

La modification proposée, à savoir l'introduction d'un alinéa 2 nouveau, s'inspire de l'article 56 du Code civil belge.

Il s'agit d'éviter qu'un enfant qui vient de naître ne soit déclaré hors délai, le délai de déclaration prévu étant de cinq jours.

Le Conseil d'Etat (avis du 20 avril 2010) fait observer que le texte belge, à savoir l'article 56, alinéa 2 du Code civil belge, parle de l'avis d'accouchement et non pas de l'avis de naissance. Il propose «*de reprendre le concept d'accouchement qui met l'accent sur l'acte biologique attesté par le professionnel de la santé et permet de faire la différence avec la naissance, commencement de la vie indépendante d'un être humain, qui est juridiquement constatée dans l'acte de naissance.*»

Certains membres de la commission émettent des doutes quant à l'interaction de l'alinéa 1^{er} qui prévoit que la déclaration de naissance doit être effectuée dans un délai de cinq jours suite à l'accouchement de l'enfant et la proposition d'imposer au médecin ou, à défaut, à la sage-femme ou aux autres personnes ayant assistées à l'accouchement, d'en donner avis à l'officier de l'état civil compétent dans un délai d'un jour ouvrable suite à l'accouchement de l'enfant.

La commission unanime décide de supprimer l'alinéa 2 nouveau proposé et de maintenir l'article 55 dans sa version actuelle.

«Art. 55. L. 16 mai 1975) Les déclarations de naissance seront faites dans les cinq jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu; le jour de l'accouchement n'est pas compté dans ce délai.»

(L. 13 avril 1979) Lorsqu'une naissance n'aura pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne pourra la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant, et mention sommaire sera faite en marge à la date de naissance. Si le lieu de naissance est inconnu, le tribunal compétent sera celui du domicile du requérant.»

Article 56 (article 1^{er}, point 3) du projet de loi n°6039)

Alinéa 1^{er}

Le libellé actuel est maintenu.

Le Conseil d'Etat fait observer que l'article 56 du Code civil belge vise, pour la cas de figure d'un accouchement intervenu dans un hôpital, une maternité ou un autre établissement de soins, qu'il appartient, à défaut de la déclaration effectuée par l'un ou les deux parents (délai de 15 jours, article 55 du Code civil belge), à la personne qui assure la direction de l'établissement ou son délégué de donner à l'officier de l'état civil avis de l'accouchement (au plus tard le premier jour ouvrable qui suit celui-ci). Le médecin la sage-femme ou toute autre personne ayant assisté à l'accouchement n'interviennent que si l'accouchement a lieu hors établissement de soin.

Alinéas 2 et 3 nouveaux

La modification et l'ajout proposés tiennent compte de la recommandation n°7-286-2004 du Médiateur relative à la procédure de déclaration de naissance. Il s'agit de prévenir la fraude

documentaire en ce que l'officier de l'état civil appelé à acter la déclaration de naissance ne peut pas se baser sur les seules déclarations de l'intéressé, mais doit exiger des pièces justificatives. Ainsi, il s'agit de conférer une base légale expresse à une pratique administrative qui consiste à exiger des pièces justificatives de la part de la personne qui déclare la naissance d'un enfant.

Au point 3. de l'alinéa 2, les termes «*le cas échéant*» visent tant le livret de famille que l'acte de mariage des parents.

Le livret de famille établit le lien de famille et ne saurait constituer une quelconque pièce d'identité.

Il s'ensuit qu'à l'alinéa 3, la dispense du procureur d'Etat ne peut concerner que l'avis de naissance ou la pièce d'identité.

L'article 56 se lit de la manière suivante:

«Art. 56. La naissance de l'enfant sera déclarée par l'un des parents, ou à défaut, par les médecins, sages-femmes, ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement.

*L'acte de naissance sera rédigé immédiatement **sur présentation des pièces suivantes:***

1. l'avis de naissance;

2. une pièce d'identité du ou des parents de l'enfant et, le cas échéant, du tiers déclarant;

3. le cas échéant, le livret de famille ou, à défaut, l'acte de mariage des parents.

Dans des cas exceptionnels, le procureur d'Etat auprès du tribunal d'arrondissement du lieu de naissance de l'enfant peut dispenser de la présentation des pièces visées aux points 1. et 2. de l'alinéa précédent.»

Article 57 (article 1^{er}, point 1) du projet de loi n°6039)

La suppression du terme «*profession*» à l'endroit de l'alinéa 1^{er} ne donne pas lieu à observation.

«Art. 57. L'acte de naissance énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, le nom et les prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, noms, ~~profession~~ et domicile des père et mère ainsi que les lieux et leurs dates de naissance pour autant qu'ils sont connus.

Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. L'officier de l'état civil ne peut recevoir dans l'acte de naissance des prénoms pouvant nuire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers.

Lorsque la filiation d'un enfant est établie simultanément à l'égard de ses deux parents, au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance, ces derniers choisissent le nom qui lui est dévolu. L'enfant peut acquérir soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux.

Au cas où les deux parents ou l'un d'entre eux ont un nom composé de deux noms, ils peuvent choisir de ne conférer à leur enfant qu'un seul des noms composant leurs noms respectifs.

En cas de désaccord entre les parents sur le nom à attribuer à l'enfant, celui-ci porte le nom ou le premier nom de sa mère et le nom ou le premier nom de son père, accolés dans l'ordre défini par tirage au sort par l'officier de l'état civil, en présence de la personne qui déclare la naissance de l'enfant.

Lorsque la filiation d'un enfant est établie successivement à l'égard de ses deux parents, l'enfant acquiert le nom du parent à l'égard de qui sa filiation est établie en premier lieu.

Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard d'un seul parent, il acquiert le nom de celui-ci.

Les enfants issus des mêmes père et mère portent un nom identique.

Si les père et mère de l'enfant naturel ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il n'est fait sur les registres aucune mention à ce sujet.

Si l'acte dressé concerne un enfant naturel, l'officier de l'état civil en donne, dans le mois, avis au juge des tutelles compétent du lieu de naissance. Si l'enfant est déclaré de père et de mère inconnus, l'avis est donné dans les vingt-quatre heures.»

Article 63 (article 1^{er}, point 2. du projet de loi n°5908)

Paragraphe (1)

Le terme «*profession*» est supprimé et les verbes sont mis à l'indicatif présent.

Ces modifications ne donnent pas lieu à observation.

Paragraphe (2)

Point 1.

Le Ministre de la Justice, faisant état d'une demande afférente de la part du Ministre de la Santé, propose de supprimer l'exigence du certificat médical tel que visé par le premier tiret du point 1. En effet, on peut légitimement émettre des doutes quant à l'utilité d'un tel certificat médical. Il ne faut non plus négliger l'aspect de la protection des données à caractère privée. Il est toujours loisible aux futurs conjoints de consentir, de leur propre volonté, aux examens médicaux qu'ils estiment utiles.

Il convient de noter qu'en France, l'examen médical pré-nuptial a été abrogé par la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 (article 8-I).

En plus, le point 1., en ce qu'il énumère les pièces devant être remises à l'officier de l'état civil, ne donne pas lieu à observation.

Point 2.

M. le Rapporteur rappelle que la commission avait décidé de ne pas reprendre le point 2. nouveau en ce qu'il prévoit l'audition des futurs conjoints par l'officier de l'état civil.

Paragraphe (3)

Le paragraphe (3), en ce qu'il reprend l'alinéa 3 actuel de l'article 63 ne donne pas lieu à observation.

«Art 63. (1) Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera fait une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera énonce les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra doit être célébré.

~~**(2) L'officier de l'état civil ne pourra procéder à la publication prévue à l'alinéa ci-dessus, ni en cas de dispense de publication, La publication prévue au premier paragraphe ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, alinéa 1er, ci-après, à la célébration du mariage qu'après la remise, par chacun des futurs époux, d'un certificat médical, datant de moins de deux mois et attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage la célébration du mariage est subordonnée:**~~

A la remise, pour chacun des futurs époux, des pièces suivantes:

- les pièces exigées par les articles 70 ou 71 et, le cas échéant, par l'article 73;**
- la justification de l'identité, du domicile ou de la résidence, et de la capacité matrimoniale, au moyen de pièces délivrées par une autorité publique.**

(3) L'officier de l'état civil, qui ne se conforme pas aux prescriptions des paragraphes précédents, est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

2. Divers

Les membres de la Commission juridique décident d'arrêter le calendrier des travaux pour le mois de mars 2012 dont le détail s'établit comme suit:

❖ Réunion du 14 mars 2012 à 09h00:

Projet de loi n°6304B (attachés de justice):

- désignation d'un rapporteur
- examen de l'avis complémentaire du CE

❖ Réunion du 14 mars 2012 à 14h00:

1. Réforme du mariage
(projets de loi n°5908/n°5914/n°6172/n°5155/n°5867/n°6039):

- continuation de l'examen du Titre II «Des actes de l'état civil» du Livre 1^{er}

2. Projet de loi n°6343 (trafic illicite de migrants par terre, air et mer):

- désignation d'un rapporteur
- présentation du texte proposé
- examen de l'avis du CE

❖ Réunion du 21 mars 2012 à 09h00:

1. réunion jointe avec la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police au sujet de la demande du groupe politique déi gréng du 12 janvier 2012 quant aux «*critères d'utilisation des images et des séquences vidéo enregistrées par des caméras de surveillance*»

Ce volet ne concerne que les membres de la Commission juridique

2. Projet L n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis du CE

❖ **Réunion du 21 mars 2012 à 14h00:**

1. Projet de loi n°6304B

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du CE

2. Projet de loi n°5978

- examen de l'avis complémentaire du CE

❖ **Réunion du 28 mars 2012**

1. Projet de loi n°6103 (IVG)

- présentation de propositions d'amendement par M. le Rapporteur

2. Projet de loi n°5978 (« squeeze-out »)

- continuation de l'examen de l'avis complémentaire du CE

3. Projet de loi n°5730 (réforme de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales)

- décision quant à l'instauration d'une sous-commission afférente

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

TB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 29 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 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
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

- 5908 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

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 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
- Continuation des travaux

2. Divers

*

Présents : M. Eugène Berger en remplacement de M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Ben Fayot en remplacement de M. Marc Angel, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

Mme Tania Braas, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **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**

- 5908** **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

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **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

Article 192

M. le Rapporteur propose de supprimer l'article 192 pour deux raisons :

- 1) L'article 63 du Code civil vise déjà la publication et prévoit également des sanctions applicables à l'égard de l'officier public ayant célébré le mariage sans que les futurs époux n'aient remis au préalable un certificat médical, si bien qu'il suffirait d'élargir le champ d'application des sanctions au non-respect par l'officier public de l'obligation de publication des bans. L'alinéa 3 de l'article 63 du Code civil pourrait ainsi prendre la teneur suivante :

« L'officier de l'état civil qui ne se conformera pas ~~aux prescriptions de l'alinéa précédent~~ aux dispositions du présent article, sera puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal. » ;

- 2) Il n'existe pas de raison valable d'infliger une amende aux parties contractantes, étant donné que le contrôle du respect des formalités applicables à la célébration du mariage incombe à l'officier public et qu'il appartient à celui-ci de tirer les conséquences du non-respect de ces formalités en refusant tout simplement la célébration du mariage.

La commission décide de faire sienne cette proposition, à moins que le Ministère de la Justice présente par la suite des raisons justifiant le maintien de cet article.

Article 193

Suite à la suppression de l'article 192, cet article est également à supprimer.

Article 197

Il y a lieu de remplacer le terme « *individus* » par celui de « *personnes* ».

Article 200

M. le Rapporteur se demande si la disposition prévoyant que l'action civile sera dirigée contre les héritiers de l'officier public n'est pas obsolète et devrait partant être supprimée.

L'experte gouvernementale donne à considérer que le droit des successions repose sur le principe que les héritiers continuent la personne du *de cuius*, de sorte que l'action civile, par opposition à l'action publique, n'est pas affectée par le décès de la personne poursuivie.

La représentante du groupe politique DP est d'avis qu'en cas de décès de l'officier public, les parties intéressées devraient engager non pas la responsabilité civile des héritiers du *de cuius*, mais la responsabilité civile de l'Etat sur base de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques.

Le représentant de la sensibilité politique ADR est d'avis qu'il faut prévoir une disposition générale applicable pour tous les cas où le bourgmestre encourt une responsabilité pénale et civile et non seulement une solution susceptible d'être applicable au cas d'espèce. Par conséquent, il plaide pour le maintien de l'article 200.

M. le Rapporteur propose de consulter les législations belge et française afférentes. Il souligne d'emblée que le législateur belge a emprunté une autre approche en ce qu'il a supprimé la publication des bans. Il fait encore observer que la décision en la matière dépend quelque peu de la conception que l'on a du mariage. S'il est considéré comme un simple contrat entre parties alors l'officier public constitue en fait seulement le « notaire » des parties, de sorte que se pose la question de savoir si celui-ci est vraiment obligé de vérifier tout dans le détail.

La commission décide de revenir sur cet article, bien qu'elle penche plutôt pour une suppression de l'article 200, vu que les parties intéressées peuvent intenter une action civile contre les héritiers de l'officier public et contre l'Etat sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, respectivement de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 précitée.

Article 204

Un représentant du groupe politique CSV s'interroge sur la signification du bout de phrase « ... pour un établissement par mariage ou autrement ».

Afin d'élucider cette question, M. le Rapporteur est chargé de consulter un arrêt de la Cour supérieure de justice (Cour 7 juillet 1969, 22, 44) duquel il ressort que « *le terme établissement ne s'entend que d'une dotation en capital et ne vise nullement une participation à des frais d'entretien.* »

Article 213

M. le Rapporteur souligne qu'il importe de veiller à ce que cet article ne soit pas en contradiction avec le texte relatif à l'autorité parentale.

Quant à la question de savoir s'il ne faudrait pas remplacer les termes « *le ou les autres* » par « *l'autre* » à l'alinéa 2, M. le Rapporteur répond par la négative puisqu'à l'avenir un enfant peut avoir plusieurs pères et mères. Il précise encore que les termes « *les autres* » visent les autres pères et mères restants. [à préciser dans le commentaire des articles]

L'experte gouvernementale explique que l'article 213 constitue le régime primaire. L'alinéa 1^{er} a trait aux droits et devoirs respectifs des conjoints, l'alinéa 2 concerne les relations entre les enfants et leurs parents et l'alinéa 3 constitue en fait la suite de l'alinéa 1^{er}. La mise au pluriel des termes « *père* » et « *mère* » s'explique par le fait que le projet de loi 6172 prévoit que deux personnes du même sexe peuvent contracter mariage, de sorte qu'il se peut qu'à l'avenir un enfant ait deux pères et deux mères. En effet, les conjoints divorcés pourront éventuellement se remarier avec une personne du même sexe, si bien que l'enfant issu du premier mariage aura alors deux pères et deux mères. Les nouveaux conjoints se partageront, le cas échéant, l'autorité parentale avec les conjoints divorcés.

[à préciser dans le commentaire des articles]

Dans un souci de cohérence, M. le Rapporteur propose d'inverser l'ordre des alinéas 2 et 3 et de modifier le début de phrase du nouvel alinéa 3 de la manière suivante :

« *Si l'un des pères et mères décède ~~ou, s'il~~ se trouve privé de l'exercice de son autorité parentale, s'il est hors d'état de manifester ...* »

La commission unanime se rallie à cette proposition.

Article 214

Le représentant de la sensibilité politique ADR propose de faire du régime de la séparation des biens le régime de la communauté légale.

M. le Rapporteur souligne que l'article 214 ne constitue pas l'endroit approprié pour discuter de cette proposition engendrant une réforme incisive des régimes matrimoniaux.

Article 223

La commission unanime adopte l'ajout du bout de phrase suivant à l'alinéa 2 : « ... *pour lesquels au moins l'un des deux conjoints exerce l'autorité parentale, ...* »

Article 227

Un représentant du groupe politique CSV explique que la différence entre la disposition actuelle du point 2° et la proposition de modification réside dans le fait que tout jugement acquiert la qualité d'autorité de chose jugée dès qu'il est prononcé, mais qu'une décision de justice a force de chose jugée seulement lorsqu'elle n'est plus susceptible d'une voie de recours suspensive.

La représentante du groupe politique CSV explique encore que le mariage est dissous par le divorce légalement prononcé et que dans ce cas, le régime matrimonial prend fin et il y a lieu de liquider la communauté, mais ce ne sera qu'à partir du moment où ce jugement aura acquis force de chose jugée qu'il sera transcrit sur les registres de l'état civil et que le remariage des conjoints divorcés sera possible.

[à préciser dans le commentaire des articles].

M. le Rapporteur propose de maintenir la proposition de modification qui d'un point de vue juridique, a le mérite d'être plus claire. Dans un souci de cohérence, il est encore proposé de remplacer le terme « *divorce* » par celui de « *jugement* ».

La commission unanime se rallie à ces propositions.

Article 295

M. le Rapporteur propose de reformuler la première phrase de la manière suivante : « *Le remariage des conjoints divorcés constitue un nouveau mariage* ». Il se demande si le fait de considérer le remariage des conjoints divorcés comme étant un nouveau mariage ne permet pas de supprimer les alinéas 2 à 4, étant donné que le droit commun trouverait alors application. En d'autres termes, les conjoints divorcés qui se remarient seraient placés dans la même situation que les personnes qui se marient pour la première fois.

L'experte gouvernementale se montre très réticente à l'égard de la suppression des alinéas 2 à 4. L'oratrice est d'avis que la situation des personnes qui se remarient ne peut pas être mise sur un pied d'égalité avec celle des personnes qui se marient pour la première fois. Elle souligne que l'alinéa 2 et l'alinéa *in fine* visent à régler la situation intermédiaire des conjoints divorcés, laquelle peut avoir des conséquences non seulement sur le régime matrimonial, mais également sur les enfants nés du premier lit. A ses yeux, l'application *mutatis mutandis*

des dispositions relatives aux régimes matrimoniaux et à la légitimation à la situation sous examen nécessite de plus amples vérifications.

La commission unanime décide de revenir sur cet article.

*

M. le Rapporteur demande à ce que le texte définitif soit transmis dans une quinzaine de jours aux membres de la commission afin qu'il puisse être approuvé avant les vacances de Pâques et envoyé par la suite pour avis au Conseil d'Etat.

*

La continuation des travaux figure à l'ordre du jour des réunions des 7 et 14 mars 2012. M. le Président demande aux membres de la commission de se réserver également l'après-midi du 14 mars 2012 de 14.00 à 15.30 heures. L'ordre du jour de cette réunion reste encore à fixer.

La Secrétaire,
Tania Braas

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

TB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 29 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 6103 Projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal
 - Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi

2. 5914 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
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

- 5908 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

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 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
 - Continuation des travaux

3. Divers

*

Présents : Mme Anne Brasseur en remplacement de M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Viviane Loschetter, députée (*observateur*)

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

Mme Tania Braas, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. 6103 Projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal

Désignation d'un rapporteur

La commission unanime désigne M. Lucien Weiler comme rapporteur du projet de loi.

Présentation du projet de loi

M. le Rapporteur présente succinctement le projet de loi qui a pour objet de modifier l'article 353 du Code pénal ayant trait aux situations et conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse (ci-après « IVG ») n'est pas punissable. Pour le détail de cette présentation, il est renvoyé aux explications circonstanciées figurant à l'exposé des motifs.

Le projet de loi se fonde sur le programme de coalition 2009-2014, qui prévoit en matière de réforme de l'IVG que :

« ... Le Gouvernement entend procéder à une révision de la loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption de la grossesse. L'article 353 du Code pénal sera reformulé en disposant que l'interruption volontaire de grossesse est admise pour des raisons de détresse d'ordre physique, psychique ou social dans le chef de la femme enceinte.

A côté de la consultation obligatoire d'un médecin gynécologue ou obstétricien, il sera instauré une consultation préalable auprès de centres de consultation et d'information familiale agréés par le Ministre de la Santé publique et le Ministre de la Famille. La

consultation est ouverte et ne préjuge pas de la décision de la femme enceinte. Le libre choix du centre de consultation pour la femme enceinte est garanti.

La consultation est de rigueur avant tout avortement quelle que soit la méthode utilisée. Le délai postconsultation de sept jours sera réduit à trois jours.

En ce qui concerne les femmes enceintes mineures, l'accord des personnes investies de l'autorité parentale constitue la règle. A défaut, la femme enceinte se fera accompagner par une personne majeure de confiance lors de la consultation; cet accompagnement étant à documenter par le centre de consultation.

Les autres conditions et règles relatives à l'interruption volontaire de grossesse resteront inchangées. ... »

L'objectif du projet de loi consiste à adapter la législation actuelle aux réalités de la société luxembourgeoise. Il vise à faciliter les conditions d'accès à l'IVG et inclut parmi les situations autorisant le recours à l'IVG celles qui résultent d'une situation de détresse de la femme enceinte, détresse qui peut non seulement être d'ordre physique ou psychique, mais aussi d'ordre social. La loi du 15 novembre 1978 relative à l'information sexuelle, à la prévention de l'avortement clandestin et à la réglementation de l'interruption volontaire de la grossesse était exclusivement fondée sur l'indication médicale et ignorait la situation de la femme enceinte.

Cette ouverture du droit à l'IVG entend mettre fin à une sorte de « tourisme sanitaire » qui a poussé des femmes luxembourgeoises à se rendre dans les pays avoisinants dotés de législations adaptées aux évolutions sociétales.

La deuxième nouveauté réside dans la procédure de double consultation obligatoire avant tout avortement. Après avoir consulté un médecin gynécologue ou obstétricien, qui sont tenus d'informer la femme enceinte, entre autres, sur les méthodes d'IVG existantes, les centres de consultation et les médecins disposés à pratiquer une IVG, la femme enceinte doit consulter un centre de consultation et d'information familiale.

Enfin, le projet de loi nuance les modalités de l'accord du représentant légal prévues dans la loi de 1978 précitée lorsque la femme enceinte est mineure. Si elle désire garder le secret de son état de grossesse par rapport à ses représentants légaux, la faculté de se faire accompagner par une personne de confiance de son choix est donnée.

Avis du Conseil d'Etat

Dans son avis émis le 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat émet un certain nombre de critiques, notamment en ce qui concerne :

- la clause de résidence de trois mois : le Conseil d'Etat insiste à ce que cette disposition soit supprimée, étant donné qu'elle n'apporte pas de plus-value et qu'elle est juridiquement contestable. Il souligne que l'absence d'une clause de résidence dans les pays limitrophes a permis d'aider de nombreuses femmes luxembourgeoises dans le passé. Maintenir cette clause équivaldrait à traiter inégalement les citoyennes européennes en termes d'accès à l'avortement sur le territoire luxembourgeois, et en premier lieu les salariées frontalières, de nationalité luxembourgeoise ou autre. En outre, il est d'avis que cette clause pose problème à l'égard de l'article 60 du Traité CE (article 57 TUE) qui assure la libre prestation de services alors que l'IVG, réalisée conformément au droit de l'Etat où elle a eu lieu, est

un service au sens de cet article d'après l'arrêt de la CJCE du 4 octobre 1991 (affaire C-159/90) ;

- la deuxième consultation obligatoire : bien qu'il attache une importance particulière à la consultation dont doit pouvoir bénéficier gratuitement et sans délai chaque femme chez qui la grossesse va de pair avec une situation de détresse, le Conseil d'Etat reste réservé à l'égard de l'obligation imposée à une femme enceinte de se rendre contre sa volonté dans un centre de consultation et d'information familiale. Il s'interroge sur la plus-value qu'apporterait le caractère obligatoire d'une telle consultation, du moment où la loi garantirait qu'elle doit être explicitement proposée par le médecin lors de la première consultation. A son avis, le médecin devrait être obligé de garantir à la femme l'exercice de son droit à l'information, information qui devrait comporter aussi bien tous les aspects médicaux en rapport avec l'acte presté que les conseils d'ordre psycho-social dont doit pouvoir bénéficier toute femme enceinte concernée ;
- la détresse : le Conseil d'Etat relève que le terme de détresse ne se retrouve dans aucune définition légale et qu'il s'agit d'une notion essentiellement subjective dans le chef de la personne concernée. A son avis, la situation de détresse affecte le bien-être général, tant physique que mental et social de la femme concernée, si bien qu'elle ne peut que constituer une perception intrinsèque de la femme ne pouvant pas être soumise à une interprétation par autrui. Il donne à considérer que l'interprétation par le juge de l'état de détresse pose problème, vu que la notion de détresse n'est pas définie par des critères objectifs, mais elle doit s'analyser en une situation personnelle ne pouvant pas être objectivée et variant d'une femme à l'autre. Ainsi, le juge se trouve dans l'impossibilité pratique de vérifier les éléments constitutifs de l'infraction, de sorte que l'issue d'une poursuite pénale à la suite d'une IVG est plus qu'incertain. Il invite encore les auteurs du projet de loi à ne pas déclinier l'état de détresse de la femme enceinte en différentes variations ;
- l'autodétermination de la femme : le Conseil d'Etat insiste, sous peine d'opposition formelle, à ce que l'autodétermination reconnue par les auteurs du projet de loi à la femme enceinte se reflète également dans le texte même de l'article 353 ;
- les centres de consultation : afin de faciliter l'accessibilité aux centres de consultation, le Conseil d'Etat recommande de prévoir l'installation de tels centres également dans les établissements hospitaliers ou autres établissements agréés pour pouvoir y pratiquer des IVG, comme c'est prévu par la législation belge.

Texte de compromis CSV - LSAP

Afin de donner, dans la mesure du possible, une suite favorable aux principales critiques formulées par le Conseil d'Etat, les partenaires de la coalition proposent :

- d'implanter la deuxième consultation obligatoire auprès des services psycho-sociaux des hôpitaux ou des établissements agréés par arrêté du Ministre ayant la Santé dans ses attributions, tels que le planning familial. Cela aurait l'avantage que les conseils, voire les informations seraient dispensés dans un environnement libre de toute ingérence idéologique et que l'IVG pourrait en principe être pratiquée sans déphasage temporel au même endroit où se déroule la consultation (principe d'unicité de lieu et de temps) ;

- d'inscrire l'autodétermination de la femme enceinte dans le corps même du projet de loi ;
- de supprimer la clause de résidence de trois mois ;
- de renoncer à la déclinaison de l'état de détresse en différentes variations ;
- de maintenir la faculté pour la femme enceinte mineure qui désire garder le secret de son état de grossesse par rapport à ses représentants légaux de se faire accompagner lors de sa démarche par une personne de confiance prévue par le projet de loi, en précisant toutefois que cette personne de confiance devra être désignée en concertation avec le centre de consultation et d'information familiale et qu'elle devra donner son consentement à l'IVG.

Echange de vues

- le représentant du groupe politique LSAP explique que la principale raison de la réforme réside dans le constat que le texte actuellement en vigueur ne correspond plus aux réalités sociétales d'aujourd'hui et qu'il n'est plus en ligne avec les législations applicables dans d'autres Etats membres. Le Luxembourg appartient en fait à un petit groupe de pays qui autorisent l'IVG sous réserve de certaines indications (« avortement sur indication » ou solution de « l'indication »). L'appréciation de l'indication légale revient à un tiers, à savoir le médecin.

Il est souligné que la décision souveraine de la femme enceinte (autodétermination de la femme enceinte) constitue la pierre angulaire du projet de loi, qui se base d'ailleurs sur le modèle allemand. L'orateur souligne encore qu'il ressort des différents avis et notamment de l'avis du Conseil d'Etat que le législateur luxembourgeois ne devrait pas copier tel quel le modèle allemand, mais qu'il devrait plutôt s'inspirer de la législation belge. Celle-ci non seulement prévoit la situation de détresse sans autre spécification, mais en plus a instauré un « régime du délai » et une concentration temporelle et géographique de la consultation et de l'acte médical. Il est précisé que la proposition de texte de la coalition CSV-LSAP s'aligne sur cette législation, tout en essayant toutefois de résoudre d'autres situations complexes, telles que celle de la femme enceinte mineure en prévoyant la possibilité, à l'instar de la législation française, de se passer de l'autorisation parentale et de se faire accompagner dans ce cas par une personne majeure de son choix ;

- tout en souscrivant à la suppression de la clause de résidence, à la solution proposée concernant les mineures et à la volonté de ne pas procéder à une dépenalisation générale de l'IVG, le groupe politique déi gréng juge toutefois inacceptable que :
 - la proposition de texte de la coalition CSV-LSAP vise tout simplement à élargir les indications légales, de sorte qu'on ne peut toujours pas parler d'une IVG sans indications. Aux yeux du groupe politique déi gréng, la femme enceinte devrait pouvoir choisir librement et sans avoir à se justifier de continuer ou non une grossesse non désirée jusqu'à la 12^{ème} semaine de grossesse ou 14^{ème} semaine d'aménorrhée,
 - la 2^{ème} consultation soit obligatoire. Il accorde une grande importance à la pré-consultation, mais elle ne doit en aucun cas être obligatoire. L'information supplémentaire devrait, à son avis, se faire moyennant des brochures ou des *flyers* remis à la femme enceinte lors de la première consultation.

Il est par ailleurs proposé de mettre davantage l'accent sur des campagnes de prévention aux grossesses non désirées et de tenir compte des nouvelles possibilités médicales concernant l'IVG (IVG médicamenteuse ambulatoire) ;

- le groupe politique DP est d'avis que le texte proposé n'apporte pas de profonds changements par rapport au projet de loi. Il ne vise nullement à introduire un « régime du délai », mais élargit seulement les indications légales. Le groupe DP plaide pour la mise en place d'un « régime du délai » encadré par des règles juridiques contraignantes. En outre, il met l'accent sur le droit d'information des femmes enceintes, tout en se prononçant pourtant contre le caractère obligatoire de la deuxième consultation. La solution envisagée pour les mineures est considérée comme une avancée. L'idée du groupe politique *déi gréng* de remettre aux femmes enceintes des brochures ou des *flyers* afin qu'elles obtiennent toutes les informations nécessaires est accueillie favorablement ;
- le représentant de la sensibilité politique ADR informe les membres de la commission qu'il votera pour le projet de loi sous rubrique et qu'il se distancie partant de son parti politique qui est contre toute réforme de l'IVG. Il met l'accent sur l'utilité d'une information circonstanciée de la femme enceinte désireuse d'avorter, mais il souligne qu'il n'a pas d'opinion préconçue pour ou contre le caractère obligatoire de la deuxième consultation.

Suite à cet échange de vues, M. le Rapporteur propose d'élaborer un texte modifié tenant compte des idées formulées ci-dessus. Ce texte sera transmis par la suite aux membres de la commission et constituera alors la base des travaux en commission. En ce qui concerne la question de l'IVG ambulatoire, l'orateur donne à considérer qu'elle nécessite de plus amples vérifications, étant donné que le Conseil d'Etat s'oppose à cette éventualité qui peut mettre en péril la sécurité de la patiente, notamment eu égard au risque hémorragique. La Haute Corporation insiste en fait pour que la réalisation d'IVG se fasse exclusivement dans un établissement hospitalier ou tout autre établissement agréé à cette fin par arrêté du Ministre ayant la Santé dans ses attributions. Il est retenu que dans un premier temps, M. le Rapporteur s'informerait auprès des praticiens afin d'éclairer la question de l'IVG ambulatoire et de pouvoir assortir la définition du traitement ambulatoire de garanties nécessaires pour la femme enceinte. La commission reviendra par la suite à la proposition d'une représentante du groupe politique DP d'inviter le Président de la Société Luxembourgeoise de Gynécologie et d'Obstétrique (SLGO) en commission.

2. **5914** **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**
- 5908** **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
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **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**

Ce point est reporté à la réunion de cet après-midi.

3. Divers

M. le Président informe les membres de la commission que :

- la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration propose d'organiser une réunion jointe sur les rapports intermédiaires sur les progrès réalisés par la Roumanie et la Bulgarie au titre du mécanisme de coopération et de vérification (COM(2012) 56 et COM(2012) 57). Ce mécanisme fut installé au moment de l'adhésion de ces deux pays à l'Union européenne pour faire face à certains problèmes qui se posaient, notamment en ce qui concerne le système juridique, la lutte contre la corruption et le crime organisé. Etant donné que le Luxembourg a adopté une loi sur la reconnaissance réciproque des arrêts de l'Union européenne (loi du 28 février 2011) et vu l'état des systèmes judiciaires en Roumanie et en Bulgarie, cette loi donne lieu à inquiétude.

La commission est d'accord avec cette proposition à condition toutefois que la réunion jointe se déroule pendant la plage horaire de la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration. Le secrétariat de la commission en informera M. Fayot, Président de ladite commission.

- au vu du grand nombre de questions restées jusqu'à présent sans réponses dans le contexte des dysfonctionnements apparus dans l'affaire des Bommeleeër, le groupe politique DP demande d'organiser, en présence de M. le Ministre de l'Intérieur, une réunion jointe avec la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police portant sur le questionnaire annexé à sa demande.

M. le Président se déclare d'accord avec cette proposition, mais il estime qu'il incombe à la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police de faire les démarches nécessaires pour organiser cette réunion jointe, étant donné que le groupe politique DP demande d'inviter le Ministre de l'Intérieur en sa qualité de Ministre en charge de la Police ;

- la réunion du lundi 12 mars 2012 organisée par la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration en présence de Mme Viviane Reding, Vice-présidente de la Commission européenne et en charge de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté constitue une réunion de commission ordinaire (échange de vues), mise à part le fait qu'elle ne se

déroulera pas au sein de la Chambre des Députés, mais à la Maison de l'Europe et en présence de la presse.

La commission se déclare d'accord à participer à cette réunion. Le secrétariat de Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration en sera informé afin qu'une convocation afférente puisse être transmise aux membres des deux commissions respectives.

La Secrétaire,
Tania Braas

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 15 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 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
Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 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
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 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
 - Continuation des travaux
2. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **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**

- 5908** **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

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **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

M. le Rapporteur propose de revenir aux articles 171, 179 et 180.

Article 171

Un représentant du groupe politique LSAP aimerait disposer de plus amples renseignements au sujet de l'application des points 1° et 2° de l'article 171 et dont le libellé est directement inspiré des points 1 et 2 de l'article 3 de la Convention sur la célébration et la

reconnaissance de la validité des mariages du 14 mars 1978 approuvée par la loi du 20 décembre 1990.

En effet, le législateur luxembourgeois n'a pas repris le terme «ou» séparant les points 1 et 2 de l'article 3 de la Convention précitée.

Or, les points 1° et 2° de l'article 171 visant deux cas de figure distincts, doivent être appliqués de manière alternative et non cumulative.

Ainsi, le mariage entre une personne ayant la nationalité luxembourgeoise et une personne de nationalité italienne et domiciliée par exemple à Rome (Italie) peut, conformément au point 1° de l'article 171, être célébré au Luxembourg sous condition que les personnes satisfont aux conditions de fond imposées par la loi luxembourgeoise.

Pour l'hypothèse telle qu'édictée au point 2° de l'article 171, aucune condition de nationalité ou de résidence n'est exigée, mais les futurs conjoints doivent chacun satisfaire aux conditions de fond exigées par la loi respective applicable à son statut personnel.

La commission unanime reprend la proposition de M. le Rapporteur de séparer les points 1° et 2° par le terme «ou».

«Art. 171. Le mariage doit être célébré:

*1° dans le cas où un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, lorsque les deux futurs **époux conjoints** satisfont aux conditions de fond de la loi luxembourgeoise; **ou***

*2° lorsque chacun des futurs **époux conjoints** remplit les conditions de fond exigées par la loi applicable à son statut personnel.»*

Article 179

Le libellé de l'article 179 correspond à celui de l'article 179, alinéa 1^{er} du Code civil français. Or, le régime français de la responsabilité étatique, a contrario du droit luxembourgeois, relève de la compétence des juridictions administratives et est différent du régime de la responsabilité civile de droit commun.

De même, l'intervention du Procureur général d'Etat au niveau des oppositions au mariage vise nécessairement à maintenir l'ordre public. Cette prérogative essentielle doit être préservée et partant ne pas être susceptible d'être découragée par d'éventuelles demandes en dommages et intérêts.

M. le Rapporteur propose partant que l'opposition formée par le Procureur général d'Etat et rejetée par les juges compétents en la matière ne peut pas donner lieu à des dommages et intérêts et de modifier le libellé de l'article 179 comme suit:

«Art. 179. Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants et le ministère public, ~~pourront~~ peuvent être condamnés à des dommages-intérêts.»

Article 180 (article 180 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur rappelle la décision de la commission de supprimer la cause spécifique de la crainte révérencielle comme elle est de nature essentiellement subjective.

Il renvoie, pour ce qui est des causes d'annulation du mariage, aux articles 146-1 et 146-2 du Code civil.

Le groupe politique DP critique le libellé proposé de l'article 146-1 en ce que les critères retenus, à savoir une «*combinaison de circonstances*» et «*une communauté de vie durable*» ne répondent pas, à raison de leur caractère imprécis, à l'impératif de la sécurité juridique.

La proposition de M. le Rapporteur de copier de manière intégrale le libellé de l'article 146-1 du Code civil belge rencontre l'accord majoritaire de la commission, la sensibilité politique ADR s'y oppose comme la visée spécifique de l'article 146-1 ainsi formulé ne permet plus de cibler d'autres causes de mariage simulé.

Le libellé de l'article 146-2 proposé rencontre l'accord unanime des membres de la commission.

«Art. 146-1. Il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut de conjoint.»

«Art. 146-2. Il n'y a pas de mariage non plus lorsque celui-ci est contracté sans le libre consentement des deux époux et que le consentement d'au moins un des époux a été donné sous la violence ou la menace.»

«Art. 180. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux ~~époux conjoints~~, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les ~~époux conjoints~~, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre **ou par le ministère public.**

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux ~~époux conjoints~~ qui a été induit en erreur.»

Article 181 (article 181 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur explique que l'article 181 actuel prévoit un délai de six mois quant à la recevabilité de l'action en nullité du mariage pour violence, respectivement pour erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles.

Dans le cadre du projet de loi n°5908, il est proposé de ramener ledit délai de six mois à un an.

Le Conseil d'Etat, tout en se prononçant en faveur de cet alignement proposé (cf. avis du Conseil d'Etat du 15 février 2011, doc. parl. 5908³), fait observer, dans son avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n°5914 (cf. doc. parl. 5914⁶), qu'une approche cohérente au niveau des différents délais prévus au niveau des actions de nullité du mariage s'avère nécessaire.

L'article 181 du Code civil français prévoit, depuis la loi du n°2006-399 du 4 avril 2006, un délai de cinq ans. Auparavant, le délai prévu était de six mois.

Le Code civil belge prévoit, en son article 181, un délai de six mois.

M. le Rapporteur se prononce en faveur d'un prolongement dudit délai de six mois à un an, approche jugée plus restrictive comme il s'agit d'une mesure de protection consentie au conjoint dont le consentement n'a pas été libre.

La commission unanime accueille favorablement cette proposition.

«**Art. 181.** Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant ~~six mois un an~~ depuis que **l'époux le conjoint** a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.»

Article 182

M. le Rapporteur propose, à raison des dispositions relatives à la tutelle (articles 389 et suivants du Code civil) et relative à la curatelle (articles 488 et suivants du Code civil) de modifier le libellé de l'article 182 de la manière suivante:

«**Art. 182.** Le mariage contracté sans le consentement ~~des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille,~~ dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.»

Le libellé ainsi modifié permet de viser l'ensemble des cas de figure où le consentement préalable est nécessaire, généralisant de sorte le champ d'application de l'article 182.

La commission unanime se prononce en faveur de ce libellé modifié.

Article 183

Le libellé actuel de l'article 183 est maintenu, sauf à remplacer le terme «époux» par celui de «conjoint».

«**Art. 183.** L'action en nullité ne peut être intentée ni par les **époux conjoints** ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par **l'époux le conjoint**, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.»

Article 184 (article 184 du projet de loi n°5908)

Il est proposé de reprendre le libellé actuel de l'article 184, tout en adaptant les renvois (à vérifier une fois l'examen du texte coordonné finalisée) et de substituer le terme de «conjoint» à celui d'«époux».

«**Art. 184.** Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles **143, 144, 146, 146-1, 146-2, 147, 161, 162, et 163** peut être attaqué soit par les **époux conjoints** eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.»

Article 185 (article 185 du projet de loi n°5914 et article 185 du projet de loi n°6172)

M. le Rapporteur propose de reprendre le libellé de l'article 185 actuel tout en remplaçant le terme «époux» par celui de «conjoint» et d'aligner à chaque fois, à l'endroit des points 1° et 2°, le délai de six mois à celui d'un an. L'alignement désdits délais s'inscrit dans la volonté

de la Commission juridique de prévoir un régime juridique cohérent, tel que décidé à l'endroit de l'article 181.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission que le législateur français a abrogé l'article 185, tout comme l'article 186, par la loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007.

La commission unanime décide de maintenir provisoirement les articles 185 et 186 en attendant que M. le Rapporteur ait vérifié les raisons ayant motivé le législateur français à abroger les articles précités.

*«Art. 185. Néanmoins le mariage contracté par des **époux conjoints** 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 un an~~ depuis que ~~cet époux ce conjoint~~ ou les **époux conjoints** ont atteint l'âge ~~compétent~~ requis;*

2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avec son conjoint avant l'échéance de ~~six mois d'un an.~~»

Article 186 (article 186 du projet de loi n°5914)

A raison de la nouvelle procédure judiciaire prévue aux articles 145 et 148 et de l'abrogation notamment de l'article 160, le libellé actuel de l'article 186 est adapté en conséquence.

«Art. 186. ~~Le père, la mère, les ascendants et la famille~~ Celui des parents qui ~~ont~~ a consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent, ~~ne sont n'est~~ point recevables à en demander la nullité.»

Article 187

Le libellé actuel de l'article 187 est maintenu, sauf à substituer le terme de «conjoint» à celui d'«époux».

*«Art. 187. Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage du vivant des deux **époux conjoints**, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel.»*

Article 188

Il est proposé de modifier le libellé actuel de l'article 188 en remplaçant le terme d'«époux» par celui de «conjoint».

M. le Rapporteur propose de maintenir le terme «second mariage». En effet, le mariage susceptible d'encourir l'annulation sur demande d'un des conjoints est le mariage subséquent contracté par l'autre conjoint toujours lié par le premier mariage. Le terme «second mariage» est toujours apprécié par rapport à un mariage actuel dans les liens duquel se sont engagés les deux conjoints.

«**Art. 188. L'époux Le conjoint** au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité du vivant même ~~de l'époux du conjoint~~ qui était engagé avec lui.»

Article 189

Le libellé actuel de l'article 189 est maintenu, sauf à substituer le terme de «conjoint» à celui d'«époux».

«**Art. 189.** Si les nouveaux ~~époux conjoints~~ opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.»

Article 190

Le terme «époux» est remplacé par celui de «conjoint».

«**Art. 190.** Le procureur d'Etat, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, et sous les modifications portées en l'article 185, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux ~~époux conjoints~~, et les faire condamner à se séparer.»

Article 191

Il est proposé, dans la logique de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, de mettre les mots «père et mère» au pluriel.

«**Art. 191.** Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les ~~époux conjoints~~ eux-mêmes, par les ~~père et mère~~ parents, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.»

2. Divers

M. le Président informe les membres de la commission que la Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration organisera le lundi 12 mars 2012 une réunion à la Maison de l'Europe en présence de Mme Viviane Reding, Vice-présidente de la Commission européenne et en charge de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté.

Les membres de la commission aimeraient disposer de plus amples renseignements sur l'ordre du jour et le déroulement de ladite réunion avant de se prononcer définitivement au sujet de leur éventuelle participation.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 14 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 5914 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
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

- 5908 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

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 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
- Continuation des travaux

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Marcel Oberweis en remplacement de M. Lucien Weiler

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : Mme Christine Doerner, M. Lucien Weiler

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **5914** **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**
- 5908** **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
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**
- 6172** **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

La commission unanime décide de prévoir le principe d'une réunion hebdomadaire supplémentaire dans le cadre des travaux parlementaires portant sur la réforme du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil.

Article 165

M. le Rapporteur propose de revenir à l'article 165 et d'y supprimer (i) le terme «*simultané*» et (ii) les termes «*et dans la maison communale de la commune*».

Il suggère de préciser dans le commentaire de l'article que la présence des deux futurs conjoints est exigée. De même, on admet des exceptions au principe que la célébration du mariage a lieu dans la maison communale.

[à préciser dans la rapport de la commission]

«**Art. 165.** Le mariage ~~sera est~~ célébré **en présence des futurs conjoints** publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune et dans la commune où l'un des ~~époux conjoints~~ **aura a** son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article 63, et, en cas de dispense de publication, à la date de la célébration.»

Articles 166 et 167

Les libellés actuels respectifs sont maintenus, sauf à remplacer à chaque fois le terme

- «*sera*» par celui de «*est*»; et
- «*époux*» par celui de «*conjoint*».

«**Art. 166.** La publication ordonnée par l'article 63 ~~sera est~~ faite dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des ~~époux conjoints~~.»

«**Art. 167.** Si le domicile actuel n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication ~~sera est~~ faite en outre au lieu du domicile précédent, quelle qu'en ait été la durée.

Si la résidence actuelle n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication ~~sera est~~ faite au domicile, quelle qu'en soit la durée.

A défaut de domicile connu dans les cas prévus par les deux paragraphes qui précèdent, la publication ~~sera est~~ faite dans la commune où le futur ~~époux conjoint~~ a résidé pendant six mois.

A défaut d'une résidence continue de six mois, elle ~~sera est~~ faite au lieu de la naissance.»

Article 168

Le libellé actuel est modifié en ce qu'à chaque fois le terme

- «*devront*» est remplacé par celui de «*doivent*»;
- «*seront*» est remplacé par «*sont*»; et
- «*du premier dimanche*» par «*du jour qui suit*».

«**Art. 168.** Les publications qui ~~devront doivent~~ être faites ailleurs qu'au lieu de célébration du mariage, le ~~seront sont~~ à partir du ~~premier dimanche jour qui suivra suit~~ la réception de la réquisition écrite de l'officier de l'état civil appelé à procéder à cette célébration. L'officier de l'état civil requis ne ~~pourra peut~~ exiger la production d'autres pièces.»

Article 169

Alinéa 1^{er}

Il est proposé de remplacer le bout de phrase «*le procureur d'Etat près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel les impétrants se proposent de célébrer leur mariage*» par celui de «*procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage*».

Afin de différencier l'hypothèse de la dispense de la publication et des délais de celle de la seule dispense de la publication requise, il est proposé d'ajouter *in fine* le bout de phrase «*ou de la publication seulement.*»

Alinéas 2 et 3

Le terme «*époux*» est à chaque fois remplacé par celui de «*conjoints*».

«Art. 169. *Le procureur d'Etat ~~près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel les impétrants se proposent de célébrer leur mariage~~ du lieu de célébration du mariage peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai, ou de la publication seulement.*

*Il peut également, dans des cas exceptionnels, dispenser les futurs **époux conjoints** ou l'un d'eux seulement de la remise du certificat médical exigé par le deuxième alinéa de l'article 63.*

*Le certificat n'est exigible d'aucun des futurs **époux conjoints** au cas de péril imminent de mort de l'un d'eux prévu au deuxième alinéa de l'article 75 du présent code.»*

Article 170

Le libellé actuel est maintenu.

M. le Rapporteur propose de vérifier s'il existe un synonyme plus contemporain au mot «*usité*».

«Art. 170. *Le mariage contracté en pays étranger entre Luxembourgeois, et entre Luxembourgeois et étrangers, sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre «des actes de l'état civil», et que le Luxembourgeois n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.»*

Article 171

Le terme «*époux*» est remplacé, aux points 1° et 2° par celui de «*conjoint*».

Un représentant du groupe politique LSAP rend attentif au fait que le texte de l'article 171 reprend dans une très large mesure le libellé de l'article 3 de la Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages signée à La Haye le 14 mars 1978 et

approuvée par la loi du 20 décembre 1990, sauf à omettre le terme «ou» séparant le point 1° du point 2°.

M. le Rapporteur propose de modifier le libellé de l'article 171 en ajoutant le mot «ou» séparant les points 1° et 2°.

«Art. 171. Le mariage doit être célébré:

1° dans le cas où un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, lorsque les deux futurs **époux conjoints** satisfont aux conditions de fond de la loi luxembourgeoise; **ou**

2° lorsque chacun des futurs **époux conjoints** remplit les conditions de fond exigées par la loi applicable à son statut personnel.»

Chapitre III. – Des oppositions au mariage

Article 172

Le libellé de l'article 172 est maintenu dans sa version actuelle.

«Art. 172. Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.»

Article 173 (article 173 du projet de loi n°5914)

Il est proposé de remplacer les termes «le père et la mère ou l'un d'eux» par ceux de «les parents ou l'un d'eux».

Le représentant du Ministère de la Justice explique que dans le cadre du projet de loi n°6172 relatif à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, l'article 173 n'est pas modifié de sorte que les termes «le père et la mère» y sont maintenus. En effet, tant pour un couple de sexe différent que pour un couple de même sexe, l'enfant a, de par sa filiation biologique ou adoptive, toujours un père et une mère ou un père ou une mère.

Il convient de noter dans ce contexte que la réforme du régime de l'adoption propose d'ouvrir l'adoption simple à toutes les personnes mariées, les liens de l'enfant envers ses parents biologiques sont maintenus.

[à préciser dans le rapport de la commission]

La commission unanime décide de maintenir les termes «père et mère» et d'y ajouter le bout de phrase «ou l'un d'eux».

«Art. 173. Le père et la mère ou l'un d'eux et, à défaut ~~de père et mère, les aïeuls et aïeules les ascendants~~ peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même majeurs.

Après mainlevée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable ni ne peut retarder la célébration.»

Article 174

L'abrogation de l'article 160 du Code civil implique la suppression du point 1° du libellé de l'article 174 actuel du Code civil et rend nécessaire de l'adapter d'un point de vue rédactionnel. Le terme «époux» est encore remplacé par celui de «conjoint».

«Art. 174. A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans ~~les deux~~ le cas suivants:

~~1° lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'article 160, n'a pas été obtenu;~~

*2° lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur **époux conjoint**: cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.»*

Article 175

La nouvelle procédure telle que prévue aux articles 145 et 148 proposés prévoyant désormais l'intervention du juge des tutelles, il y a lieu d'adapter l'article sous examen en remplaçant le renvoi «conseil de famille» par celui au «juge des tutelles».

Le libellé proposé n'appelle pas d'observation particulière.

*«Art. 175. Dans le cas prévu par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par ~~un conseil de famille~~ **juge des tutelles**, qu'il pourra convoquer.»*

L'article 175-1 (article 175-1 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose de reprendre l'article 175-1 tel que proposé par le Ministère de la Justice dans le projet de loi n°5908.

Le procureur d'Etat est, en tant que gardien de l'ordre public, investi du pouvoir de s'opposer à la célébration du mariage.

Cette proposition rencontre l'accord unanime de la commission.

«Art. 175-1. Le procureur d'Etat peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage.»

Article 175-2 (article 175-2 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose de reprendre le libellé de l'article 175-2 tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908, tout en adaptant les renvois.

Paragraphe (1)

L'orateur explique qu'il est proposé (i) de préciser, dans un souci de garantie juridique et de transparence, d'énumérer les pièces à remettre par les futurs conjoints et qui complètent le dossier du mariage et (ii) de prévoir une audition préalable des futurs conjoints par l'officier de l'état civil.

Aux termes de l'exposé des motifs, l'audition commune, ou l'audition séparée de chacun des futurs conjoints par l'officier de l'état civil, a une visée préventive en ce qu'il s'agit de vérifier que la condition du consentement est remplie dans le chef de chacun des deux futurs conjoints ainsi que le caractère libre du consentement.

Il s'agit de permettre la détection d'un mariage simulé en amont.

L'introduction de cette audition dite pré-nuptiale a rencontré l'accord du Conseil d'Etat (avis du 15 février 2011 relatif au projet de loi n°5908).

M. le Rapporteur donne lecture de l'article 63 tel que proposé à l'article 1^{er}, point 2. du projet de loi n°5908:

«Art. 63. (1) Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fait une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énonce les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage doit être célébré.

(2) La publication prévue au premier paragraphe ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, alinéa 1er, la célébration du mariage est subordonnée:

1. A la remise, pour chacun des futurs époux, des pièces suivantes:

- un certificat médical datant de moins de deux mois, attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage;*
- les pièces exigées par les articles 70 ou 71 et, le cas échéant, par l'article 73;*
- la justification de l'identité, du domicile ou de la résidence, et de la capacité matrimoniale, au moyen de pièces délivrées par une autorité publique.*

2. A l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180, alinéa 1er.

L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, demande à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux.

L'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint. Le futur conjoint mineur est auditionné en présence d'un membre du comité luxembourgeois des droits de l'enfant ou d'une personne déléguée par ce comité.

(3) L'officier de l'état civil, qui ne se conforme pas aux prescriptions des paragraphes précédents, est puni des peines prévues à l'article 264 du Code pénal.»

L'orateur donne à considérer que le libellé proposé soulève toute une série d'interrogations, dont la mise en œuvre des dispositions telles que prévues par ledit article.

Le représentant du groupe politique déi gréng émet des doutes quant à une application cohérente et uniforme par les départements de l'état civil des 106 communes luxembourgeoises.

Il souligne la nécessité de déterminer des critères communs et s'interroge sur la valeur juridique et le caractère contraignant de l'entretien préalable des futurs conjoints effectué par l'officier de l'état civil.

Un représentant du groupe politique LSAP soulève le volet de la responsabilité de l'officier de l'état civil et celle du fonctionnaire délégué à l'état civil.

Un représentant du groupe politique CSV estime qu'à défaut de l'assurance d'une application strictement uniforme parmi les 106 communes, il existe le risque de provoquer une sorte de «*forum shopping*» concernant le lieu de célébration du mariage.

L'orateur s'interroge encore sur les conséquences résultant d'une éventuelle situation d'abus.

M. le Rapporteur émet des doutes sur l'utilité de cette audition préalable, d'autant plus que dans le cadre de la réforme de la nationalité et de l'indigénat, l'intervention afférente de l'administration communale qui, au fil du temps, a donné lieu à une certaine dérive, a tout simplement été supprimée.

Il propose partant de ne pas prévoir cet entretien préalable et de supprimer, à l'endroit du paragraphe (1) de l'article 175-2 sous rubrique, le renvoi à l'article 63.

Ainsi, il est assuré, de par le fait de l'intervention du procureur d'Etat, qu'une application cohérente et uniforme s'impose et ce dans un souci de sécurité juridique.

L'officier de l'état civil a, en fonction du caractère certain et pertinent des indices sérieux laissant présumer que le mariage projeté est susceptible d'être vicié, la faculté de saisir le procureur d'Etat. En d'autres termes, l'officier de l'état civil dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain à ce sujet, mais est obligé de saisir immédiatement le procureur d'Etat compétent en cas de doutes.

Paragraphe (2)

M. le Rapporteur souhaite vérifier l'opportunité d'une voie de recours à l'encontre de la décision du procureur d'Etat de ne pas procéder à la célébration du mariage. Il propose de prévoir un recours à intégrer dans une procédure de référé et jugeant au fond.

Il importe de noter que la durée du renouvellement du sursis, telle que prévue à l'alinéa 2, ne peut excéder le terme initial qui est d'un mois.

Le libellé proposé du paragraphe (2) comportant trois alinéas n'appelle pas d'autres observations.

Paragraphe (3)

Le libellé proposé ne donne pas lieu à observation.

«Art. 175-2. (1) Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre des articles 146, 146bis, 146ter et 180, alinéa 1er, l'officier de l'état civil peut saisir sans délai le procureur d'Etat. Il en informe les futurs conjoints.

(2) Le procureur d'Etat est tenu, dans le mois de sa saisine, soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu'il sera sursis à sa

célébration, dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder. Il fait connaître sa décision motivée à l'officier de l'état civil et aux futurs conjoints.

La durée du sursis décidé par le procureur d'Etat ne peut excéder un mois, renouvelable une fois par décision motivée.

A l'expiration du sursis, le procureur d'Etat fait connaître par une décision motivée à l'officier de l'état civil s'il laisse procéder au mariage ou s'il s'oppose à sa célébration.

(3) L'un ou l'autre des futurs conjoints, même mineur, peut demander en justice la mainlevée du sursis à la célébration du mariage et du renouvellement du sursis, conformément aux dispositions des articles 1007-1 à 1007-3 du Nouveau Code de procédure civile.»

Article 176 (article 176 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose de reprendre le libellé de l'article 176 tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908.

Il échet de préciser que les termes «*après une année révolue*» figurant au début de l'alinéa 3 signifient que l'acte d'opposition cesse de produire ses effets après une période de temps de 366 jours, c'est-à-dire 365 jours + 1.

Il échet de noter que l'essence dudit délai est un délai de réflexion.

La commission unanime décide de réduire ledit délai d'une année à six mois.

«Art. 176. Tout acte d'opposition énonce la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former.

Il contient également les motifs de l'opposition, reproduit le texte de loi sur lequel est fondée l'opposition et contient élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré. Les prescriptions mentionnées au présent alinéa sont prévues à peine de nullité.

Après six mois, l'acte d'opposition cesse de produire effet. Il peut être renouvelé, sauf dans le cas visé par le deuxième alinéa de l'article 173.

Toutefois, lorsque l'opposition est faite par le procureur d'Etat, elle ne cesse de produire effet que sur décision judiciaire.»

Article 177 (article 177 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur propose, tout en remplaçant le terme «*époux*» par celui de «*conjoint*», de reprendre le libellé tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908.

«Art. 177. L'un ou l'autre des futurs conjoints, même mineur, peut demander en justice la mainlevée de l'opposition au mariage, conformément aux dispositions des articles 1007-1 à 1007-3 du Nouveau Code de procédure civile.»

Article 178 (article 178 du projet de loi n°5908)

L'article 178 est à abroger comme tous les aspects procéduraux de la mainlevée judiciaire seront désormais réglés par l'article 1007 du Nouveau Code de procédure civile (nouveau Titre VII. à introduire dans le Livre I^{er}, 2^e Partie du Nouveau Code de procédure civile).

Art. 179

Il est proposé de reprendre le libellé actuel de l'article 179, tout en substituant le terme «peuvent» à celui de «pourront».

«Art. 179. Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, ~~pourront~~ peuvent être condamnés à des dommages-intérêts.»

La commission décide de revenir à l'article sous rubrique au sujet de l'éventuelle mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour toute erreur ou faute commise par le procureur d'Etat dans le cadre de son intervention suite à sa saisine par l'officier de l'état civil considérant qu'un mariage projeté présente des indices sérieux laissant présumer un mariage simulé.

Chapitre IV. – Des demandes en nullité de mariage

Article 180 (article 180 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur explique que la notion de «*crainte révérencielle*» est reprise de l'article 1114 du Code civil qui figure parmi les dispositions relatives aux conditions essentielles pour la validité des conventions et qui dispose que «*La seule crainte révérencielle envers le père, mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.*»

Il est proposé, dans le cadre de l'article 180 sous examen, d'ériger la «*crainte révérencielle*» en tant que cause d'annulation d'un mariage.

Plusieurs membres de la commission soulèvent la question de la nécessité de prévoir une telle cause d'annulation spécifique à raison des libellés respectifs à vocation générale des articles 146-1 et 146-2 qui visent les vices de consentement retenus comme causes d'annulation d'un mariage.

M. le Rapporteur propose partant de supprimer la cause de la crainte révérencielle.

«Art. 180. Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux ~~époux conjoints~~, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les ~~époux conjoints~~, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre **ou par le ministère public.**

Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux ~~époux conjoints~~ qui a été induit en erreur.»

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 13 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. de 10.30 hrs à 11.00 hrs

Echange de vues avec Monsieur le Procureur général au sujet "de la liste ou nature des objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu"
(demande du groupe politique DP du 3 février 2012 dans le cadre de l'affaire "Bommeleeër")

2. à partir de 11.00 hrs

5914 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

- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers

5908 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

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

- Rapporteur: Madame Christine Doerner

5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

- Rapporteur: Madame Christine Doerner

6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

6172 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

- Continuation des travaux

3. Divers

*

Présents : M. Ben Fayot en remplacement de M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. Claude Meisch, député (*observateur*)

M. Robert Biever, Procureur général d'Etat

Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusé : M. Marc Angel

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. de 10.30 hrs à 11.00 hrs

Echange de vues avec Monsieur le Procureur général au sujet "de la liste ou nature des objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu" (demande du groupe politique DP du 3 février 2012 dans le cadre de l'affaire "Bommeleeër")

M. le Président rappelle que le groupe politique DP a, par courrier du 3 février 2012, demandé que Monsieur le Procureur général d'Etat soit invité à une réunion de la Commission juridique afin de donner, dans le contexte de l'enquête sur les attentats à l'explosif perpétrés au cours des années 1980 au Luxembourg, des explications complémentaires au sujet des «*objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu*».

Le représentant du groupe politique DP, au sujet de la disparition des pièces saisies lors des descentes sur les lieux d'attentat à l'explosif et opérés dans le cadre des enquêtes

effectuées, parle, eu égard aux nouveaux éléments révélés et relayés par les médias, d'une véritable obstruction à la justice. Celle-ci ne se limite pas à la période des attentats à l'explosif et les enquêtes concomitantes, mais encore à des faits constatés au cours des années 1985 et 1986.

Il propose de regrouper les questions principales suivant les trois axes ci-après (l'orateur fait distribuer un document établi par son groupe politique reprenant une série de 53 interrogations regroupées en fonction de 6 catégories; document joint en annexe du présent procès-verbal):

1. la disparition des pièces saisies, dont notamment celles remises au service fédéral de police judiciaire américain (Federal Bureau of Investigation (FBI));
2. la tentative de prise d'influence de la part de l'ancien Directeur général de Police sur l'enquête de l'affaire dite «Bommeleeë»; et
3. la responsabilité des membres des forces policières et des responsables des autorités ministérielles concernées.

L'orateur déclare, à raison des termes du courrier précité du 3 février 2012, que l'échange de vues d'aujourd'hui ne portera que sur le volet relatif à la disparition des pièces remises au FBI en vue de réaliser un examen détaillé afférent.

Explications de M. le Procureur général d'Etat

Après la clôture de l'instruction d'un dossier, le juge d'instruction transmet celui-ci au Ministère Public afin de permettre à celui-ci de demander à la Chambre du conseil du tribunal

- soit de rendre une ordonnance de renvoi devant le juge du fond;
- soit de demander le non-lieu.

Dans l'hypothèse où la Chambre du conseil estime qu'il y a des indices graves et concordants à l'encontre des personnes inculpées, elle prononce le renvoi; a contrario, si tel n'est évidemment pas le cas, la Chambre du conseil prononce le non-lieu.

Normalement, le Ministère public se limite au libellé des infractions proprement dites reprochées aux inculpés. C'est uniquement dans des affaires plus complexes que ce libellé des infractions est précédé de développements plus ou moins longs. Ce n'est que rarement que l'exposé des faits est aussi étendu que comme dans l'affaire sous rubrique. Ceci s'explique tout simplement par le volume du dossier. Il aurait été impossible à la Chambre du conseil de se «retrouver» dans ce dossier sans un exposé des faits avec des références précises.

M. le Procureur général d'Etat fait deux remarques préliminaires:

1. Le réquisitoire en question n'était certainement pas destiné à être publié. Le droit de se défendre librement et de manière choisie par la défense est très certainement fondamental. L'orateur regrette toutefois que le réquisitoire afférent ait été publié par la défense et ceci d'autant plus qu'il contient un certain nombre de données relatives à la vie de tierces personnes.

2. Suite au renvoi prononcé par la Chambre du conseil de la Cour d'appel, la Chambre criminelle du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg est saisie en tant que juridiction de jugement à connaître de la culpabilité des faits mis à charge des deux suspects. Il appartient dès lors à cette juridiction de se prononcer par voie de jugement au sujet de la culpabilité des deux prévenus. Par conséquent, le parquet ne prend plus position par rapport aux différents éléments soulevés dans le dossier et attend que l'affaire soit instruite par la Chambre criminelle du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg. Le procès devra avoir lieu dans le prétoire et non sur la place publique.

L'orateur rappelle que le Service de Renseignement de l'Etat (SREL) a, au début de l'année 1986 (aucune copie dudit courrier n'a été communiquée aux autorités judiciaires), requis l'intervention de son homologue américain, la Central Intelligence Agency (CIA), au sujet de la série des attentats à l'explosif perpétrés. La CIA a continué pour raison de compétence la requête ensemble avec les pièces en question au FBI qui a établi son rapport circonstancié au courant du mois de mai 1986, seulement cinq semaines après l'attentat à l'explosif commis contre la maison du colonel Wagner et donc à un moment où personne ne savait qu'il s'agissait du dernier de la série des attentats à l'explosif.

Outre que la manière de faire des responsables de la Gendarmerie et du SREL était inqualifiable dans un Etat démocratique dont l'essence est la séparation des pouvoirs, il importe de noter que le rapport FBI contenait des éléments nouveaux qui auraient donné lieu à des mesures d'enquête supplémentaires.

Aucun inventaire des pièces transmises par le SREL aux autorités américaines n'a été établi, de sorte qu'il s'avère être impossible de connaître et de retracer le nombre et la nature des pièces qui ont été continuées. La seule certitude acquise est celle que l'ensemble des pièces saisies après l'attentat à l'explosif commis en date du 16 février 1986 à l'encontre de la maison de M. Hellinckx située à Luxembourg-Cents ont été transmises aux autorités américaines.

Tous les efforts visant à récupérer les pièces saisies et mises à disposition du FBI sont restés en vain.

Au sujet des pièces saisies restantes, M. le Procureur général d'Etat explique qu'elles constituent des pièces à valeur exploitable variable.

L'orateur déplore encore que pour certains lieux d'attentat à l'explosif, aucun inventaire des pièces saisies n'ait été dressé et que certaines analyses criminalistiques dues n'aient pas été réalisées à l'époque des faits.

Le représentant du groupe politique DP estime, au vu des explications fournies par M. le Procureur général d'Etat, qu'il y a visiblement eu certains dysfonctionnements au niveau de l'enquête policière et judiciaire. Il constate que certaines personnes continuent toujours à exercer des fonctions de responsabilité au sein de la Police grand-ducale.

M. le Procureur général d'Etat estime que les données fournies par lui dans son réquisitoire à ce sujet sont connues depuis longtemps et qu'ils ont d'ailleurs fait l'objet de sa lettre du 24 janvier 2008 adressée à Monsieur le Ministre de la Justice. L'orateur déclare qu'il n'a rien à ajouter à propos de ces questions par rapport à la lettre visée et son réquisitoire.

2. à partir de 11.00 hrs

- 5914** **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**
- 5908** **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
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**
- 6172** **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

M. le Président rappelle qu'il résulte des explications et de l'échange de vues qui s'est ensuivi que la Commission juridique va finaliser les amendements et un texte coordonné relatifs à une réforme globale du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil comprenant les articles 144 à 228 actuels en fusionnant les dispositions modificatives et abrogatoires telles que proposées dans les projets de loi n^{os}5908, 5914 et 6172 et de reprendre les dispositions afférentes figurant dans les projets de loi n^{os}5155, 5867 et 6039.

Le Conseil d'Etat émettra, une fois formellement saisi desdits amendements, un avis global.

La commission unanime décide, sur proposition de M. le Rapporteur, d'adresser un courrier à M. le Ministre de la Justice relatant

1. qu'il a été retenu, lors de la réunion de concertation entre les membres de la Commission juridique de la Chambre des Députés et ceux de la commission juridique du Conseil d'Etat en date du 8 février 2012, que ce dernier avisera les amendements relatifs à une réforme globale du Titre V. «Mariage» actuellement en cours d'examen au sein de la commission parlementaire qui lui seront envoyés au courant du mois d'avril 2012. Le texte coordonné afférent fusionne les projets de loi n^{os}5908, 5914 et 6172 et reprend les dispositions afférentes figurant aux projets de loi n^{os}5155, 5867 et 6039. Dans ce contexte, il a été décidé, de l'accord unanime des membres de la commission, que le volet de la réforme du régime de l'adoption contenu dans le projet de loi n^o6172, sera abordé une fois les amendements parlementaires au sujet de la réforme du mariage finalisés et envoyés pour avis au Conseil d'Etat;

2. que le Conseil d'Etat peut continuer ses travaux relatif au volet de la réforme de l'adoption telle que proposée dans le cadre du projet de loi n°6172;
3. que pour le volet de la réforme de l'autorité parentale et de la filiation (projet de loi n°5867), le Gouvernement va soumettre un nouveau texte comportant la mise en place d'un juge aux affaires familiales.

Articles 150 à 154

M. le Rapporteur rappelle que le libellé de l'article 148 proposé par la commission implique nécessairement l'abrogation des articles 150 à 154 actuels du Code civil comme les différents cas de figure y énumérés ont été repris à l'article 148 précité.

Articles 155 à 157

Il convient de noter que ces articles ont été déjà abrogés par une loi du 4 juillet 1967.

Articles 158 à 160

M. le Rapporteur explique que la distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel n'a plus de raison d'être, de sorte qu'il y a lieu d'abroger les articles 158 à 160 actuels du Code civil en ce qu'ils prévoient le régime et les différents cas de figure des interdictions de mariage et les dispenses d'âge des enfants naturels.

Article 160bis (article 160bis du projet de loi n°5155 et n°5867; article 160bis du projet de loi n°5914)

Au regard des articles 145 et 148 proposés, l'article 160bis devient sans objet et est partant à supprimer.

La saisine du juge des tutelles en vue (i) de la dispense d'âge et (ii) du constat de la réalisation de la condition du consentement des parents, respectivement de leur refus de consentement jugé non fondé par le juge, ainsi que les différentes constellations possibles sont désormais prévues aux articles 145 et 148 proposés.

Article 161

A l'instar de la décision de la commission de supprimer toute distinction entre enfant légitime et enfant naturel, il est proposé de supprimer les termes *«légitimes ou naturels»*.

L'article qui vise à prévenir l'inceste est presque identique au libellé de l'article 161 du Code civil français.

Les prohibitions visant les membres d'une famille par le sang valent encore dans le cadre d'une famille adoptive dans le cas de figure d'une adoption plénière.

«Art. 161. En ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants ~~légitimes ou naturels~~, et les alliés dans la même ligne.»

Article 162 (article 162 du projet de loi n°6172)

L'article pose l'interdiction de mariage entre les membres d'une même fratrie. Il est encore proposé de reprendre l'essence de l'article afférent du Code civil français où, par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, la prohibition du mariage entre alliés en ligne collatérale a été supprimée.

L'ouverture du mariage aux couples du même sexe rend nécessaire de compléter la prohibition du mariage entre les membres d'une même fratrie. Il s'agit en effet d'éviter, dans le cadre d'un mariage homosexuel, que deux frères ou deux sœurs puissent se marier.

Il échet de noter que selon une doctrine et jurisprudence françaises constantes, l'interdiction du mariage entre frère et sœur vise aussi les demi-frères ou demi-sœurs.

Distinction entre le lien de parenté et le lien d'alliance

La parenté est le lien de famille qui existe entre deux personnes ayant un ancêtre commun. Il s'agit du lien unissant les personnes par le sang¹.

L'alliance est le lien juridique existant, du fait du mariage, entre un époux et les parents de son conjoint².

Prohibition du mariage parmi les personnes unies par un lien d'alliance

Le mariage est interdit:

- entre beaux-parents et gendre ou bru; et
- entre beaux-enfants et parâtre (mari de la mère) ou marâtre (épouse du père) si la personne créant l'alliance est vivante.

En France, le Président de la République peut conformément à l'article 164 du Code civil français, dans le cas de figure du décès de la personne créant le lien d'alliance, accorder une dispense pour cause grave dans les deux hypothèses susvisées.

Au Luxembourg, il convient de noter que le décès de la personne créant le lien d'alliance a pour conséquence que les prohibitions afférentes ne sont plus de mise. Du vivant de cette personne, les prohibitions énoncées aux articles 161 à 163 proposés peuvent être levées par le procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage pour cause grave (cf. article 164 proposé ci-après).

Le partenariat enregistré et les prohibitions de mariage

Le partenariat enregistré n'a, à raison de son essence contractuelle, pas pour effet d'opérer un changement de l'état civil. Cette caractéristique différencie le partenariat enregistré du mariage qui, en tant qu'institution légale, opère de plein droit un changement de l'état civil.

¹ Lexique des termes juridiques 2012, 19^e édition, Dalloz.

² Idem.

M. le Rapporteur estime utile de réfléchir au sujet de l'application des prohibitions prévues au niveau du mariage aux personnes liées par un partenariat enregistré.

L'orateur propose de préciser la mise en œuvre de ces interdictions en citant des jurisprudences connexes dans le commentaire des articles.

[à préciser dans le rapport de la commission]

Le représentant de la sensibilité politique ADR estime que si on opte pour une extension desdites prohibitions aux personnes liées par un partenariat enregistré, il y a lieu de les étendre également aux situations de concubinage. Il est d'avis qu'il vaut mieux les limiter aux seules personnes liées par un mariage.

La commission unanime se prononce en faveur d'une interprétation stricte en ce que la source des prohibitions visées est le lien de famille par le sang.

«Art. 162. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre les frères, entre sœurs, entre le frère et la sœur ~~légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.~~»

Article 163 (article 163 du projet de loi n°6172)

Le libellé proposé est identique à celui soumis dans le cadre du projet de loi n°6172. Il est complété en ce sens que dans la logique de l'introduction du mariage homosexuel, il s'agit d'éviter que l'oncle et le neveu ou la tante et la nièce puissent se marier.

«Art. 163. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce **ou le neveu, la tante et la nièce **ou le neveu.**»**

Article 164

Il est proposé qu'il appartienne désormais à une autorité judiciaire, à savoir le procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage, de pouvoir lever pour des causes graves les prohibitions du mariage.

Il convient partant d'abroger la loi du 23 avril 1827 concernant la dispense des prohibitions du mariage prévues par les articles 162 à 164 du Code civil.

Il y a lieu d'illustrer des hypothèses de cause grave en citant des jurisprudences afférentes.

[à préciser dans le rapport de la commission]

«Art. 164. Néanmoins, ~~il est loisible au Grand-Duc de le procureur d'Etat du lieu de célébration du mariage~~ peut lever, pour des causes graves, les prohibitions ~~portées au précédent article du mariage entre l'oncle et la nièce ou le neveu, la tante et le neveu ou la nièce, le beau-frère et la belle-sœur ou le beau-frère~~ **et entre belles-mères.»**

Chapitre II. Des formalités relatives à la célébration du mariage

Article 165

M. le Rapporteur explique qu'il est proposé de requérir la présence physique simultanée des deux futurs époux et que la célébration doit de principe avoir lieu dans la maison communale.

La condition de la présence physique simultanée vise à conforter l'interdiction du mariage par procuration telle qu'édictée à l'article 144, alinéa 2 proposé.

Un membre du groupe politique CSV estime que le libellé soulève trois difficultés, à savoir:

1. la présence physique simultanée;
2. la dispense de la présence physique de l'un des deux futurs époux; et
3. le lieu obligatoire de la célébration du mariage.

Le représentant du groupe politique déi gréng demande à ce qu'on prévoit la possibilité d'une dispense de la présence physique simultanée pour des causes graves. En ce qui concerne la célébration du mariage, il estime qu'elle est traduite *in concreto* par la signature des deux futurs conjoints de l'acte de mariage.

M. le Rapporteur explique que l'article 144, alinéa 2 tel que formulé avec l'accord unanime des membres de la commission prévoit la dispense préalable pour **motif sérieux** à accorder par le procureur d'Etat.

(Art. 144. Nul ne peut contracter mariage avant l'âge de dix-huit ans.

Nul ne peut contracter mariage par procuration, sauf dispense préalable à accorder pour motifs sérieux par le procureur d'Etat.)

Le représentant du groupe politique DP propose de prévoir, en lieu et place des termes «*en présence simultanée des futurs conjoints*» le bout de phrase «*L'acte de mariage est signé par les deux futurs époux*». Il estime qu'il faut encore prévoir *expressis verbis* la dérogation à l'article sous examen.

Un représentant du groupe politique LSAP explique que la personne appelée à assumer les fonctions d'officier de l'état civil est, selon l'article 69 de la loi communale du 13 décembre 1988 telle que modifiée, soit le bourgmestre, soit un échevin ou un conseiller communal par lui délégué. En cas d'empêchement de l'officier de l'état civil délégué, il doit être remplacé soit par le bourgmestre, soit par un échevin dans l'ordre des nominations ou par un conseiller d'après le rang d'ancienneté. Or, selon l'orateur, dans de nombreuses communes, la délégation des fonctions d'officier de l'état civil dans le chef d'un conseiller n'est pas fait d'après le rang.

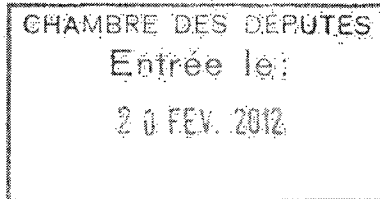
Il renvoie encore à l'arrêté royal du 8 juin 1823 contenant des dispositions à l'égard des officiers et des registres de l'état civil, dont notamment l'article 4 qui dispose que «*Les officiers de l'état civil ne pourront recevoir aucun acte qui les concerne personnellement ou qui concernerait leurs épouses, leur père et mère, ou leurs enfants.*

Dans ce cas, le bourgmestre ou le chef de l'administration locale nommera, par un acte spécial, soit un autre bourgmestre, échevin ou assesseur, soit au besoin un autre membre du conseil communal.»

La continuation des travaux figurent à l'ordre du jour de la réunion du 14 février 2012.



Luxembourg, le 20 février 2012

Monsieur Laurent MOSAR
Président de la Chambre des Députés

Luxembourg

Monsieur le Président,

Au vu du grand nombre de questions restées jusqu'à présent sans réponses dans le contexte des dysfonctionnements apparus dans l'enquête de l'affaire des Bommeleeër, le Groupe parlementaire DP vous saurait gré de bien vouloir demander aux Présidents de la Commission juridique et de la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police d'inviter Monsieur le Ministre de l'Intérieur à une prochaine réunion jointe des commissions afférentes et d'y mettre le questionnaire du DP (en annexe) à l'ordre du jour.

Croyez, je vous prie, Monsieur le Président, à l'assurance de ma très haute considération.

Claude MEISCH
Président du Groupe parlementaire DP

Transmis en copie pour information
- aux Membres de la Commission juridique
- aux Membres de la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police
- aux Membres de la Conférence des Présidents
- au Ministre de l'Intérieur et à la Grande Région
- à la Ministre aux Relations avec le Parlement
Luxembourg, le 21 février 2012
Pour le Secrétaire général de la Chambre des Députés, le Secrétaire général adjoint.



Luxemburg, den 13. Februar 2012

**Behinderung der Justiz und Zwischenfälle bei den Ermittlungen zur
Affäre "Bommeleeër"**

5, rue du St. Esprit
L-1475 Luxembourg

Tel. : 22 10 21
Fax : 22 10 13

dp@dp.lu
www.dp.lu

a) Organisation der Ermittlungen

- An den Ermittlungen zu der Affäre Bommeleeër nahmen neben der "Sûreté" auch andere Akteure wie das FBI (Federal Bureau of Investigation) oder der SRE (Service de Renseignement de l'Etat) teil, ohne dass der Untersuchungsrichter oder die Staatsanwaltschaft davon Kenntnis erhielten. Bis heute ist unklar:
 1. Wer diese Aktionen anordnete.
 2. Ob die politischen Verantwortlichen davon Kenntnis hatten.
 3. Wie der Informationsfluss damals verlief (Bsp. FBI-Bericht, Beschattung von B.Geiben).
 4. Wer die Verantwortung dafür trägt, dass wichtige Informationen nicht in das Ermittlungsdossier überwiesen wurden.
 5. Warum Gremien, wie der GOR (Groupe d'Observation et de Recherche) oder auf einer höheren Ebene das CPS (Comité Permanent de Sécurité) ihre koordinierende Rolle dabei offensichtlich nicht erfüllten.

b) Abhanden kommen von Beweisstücken

- Im Rahmen einer Fernsehsendung wurde im Jahr 2008 bekannt, dass große Teile der Beweisstücke in der Affäre "Bommeleeër" verschwunden seien. Auf Anfrage der DP gab der Staatsanwalt in der parlamentarischen Justizkommission weitere Erläuterungen. Der Verbleib der Beweisstücke schien zu dem Zeitpunkt ungeklärt. Aus der Anklageschrift geht jedoch hervor, dass Beweisstücke an das FBI zur Analyse übergeben wurden.
 6. Wurden die für Justiz und Polizei zuständigen Minister über das Fehlen der Beweisstücke in Kenntnis gesetzt? Wenn ja, wann und in welcher Form?
 7. Wurden interne Ermittlungen innerhalb der Polizei angestellt um den Verbleib der Beweisstücke und die Verantwortlichen zu ermitteln?

8. Gibt es Nachweise dafür, dass das Material an das FBI überstellt wurde und um welches Material (Aktenzeichen) es sich dabei gegebenenfalls handelt?
 9. Zu welchem Zeitpunkt stellte sich heraus, dass ein Großteil der Beweisstücke an das FBI übergeben wurde?
 10. Wurde das Material außer Lande gebracht, oder wurden die Beweisstücke von FBI-Mitarbeitern vor Ort analysiert?
 11. Über welchen Weg gelangten die Beweisstücke an das FBI? War der zuständige „Sûreté“-Beamte dafür zuständig, oder gelangte das Material über den SRE (Service de Renseignement de l'Etat) an das FBI?
 12. Wie verlief die Übermittlung im Detail?
 13. Konnte nachgewiesen werden, welche Personen von dem Abzweigen der Beweisstücke an das FBI Kenntnis hatten?
- In der Anklageschrift steht geschrieben, dass der damalige Leiter der Ermittlungen die FBI-Beamten zu den Tatorten begleitete.
14. Warum wurde ausgerechnet auf das FBI zurückgegriffen?
 15. Zu welchem Zeitpunkt und über welchen Weg erhielt die Staatsanwaltschaft Kenntnis von dieser Zusammenarbeit?
 16. Über welchen Weg erhielt die Staatsanwaltschaft letztendlich den FBI-Bericht? (Nach Angaben des SRE wurde der Bericht an das Justizministerium, das Staatsministerium und an den zuständigen Sûreté-Beamten übermittelt.)
 17. Über welchen Weg erhielt die Staatsanwaltschaft den Bericht über die Beschattung B. Geibens? (Der Bericht wurde bei den Hausdurchsuchungen in den Archiven des SRE nicht gefunden)
 18. Sind außer dem Täterprofil, noch Resultate aus den Analysen der Beweisstücke durch das FBI der Staatsanwaltschaft übermittelt worden?

c) Reaktionen auf das Abhanden kommen

19. Haben diejenigen Personen, die von der Überweisung der Beweisstücke Kenntnis hatten, zu irgendeinem Zeitpunkt die Rückerstattung der Stücke eingefordert?
20. Welche Schritte hat die Staatsanwaltschaft unternommen, seitdem sie Kenntnis hat vom Verbleib der Beweisstücke?
21. Hat die Staatsanwaltschaft beim FBI interveniert, um die entsprechenden Beweisstücke zurück zu erhalten? Wenn ja, wann wurde dieser Antrag gestellt und wurde diesem

Anliegen Folge geleistet? Wenn nein, welche Gründe wurden vom FBI angeführt?

22. Welche Schritte hat die Regierung unternommen, um die Beweisstücke zurück zu erhalten?
23. Ist der Staatsanwalt der Ansicht, dass eine Intervention der Regierung oder des Parlamentes bei den zuständigen amerikanischen Behörden in dieser Hinsicht förderlich sein könnte?

d) Briefwechsel zwischen dem Staatsanwalt und dem Justizminister

- Am 30. Januar 2008 übergab der Justizminister dem Parlament einen Brief vom 23. Januar 2008 des Staatsanwalts an seine Adresse. In diesem Brief wurden unter anderem schwerwiegende Vorwürfe gegen den damaligen Generaldirektor der Polizei erhoben. Dieser Brief scheint jedoch nur der vorläufige Endpunkt einer Korrespondenz zwischen dem Staatsanwalt und dem Justizminister gewesen zu sein, die das Verhalten des Generaldirektors zum Gegenstand hatte. Teile dieser Korrespondenz waren dem Brief vom 23. Januar 2008 angehängt. Ein Anhang, den das Parlament zum damaligen Zeitpunkt jedoch nicht erhielt, und auch heute noch nicht komplett übermittelt worden ist. Teile des Briefes bleiben für das Parlament deshalb bis heute unverständlich!
24. In dem Brief vom 29. November 2007 unterrichtet der Staatsanwalt den Justizminister über zwei Vorfälle in denen der damalige Generaldirektor der Polizei:
 - i. Versuchte darauf einzuwirken, dass die Ermittlungen in der Bommeleeër-Affäre gestoppt werden!
 - ii. Den Sachverhalt verharmloste und von der Piste BMG ablenkte!
 - iii. Aussagen tätigte, die als Drohungen in Bezug auf die berufliche Zukunft der Ermittler verstanden werden könnten.
 25. Ist dies das erste Mal (Brief vom 29. November 2008), dass der Justizminister mündlich oder schriftlich über dieses Verhalten des ehemaligen Generaldirektors der Polizei informiert wurde?
 26. Wann wurde der Justizminister zum ersten Mal mündlich oder schriftlich von dem Staatsanwalt darüber informiert, dass der ehemalige Generaldirektor der Polizei sich sträubte zusätzliche Ermittler in der Affäre Bommeleeër zur Verfügung zu stellen?

27. Wann wurde der Justizminister zum ersten Mal mündlich oder schriftlich über das Verhalten des ehemaligen DG der Polizei in Sachen Beschattung von B. Geiben informiert?
 28. Welchen Zweck verfolgte der Staatsanwalt mit diesem Brief an den Justizminister? Wurde der Brief zur Kenntnisnahme an den Justizminister geschickt oder zur Stellungnahme?
 29. Welche Folgen hatte der Brief? Welche Reaktionen folgten von Seiten des Justizministers? Welche Aktionen folgten in seiner Qualität als Polizei-Minister?
 30. Welche Reaktionen folgten von Seiten des ehemaligen Generaldirektors der Polizei?
- Am 12. Dezember 2007 adressiert der Staatsanwalt einen schriftlichen Bericht an den Justizminister über eine Unterredung, die er im Beisein von zwei Außenstehenden mit dem ehemaligen Generaldirektor der Polizei hatte. Gegenstand des Gesprächs sind die angespannten Beziehungen zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei.
31. Auf wessen Drängen ist dieses Treffen zustande gekommen?
 32. War der vorangegangene Brief (29. November 2008) und die darin enthaltenen Vorwürfe der Anlass für dieses Treffen?
 33. Warum werden diese nicht im Gespräch thematisiert?
 34. Warum unterrichtet der Staatsanwalt den Justizminister von diesem Treffen?
 35. Aus welchem Grund hält der Staatsanwalt darauf, dass außenstehende Personen bei dem Gespräch anwesend sind?
 36. Der Brief umschreibt ein Ereignis mit "l'incident" und ein weiteres mit "l'affaire". Handelt es sich dabei einerseits um die Beschattung von B. Geiben und andererseits um die Affäre "Bommeleer"?
 37. Aus welchem Grund sieht sich der Staatsanwalt dazu genötigt zweimal im Zusammenhang mit dem "incident" und der "affaire" darauf hinzuweisen, dass er keine direkten oder indirekten Sanktionen gegen Ermittler, Magistrate oder Polizisten tolerieren werde?
 38. Warum sieht sich der Staatsanwalt dazu genötigt zu betonen, dass die Beziehungen zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei in dem selben Geiste weitergeführt werden sollten, wie bisher?
 39. Angesichts der Tatsache, dass der ehemalige Generaldirektor der Polizei seine vollste Zustimmung dazu

zum Ausdruck brachte, wie muss man den Brief des Staatsanwalts vom 23. Januar 2008 verstehen, in dem die Vorwürfe gegen den Generaldirektor erneuert werden?

- Teil des Anhangs des Briefes vom 23. Januar 2008 soll ebenfalls ein Brief des Staatsanwalts vom 18. Dezember 2007 an den Generaldirektor der Polizei sein. Dieser Brief wurde dem Parlament bis dato nicht zugestellt.
- 40. In Abwesenheit des Briefes, kann der Staatsanwalt bitte den Gegenstand des Briefes erläutern?
- 41. Steht dieser Brief im Zusammenhang mit dem Wunsch des ehemaligen Generaldirektors der Polizei, erneuert verhört zu werden?
- 42. Wie ist dieser Wunsch zu verstehen, angesichts der Tatsache, dass der Staatsanwalt in seinem Brief vom 23. Januar 2008 schreibt, dass der ehemalige Generaldirektor sich nicht mehr bei der Untersuchungsrichterin gemeldet hat?
- 43. Wie ist die Kollaboration des ehemaligen Generaldirektors der Polizei mit der Untersuchungsrichterin vor diesem Hintergrund zu bewerten?
- 44. Wie sind die lückenhaften Aussagen des ehemaligen Generaldirektors der Polizei über die Beschattung von B. Geiben in diesem Zusammenhang zu bewerten?
- Am 23. Januar 2008 adressiert der Staatsanwalt erneut einen Brief an den Justizminister in dem, im wesentlichen, die Vorwürfe aus dem Brief vom 29. November 2007 wiederholt werden.
- 45. Aus welchem Grund sah sich der Staatsanwalt genötigt, diesen Brief erneut zu verfassen?

e) Disziplinarmaßnahmen und Untersuchungsgeheimnis

- Einleitend erklärt der Staatsanwalt in seinem Brief vom 23. Januar 2008, dass es in anderen Ländern ebenfalls üblich sei, dass die Staatsanwaltschaft verschiedene Elemente aus dem Ermittlungsverfahren an andere öffentliche Instanzen weiter leite ohne dadurch gegen das "*secret d'instruction*" zu verstoßen, wenn es darum gehe: "*de permettre d'alimenter ou d'éclaircir une action disciplinaire, administrative ou autre qui paraît du moins de prime abord justifiée pour permettre à d'autres autorités publiques de prendre, le cas échéant, des mesures qu'elles estiment appropriées.*"

46. Sieht der Staatsanwalt im vorliegenden Fall, diesen Tatbestand erfüllt?
47. Verfasste der Staatsanwalt den besagten Brief im Hinblick auf eventuelle disziplinarische Ermittlungen, die gegen den ehemaligen Generaldirektor der Polizei ergreifen werden sollten?
48. Bewertet der Staatsanwalt die in seinem Brief beschriebenen Tatvorgänge dahingehend, dass sie einen begründeten Anlass darstellen um disziplinarische Ermittlungen aufzunehmen? Dies vor dem Hintergrund, dass die unangebrachten Aussagen des ehemaligen Generaldirektors der Polizei gegenüber den Ermittlern und dem Staatsanwalt zum Zeitpunkt des Verfassens des Briefes nicht verjährt waren?
49. Zieht der Staatsanwalt in Erwägung, in ähnlich gelagerten Fällen, dem zuständigen Minister oder dem Parlament Informationen aus dem Ermittlungsverfahren zukommen zu lassen, um eventuelle disziplinarische oder administrative Maßnahmen zu ergreifen?

f) "Chape de Plomb" und strafrechtliche Maßnahmen.

- In seinem Brief vom 23 Januar 2008 schreibt der Staatsanwalt: *"Afin de rester poli on dira que c'est extraordinaire. Rarement on n'aura vu un tel mépris des règles juridiques et des juridictions de la part de la Police dans un Etat de droit (donc non policier)."* Diese Aussagen bezogen sich auf das Verhalten von Mitgliedern der Sicherheitskräfte während den Ermittlungen in der Affäre Bommeleeër. Darüber hinaus hat der Staatsanwalt in Bezug auf das Schweigen und die mangelnde Kooperation von Mitgliedern der Sicherheitskräfte von einer "Chape de Plomb" gesprochen, die ein Weiterkommen in den Ermittlungen zu der Affäre Bommeleeër behindere.
- 50. Sind die Ermittler auch heute noch mit der gleichen Situation konfrontiert?
- 51. Besteht der Verdacht, dass auch heute noch aktive Mitglieder der Sicherheitskräfte relevante Informationen für die Aufklärung der Bommeleeër-Affäre zurückhalten?
- In seinem Brief vom 23. Januar 2008 bedauert der Staatsanwalt, dass die Justizbehinderung zum Zeitpunkt des Verfassens des Briefes noch kein strafrechtlicher Tatbestand darstelle. Das Gesetz vom 10 Juli 2011 *"portant incrimination des entraves à l'exercice de la justice"* ändert den Artikel 141 des Strafgesetzes jedoch dahingehend ab: *"Est punie de la même peine, la personne qui, par ses fonctions, est appelée à concourir à la*

manifestation de la vérité et qui retient sciemment une information susceptible de contribuer à la manifestation de la vérité.”

52. Sieht der Staatsanwalt in diesem Gesetz eine Handhabe um gegen Mitglieder der Sicherheitskräfte vorzugehen, die auch heute noch wichtige Informationen über die Affäre Bommeleeër zurück halten?
53. Zieht die Staatsanwaltschaft in Erwägung auf der Basis dieses Gesetzes Anklage gegen Mitglieder der Sicherheitskräfte im Fall Bommeleeër zu erheben?

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

Annexe: document du groupe politique DP reprenant une série de 53 interrogations regroupées en fonction de 6 catégories

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 08 février 2012

ORDRE DU JOUR :

Echange de vues au sujet de l'instruction des projets de loi suivants:

- 5914 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
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 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
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 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

*

Présents : M. Alex Bodry, M. Félix Braz, M. Jacques-Yves Henckes, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jean-Pierre Klein

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

Echange de vues au sujet de l'instruction des projets de loi suivants:

5914 **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**

5908 **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

5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**

5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

6172 **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

Il résulte des explications et de l'échange de vues qui s'est ensuivi que la Commission juridique va finaliser les amendements et un texte coordonné relatif à une réforme globale du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil comprenant les articles 144 à 228 actuels en fusionnant les dispositions modificatives et abrogatoires telles que proposées dans les projets de loi n°5908, 5914 et 6172 et de reprendre les dispositions afférentes figurant dans les projets de loi n°5155, 5867 et 6039.

Le Conseil d'Etat émettra, une fois formellement saisi desdits amendements, un avis global.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 08 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. Nomination d'un nouveau vice-président de la commission (Art. 20, paragraphe (1) du Règlement de la Chambre des Députés)
2. 5914 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
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Continuation de l'examen du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat
- 5908 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
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 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
3. Divers

*

Présents : M. Marc Angel, M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

M. Jeannot Berg, Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. Nomination d'un nouveau vice-président de la commission (Art. 20, paragraphe (1) du Règlement de la Chambre des Députés)

Suite au départ de Mme Lydie Err, M. Marc Angel rejoint la Commission juridique et M. Alex Bodry est nommé unanimement nouveau vice-président de cette dernière.

2. 5914 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

5908 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

5155 Projet de loi portant réforme du divorce

5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale

6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

6172 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

Article 144 (article 144 du projet de loi n°6172)

Alinéa 2

M. le Rapporteur rappelle la décision de la commission de libeller l'alinéa 2 de la manière suivante:

«Nul ne peut contracter mariage par procuration, sauf dispense préalable à accorder pour motifs graves par le Procureur d'Etat.»

Article 145 (article 145 du projet de loi n°5914)

Alinéa 1^{er}

Le libellé de l'article 145 proposé est inspiré de l'article 145 du Code civil belge.

M. le Rapporteur propose, dans un souci de clarté et de précision, de modifier l'alinéa 1^{er} de la manière suivante:

«Le juge des tutelles peut, pour motifs graves, lever la prohibition de l'alinéa 1^{er} de l'article précédent. La demande est introduite ~~par requête~~ soit par les ~~père et mère~~ parents, soit par l'un d'entre eux, soit par le tuteur, soit par le mineur lui-même ~~à défaut de consentement des parents ou du tuteur.~~»

L'objet de l'article 145 étant de prévoir le régime d'exception devant le juge des tutelles autorisant, par voie judiciaire, le mariage d'un mineur, il y a lieu d'omettre toute référence à la condition du consentement des parents.

Néanmoins, il importe de lire l'article 145 ensemble avec l'article 148 proposé (voir ci-après). La solution proposée présente l'avantage que le juge des tutelles est saisi de suite pour juger, dans une et même procédure judiciaire, le volet relatif (i) à la dispense d'âge et celui relatif (ii) au consentement des parents.

Il tient à préciser qu'il n'existe pas de limite d'âge minimum au sujet de la dispense d'âge pour pouvoir se marier.

Le représentant de la sensibilité politique ADR insiste qu'il soit garanti que les décisions judiciaires afférentes puissent être rendues dans les plus brefs délais.

Alinéa 2

M. le Rapporteur propose de ne pas reprendre la procédure judiciaire particulière telle que prévue par le texte belge, mais de faire jouer le droit commun de la procédure judiciaire. L'alinéa 2 se lit dès lors de la manière suivante:

«Le juge des tutelles est saisi conformément aux dispositions des articles 1047 et suivantes du Nouveau Code de procédure civile.»

L'article 145 modifié est libellé comme suit:

«Art. 145 Le juge des tutelles peut, pour motifs graves, lever la prohibition telle que prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article 144. La demande est introduite soit par les parents, soit par l'un d'entre eux, soit par le tuteur, soit par le mineur lui-même.»

Le juge des tutelles est saisi conformément aux dispositions des articles 1047 et suivantes du Nouveau Code de procédure civile.»

Article 146

Le libellé de l'article 146 actuel du Code civil est maintenu.

Il ne donne pas lieu à observation.

Article 146-1 (article 146-1 du projet de loi n°5908)

M. le Rapporteur précise que le libellé est repris de l'article 146bis du Code civil belge sauf à ne pas reprendre le bout de phrase relatif à l'avantage en matière de séjour lié au statut d'époux.

Ainsi, le libellé proposé a, contrairement au texte belge correspondant ayant une visée spécifique, une vocation d'ordre générale.

Sur le plan de la terminologie, il convient de noter que le mariage simulé est communément dénommé «mariage blanc».

Un représentant du groupe politique DP s'interroge sur la réalité et la pertinence de la preuve de la «*création d'une communauté de vie durable*» et estime que l'articulation du libellé tel que proposé correspond, dans sa philosophie, fortement aux dispositions afférentes du droit canon.

Un représentant du groupe politique LSAP rappelle que la fonction de l'officier de l'état civil est passive en ce sens qu'il est chargé d'établir, de conserver et, le cas échéant, de communiquer sous certaines conditions les actes de l'état civil. Ainsi, il est appelé à acter des déclarations.

Le représentant de la sensibilité politique ADR est d'avis que le libellé proposé n'est guère indiqué comme il est susceptible de faire traîner les procès relatifs à l'annulation d'un mariage avec toutes les conséquences que cela emporte.

Un représentant du groupe politique CSV propose de remplacer les termes «*une combinaison de circonstances*» par celui d'«*indice*», notion juridique plus cohérente.

Un représentant du groupe politique LSAP s'interroge sur l'utilité de prévoir un texte ayant une vocation généraliste. Il donne l'exemple d'un couple projetant de se marier et dont l'un des futurs époux, atteint d'une maladie incurable, est en fin de vie.

M. le Rapporteur précise que l'application du texte proposé est circonscrite en ce qu'il dispose qu'il faut «*une combinaison de circonstances*» qui indiquerait, dans le chef d'au moins un des deux futurs époux, que le mariage est conclu en l'absence d'une quelconque volonté matrimoniale et a pour véritable but l'obtention d'un résultat autre que la seule union

matrimoniale, mais un but lié au statut d'époux comme la délivrance d'un titre de séjour, l'action de conférer à l'un des époux des avantages matrimoniaux qu'un testament ne lui aurait pas donné ou la dispense de la conscription. Il s'agit donc de conférer à l'officier de l'état civil une base légale lui permettant de jouer un rôle plus actif dans le cadre de la lutte contre le mariage blanc et le mariage forcé.

L'article 146bis du Code civil belge définit, contrairement au texte de l'article 146 du Code civil français, le mariage blanc.

De manière générale, il est de mauvaise technique législative de s'inspirer, dans le cadre d'un projet de loi, tantôt du droit belge, tantôt du droit français.

L'action en nullité fondée sur base de l'article 146-1 sous examen est une action en nullité absolue ouverte à tous ceux qui y ont intérêt.

Le Conseil d'Etat a observé, dans son avis du 15 février 2011 (projet de loi n°5908) que l'article 146bis du Code civil belge crée une cause spécifique de nullité du mariage pour conclure que cette approche «[...] présente l'avantage d'éviter de faire le détour par le défaut de consentement de l'article 146 du Code civil pour fonder l'action en nullité. En effet, la jurisprudence française retient comme fondement de nullités de mariages fictifs le plus souvent le défaut de consentement au sens de l'article 146 du Code civil.»

L'orateur propose de revenir au texte proposé une fois l'examen du projet de texte coordonné terminé.

M. le Ministre de la Justice renvoie, dans le contexte de la fonction de l'officier de l'état civil, à l'exposé des motifs du projet de loi n°5908 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.

Ainsi, il est proposé de conférer audit officier de l'état civil un droit de saisine du procureur d'Etat dans le cas de figure de l'existence d'indices sérieuses laissant présumer «soit à un défaut d'intention matrimoniale des futurs époux ou de l'un des futurs époux, soit l'absence de liberté matrimoniale». Ainsi, il est prévu d'octroyer à l'officier de l'état civil un rôle plus actif, alors que selon le droit actuel, il ne dispose d'aucun moyen d'action légal en cas de doute sur l'intention réelle des futurs époux.

Le rôle futur de l'officier de l'état civil s'inscrit partant dans une procédure *ex ante*.

L'article 146-1 est libellé de la manière suivante:

«Art. 146-1. Il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des conjoints n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable.»

Article 146-2

Le libellé proposé est identique à celui de l'article 146ter du Code civil belge et ne donne pas lieu à observation.

Article 147 (article 147 actuel du Code civil)

Il est proposé de remplacer les notions de «second» et «premier» par celle de «nouveau», respectivement par celle de «précédent». Il s'agit de conférer une portée générale univoque à cette obligation.

Le libellé modifié proposé se rapproche davantage du texte de l'article 391 du Code pénal disposant que «*Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni de la réclusion de cinq à dix ans.*»

L'article 147 proposé se lit de la manière suivante:

«Art 147. *On ne peut contracter un ~~second~~ **nouveau** mariage avant la dissolution du **premier précédent.**»*

Article 148 (article 148 des projets de loi n°5914 et 6172)

M. le Rapporteur explique que le libellé proposé reprend celui de l'article 148 du Code civil belge, sauf à remplacer le terme «*tribunal*» par celui de «*juge*», tout en y ajoutant un dernier alinéa nouveau.

L'article 148 doit être lu ensemble avec l'article 145. La combinaison de ces deux articles précités présente l'avantage indéniable que le juge des tutelles pourra être saisi en tant que juge dans une et même procédure judiciaire concernant le volet relatif (i) à la dispense d'âge et celui relatif (ii) au consentement des parents.

L'articulation du texte proposé permet au juge saisi, dans son appréciation du dossier, de tenir compte de l'intérêt de l'enfant.

La notion d'«*abusif*» connaît une connotation plus restrictive que celle relative au terme «*non fondé*».

La commission unanime se prononce en faveur du terme «*non fondé*» et souhaite remplacer, dans l'ensemble du projet de texte coordonné, les termes «*père et mère*» par celui de «*parents*».

L'article 148 se lit comme suit:

«Art. 148 *Le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses ~~père et mère~~ parents.*

Ce consentement est constaté par le juge des tutelles saisi de la demande de dispense d'âge.

Si les ~~père et mère~~ parents refusent leur consentement, le juge peut autoriser le mariage s'il juge le refus ~~abusif~~ non fondé.

Si l'un des ~~père et mère~~ parents refuse son consentement, le tribunal peut autoriser le mariage s'il juge le refus non fondé. Celui des ~~père et mère~~ parents qui ne comparaît pas est censé ne pas avoir consenti au mariage.

Si l'un des ~~père et mère~~ parents est dans l'impossibilité de manifester sa volonté et que l'autre refuse son consentement, le juge peut autoriser le mariage s'il juge le refus ~~abusif~~ non fondé.

Si les ~~père et mère~~ parents sont l'un et l'autre dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou ne comparaissent pas, le mariage peut être autorisé par le juge

Si le ~~père ou la mère~~ l'un des parents est mort et le survivant ne donne pas son consentement, le mariage peut être autorisé par le juge.»

Article 149

Le cas de figure visé à l'article 149 actuel du Code civil étant repris en tant que dernier alinéa de l'article 148 proposé, il y a partant lieu d'abroger l'article 149.

3. Divers

Suite au courrier du 3 février 2012 du groupe politique DP demandant à procéder au sein de la Commission juridique à un échange de vues avec M. le Procureur général d'Etat au sujet «*de la liste ou nature des objets qui auraient, le cas échéant, disparu, de la date où il est établi que ces objets ont existé dans les services compétents de la police et de la période depuis laquelle lesdits objets y auraient disparu*», il est décidé que la réunion afférente aura lieu le **lundi 13 février 2012 de 10h30 à 12h00**.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 01 février 2012

ORDRE DU JOUR :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 4, 9, 11, 18 et 25 janvier 2012
2. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale et portant modification
 - de l'article 372 du Code pénal; et
 - de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et portant modification - du Code d'instruction criminelle, - du Code pénal, - de la loi modifiée du 12 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse, - de la loi modifiée du 16 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté, - de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse
 - Rapporteur: Monsieur Gilles Roth
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport
3. 5914 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
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Continuation de l'examen du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat
- 5908 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
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 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

4. Divers

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth

Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusé : M. Lucien Weiler

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 4, 9, 11, 18 et 25 janvier 2012

Les projets de procès-verbal reproduits sous rubrique recueillent l'accord unanime des membres de la commission.

- 2. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale et portant modification**
- de l'article 372 du Code pénal; et
 - de l'article 34 de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et portant modification - du Code d'instruction criminelle, - du Code pénal, - de la loi modifiée du 12 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse, - de la loi modifiée du 16 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté, - de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse

Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 31 janvier 2012

Les modifications textuelles proposées par la Commission juridique moyennant les amendements du 18 et 25 janvier 2012 n'appellent, d'un point de vue formel et légistique, pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat résume les modifications législatives subséquentes intervenues avant de s'interroger quant aux motifs sous-jacents des deux amendements parlementaires soumis par la Commission juridique, à savoir s'il est de l'intention de la commission parlementaire de «[...] renforcer le système répressif retenu dans la loi de 2011 ou de trouver, pour l'avenir, une réponse adéquate au problème né du raccourcissement des délais de prescription pour les infractions perpétrées avant les réformes de 2009 et 2001».

Ainsi, si la finalité desdits amendements parlementaires est de renforcer le dispositif répressif dans «[...] l'optique d'une protection des mineurs, en réintroduisant le seuil de onze ans pour qualifier l'attentat à la pudeur commis sans violence ou menaces en crime», le Conseil d'Etat déclare «comprendre» la démarche de la commission parlementaire.

A contrario, s'il est visé de régler le problème né du «[...] raccourcissement non voulu par les auteurs de la loi de 2011 des délais de prescription, la solution est donnée par l'amendement du 25 janvier 2012 portant modification de l'article 34 de la loi de 2009».

Le Conseil d'Etat se demande si la prolongation du délai de prescription de cinq ans à dix ans pour l'infraction de l'attentat à la pudeur sans violence commise sur un mineur de moins de onze ans «[...] s'impose dans une optique de répression.». Il donne à considérer que «[...] l'extinction de l'action publique intervenue par la prescription, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi de 2011, ne peut être éliminée par aucun des deux amendements proposés».

Présentation et adoption du projet de rapport

M. le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport.

L'orateur rappelle que selon les dires du Procureur général d'Etat, entendu lors de la réunion de la commission du 25 janvier 2012, quatre affaires tombent sous le champ d'application de l'actuel article 372 du Code pénal, dont deux n'ont pas encore été renvoyées devant une juridiction de jugement. Pour l'une des deux affaires qui ont été renvoyées devant la Chambre criminelle et qui sont en état de délibéré, les juges ont estimé (le jugement a été rendu dans l'après-midi du mercredi 25 janvier 2012) qu'ils ne sont pas compétents comme l'infraction est n'est plus un crime, mais bien un délit.

Aucun chiffre n'a été avancé au sujet du nombre des affaires en cours d'instruction.

Application dans le temps des différentes modifications législatives relatives à l'infraction de l'attentat à la pudeur

Au sujet de l'infraction de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur de moins de onze ans, l'orateur explique qu'il faut, une fois la nouvelle législation entrée en vigueur, différencier, tant pour la qualification du fait punissable que pour le délai de prescription afférent, en termes d'application dans le temps des différentes législations et dispositions modificatives, quatre phases, à savoir:

1. Le fait commis avant le 1^{er} janvier 2010 (date d'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales):

Il s'agit d'un délit dont l'action publique se prescrit dans un délai de trois ans à partir du jour de la commission du fait délictuel.

2. Le fait commis pendant la période de temps comprise entre le 1^{er} janvier 2010 et le 28 juillet 2011 (date d'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2011 portant: 1. approbation a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007 b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle; Mémorial A, n°152 du 25 juillet 2011):

Il s'agit d'un délit dont l'action publique se prescrit dans un délai de cinq ans à partir de la majorité de la victime.

3. Le fait commis pendant la période de temps comprise entre le 28 juillet 2011 et l'entrée en vigueur du texte de loi proposée par le projet de loi n°6338 (le vote est prévu en la séance plénière de la Chambre des Députés du 2 février 2012):

Il s'agit d'un délit dont l'action publique se prescrit dans un délai de cinq ans à partir de la majorité de la victime.

4. Le fait commis à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation:

Il s'agit d'un crime soumis à une prescription de dix ans qui ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime.

Un représentant du groupe politique DP se demande si l'application de la nouvelle législation et la computation du délai de prescription, une fois entrée en vigueur, s'apprécie à partir du moment de l'ordonnance de clôture de l'instruction ou à partir du moment de l'ordonnance de renvoi.

Le représentant du Ministère de la Justice informe les membres de la commission que dans l'une des deux affaires renvoyées devant la juridiction de jugement, la Chambre criminelle s'est déclarée incompétente (prononcé a eu lieu le 25 janvier 2012). Dans l'autre affaire, la Chambre criminelle a prononcé une peine privative de liberté de 6 ans dont 4 avec sursis en application de l'article 60 du Code pénal (concours réel d'infractions) et une peine d'amende de 3.000 euros.

Ainsi, il faut juger chacune des affaires concernées de manière distincte et en fonction de son contexte particulier.

En ce qui concerne la fixation du moment de l'application de la nouvelle législation, il appartient aux juridictions de le déterminer.

Le volet de l'indemnisation éventuelle de la personne ayant subi un dommage dû à l'erreur législatif commis

M. le Rapporteur précise, en ce qui concerne le volet de l'indemnisation dans le cadre de la responsabilité civile sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, que l'action civile est soumise à la prescription trentenaire de droit commun (article 2262 du Code civil).

En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat du fait des lois sur base de la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, l'orateur renvoie à l'article de M. T. Biever intitulé «*De l'irresponsabilité de l'Etat législateur, Esquisse de droit luxembourgeois*» publié dans le cadre du Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, 1957 et qui affirme: «*Prises dans leur acceptation à la fois matérielle et formelle, comme règles générales et impersonnelles édictées dans les formes constitutionnelles par les organes concourant au pouvoir législatif, les lois comportent comme conséquences nécessaires des avantages pour les uns, des inconvénients pour les autres. Rançon de toute vie en société, ce réaménagement de l'ordre juridique est l'objectif même de ces lois, et toute réforme sociale et économique est à ce prix. En principe on ne peut donc rationnellement songer - sous peine de paralyser l'activité étatique ou de ruiner les finances de l'Etat - de permettre aux personnes ou catégories de personnes à qui une réforme cause quelque dommage, de mettre en échec l'application de la loi ou de demander une compensation pécuniaire.*»

La mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour la réparation d'un dommage causé par une loi est conditionnée par «*[...] la transgression de celui-ci d'une norme supérieure lui dictant sa conduite*¹». Transposé au cadre institutionnel luxembourgeois, cela signifie que la loi incriminée est soit non conforme à une disposition constitutionnelle, soit contraire à une disposition d'un traité international.

De plus, il faut que le dommage soit de nature à causer «*[...] à un nombre restreint de personnes un préjudice distinct, spécial et anormal, en portant directement atteinte à une situation légitimement acquise.*²»

Ainsi, une indemnisation sur base de la loi du 1^{er} septembre 1988 précitée s'avère a priori être, à raison des critères d'application restrictifs, difficilement réalisable.

Un représentant du groupe politique DP estime que tant d'un point de vue légal que moral, il y a obligation de mener les réflexions nécessaires en vue de mettre en place, sous une forme restant à être définie, une indemnisation en faveur des personnes victimes d'un attentat à la pudeur commis sans violence alors qu'elles avaient moins de onze ans et dont la poursuite des affaires ne peut avoir lieu à raison de la prescription de l'action publique acquise.

Cette indemnisation devrait être gérée, pour des raisons de neutralité, par une tierce personne.

Le représentant du Ministère de la Justice renvoie à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 12 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse qui dispose que (voir passages de texte soulignés):

«Art. 1er.- *Toute personne ayant subi au Grand-Duché un préjudice matériel ou moral résultant de faits volontaires qui présentent le caractère matériel d'une infraction a droit à une indemnité à charge de l'Etat:*

1) si elle réside régulièrement et habituellement au Grand-Duché; ou

¹ Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publique, 2^e édition, Pasirisie 2006, point 263

² idem

2) si, au moment où elle a été la victime de l'infraction, elle se trouvait en situation régulière au Grand-Duché; ou

3) si elle est ressortissant d'un Etat membre du Conseil de l'Europe;

et si les conditions suivantes sont réunies:

1° ces faits ont ou bien causé un dommage corporel et ont entraîné, soit la mort, soit une incapacité permanente, soit une incapacité totale de travail personnel pendant plus d'un mois ou bien sont punis par les articles 372 à 376 du code pénal;

2° le préjudice consiste en un trouble grave dans les conditions de vie résultant d'une perte ou d'une diminution de revenus, d'un accroissement de charges ou de dépenses exceptionnelles, d'une inaptitude à exercer une activité professionnelle, d'une perte d'une année de scolarité, d'une atteinte à l'intégrité physique ou mentale ou d'un dommage moral ou esthétique ainsi que des souffrances physiques ou psychiques. La victime d'une infraction aux articles 372 à 376 du code pénal est dispensée de rapporter la preuve d'une atteinte à l'intégrité physique ou mentale qui est présumée dans son chef;

3° la personne lésée ne peut obtenir, à un titre quelconque, une réparation ou une indemnisation effective et suffisante.

Toutefois, l'indemnité peut être refusée, ou son montant réduit, en raison du comportement de la personne lésée lors des faits ou de ses relations avec l'auteur des faits.»

Ainsi, une indemnisation sur base de la loi de 1984 précitée est possible.

Soumis au vote, le projet de rapport est adopté à l'unanimité des membres de la commission.

3. 5914 **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**

5908 **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

5155 **Projet de loi portant réforme du divorce**

5867 **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

6039 **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

6172 **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**

M. le Rapporteur propose de reprendre l'examen de l'ensemble des articles qu'il est proposé de modifier dans le cadre des 6 projets de loi repris sous rubrique sur base d'un tableau synoptique réalisé par le Ministère de la Justice (le document mentionné a été distribué séance tenante).

Il est proposé de maintenir, pour autant que possible, la numérotation actuelle des dispositions (articles 144 à 288) du Titre V «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil.

Chapitre 1^{er}. - Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage

Article 143 nouveau (article 144 du projet de loi n°6172)

L'article 143 étant actuellement abrogé, il est proposé de reprendre l'article 144, alinéas 1^{er} et 2, proposé dans le cadre du projet de loi n°6172 en tant qu'article 143 nouveau.

Cette façon de procéder permet de maintenir, sous une forme modifiée, l'article 144 actuel qui fixe la condition d'âge pour pouvoir contracter mariage.

M. le Rapporteur explique que le libellé de l'article 143 nouveau correspond à celui de l'article 143 du Code civil belge.

Le libellé de l'article 143 nouveau recueille l'assentiment unanime de la commission.

Article 144 (article 144 du projet de loi n°6172)

Alinéa 1^{er}

L'alinéa 1^{er} de l'article 144 modifié reprend, sous réserve de la suppression du terme «révolu» figurant in fine, l'alinéa 3 de l'article 144 proposé dans le projet de loi n°6172.

Il ne donne pas lieu à observation.

Alinéa 2

Il est proposé, notamment dans le but de lutter contre les mariages forcés ou de complaisance, de requérir à titre de condition de fond la présence physique des deux personnes qui veulent contracter mariage devant l'officier de l'état civil.

M. le Rapporteur explique qu'actuellement, il n'y a aucune disposition légale interdisant formellement la célébration du mariage par procuration, c'est-à-dire en l'absence d'un des futurs époux.

Un représentant du groupe politique DP informe que le mariage doit obligatoirement être célébré dans la maison communale du lieu de domicile ou de résidence des futurs époux. L'article 75 du Code civil admet deux exceptions à ce principe:

1. en cas d'empêchement grave, le Procureur d'Etat territorialement compétent peut requérir l'officier de l'état civil de se rendre au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage; et

2. en cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y rendre avant toute réquisition ou autorisation du Procureur d'Etat auquel il devra ensuite, dans les plus brefs délais, faire part de la nécessité de cette célébration, hors de la maison commune.

L'orateur ajoute que pour le mariage d'un membre de la famille grand-ducale, il est de coutume que l'officier de l'état civil se rend au Palais grand-ducal aux fins de procéder à la célébration du mariage.

Il s'interroge sur le bien-fondé de la proposition de refuser à l'avenir tout mariage par procuration et estime qu'il y a lieu de prévoir des exemptions pour des causes déterminées (comme l'éloignement dû à une opération de maintien de paix, une maladie en phase terminale)

M. le Rapporteur explique que l'article 146-1 nouveau tel que proposé dans le cadre du projet de loi n°5908 est directement inspiré de l'article 146-1 du Code civil français qui dispose que «*Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence.*» Cette condition de comparution personnelle, introduite par la loi n°93-1027 du 24 août 1993 constitue une condition de fond du mariage régie par la loi personnelle.

L'orateur s'interroge sur la portée de cet article 146-1 nouveau proposé, notamment eu égard aux implications de droit international privé. Ainsi, pour un mariage dit mixte, la présence du futur conjoint de nationalité luxembourgeoise est requise, alors que son futur conjoint de nationalité étrangère ne doit pas être physiquement présent.

Il propose de modifier le libellé de l'alinéa 2 de la manière suivante:

«Nul ne peut contracter mariage par procuration, sauf dispense préalable à accorder pour motifs sérieux par le Procureur d'Etat.»

Une autre possibilité est de prévoir cette obligation de comparution personnelle dans le Chapitre II.- «*Des formalités relatives à la célébration du mariage*» et qui devient de sorte une condition de forme.

Le représentant du groupe politique déi gréng est d'avis qu'il ne faut pas appréhender l'inscription du principe de la comparution personnelle des futurs époux dans la seule perspective de la lutte contre les mariages de complaisance et forcés. Tenant compte des caractéristiques sociologiques propres de la société luxembourgeoise qui se caractérise par son haut degré d'immigrants, il y a lieu de prévoir des tempéraments en termes d'exceptions à la conception rigide du principe tel que proposé.

Le représentant de la sensibilité politique ADR informe les membres de la commission, en ce qui concerne les mariages de complaisance et forcés, que bon nombre de tels mariages impliquant des personnes résidant au Luxembourg sont, en vue de contourner la législation luxembourgeoise, contractés auprès des administrations communales de la région limitrophe française.

La commission décide de revenir à l'article 144, alinéa 2.

La loi régissant les conditions de fond, de forme et les effets du mariage d'un mariage célébré au Luxembourg

- ❖ Les *conditions de fond du mariage* comme la capacité et le consentement relèvent de la loi personnelle de l'époux, même résidant à l'étranger (article 3 du Code civil).

Ainsi, aux termes de l'article 170 du Code civil, un Luxembourgeois qui se marie à l'étranger est tenu de respecter les conditions de fond de la loi luxembourgeoise et celles relatives à la publication telles que prévues par l'article 63 du Code civil.

Dans le cas de figure d'un mariage dont l'un des futurs conjoints est de nationalité luxembourgeoise ou réside habituellement au Luxembourg, chacun des deux futurs époux doit satisfaire aux conditions de fond (point 1° de l'article 171). Dans le cas de figure où aucun des deux futurs conjoints a la nationalité luxembourgeoise ou ne résident pas au Luxembourg, le mariage doit être célébré si chacun de deux futurs conjoints remplit les conditions de fond exigées par la loi applicable à son statut personnel (point 2° de l'article 171).

- ❖ Les *conditions de forme du mariage* comme les formalités à accomplir, le caractère laïc ou religieux du mariage sont soumis en principe à la loi du lieu de célébration.
- ❖ Les *effets du mariage* comme les obligations personnelles (obligation de fidélité, assistance) sont régis par la loi personnelle de l'époux.

La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger au Luxembourg

Le principe

Le principe général est que le mariage valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration ou qui y devient ultérieurement valable selon ce droit, doit être reconnu au Luxembourg. Cette reconnaissance découle de la Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages signée à La Haye le 14 mars 1978 et approuvée par une loi du 20 décembre 1990.

Il convient de noter que l'article 8, point 3. de la Convention précitée exclut explicitement les mariages par procuration de ses dispositions relatives à la reconnaissance de la validité d'un mariage.

Ainsi, il y a lieu de différencier entre le volet de la reconnaissance d'un mariage valablement conclu à l'étranger et les effets sur le plan juridique qui vont de pair, comme au niveau du droit fiscal, droit de la sécurité sociale, droit de la filiation et le volet de la célébration d'un mariage au Luxembourg de deux personnes, dont l'un ou les deux futurs époux sont de nationalité étrangère.

L'ordre public de droit international privé et national

L'ordre public est une notion fonctionnelle «*qui permet, dans un cas particulier, qu'il soit dérogé à la force obligatoire des actes juridiques privés*³». Il s'agit d'une règle impérative que les parties ne peuvent écarter et qui répond à des exigences fondamentales d'un ordre juridique donné.

³ François Rigaux, Droit international privé, Tome I, Théorie générale, Larcier

L'ordre public en droit international privé est une «[n]otion particulariste d'un Etat ayant pour effet de rejeter toute règle ou décision étrangère qui entraînerait la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux du droit national⁴».

En matière de conflits de lois, le juge luxembourgeois «[...] peut s'arbitrer derrière l'ordre public pour écarter une loi étrangère normalement applicable, lorsque son application porterait atteinte aux règles constituant les fondements politiques, juridiques, économiques et sociaux de la société luxembourgeoise⁵».

La transcription

La transcription est «une formalité de publicité de certains actes juridiques, qui consiste à recopier totalement ou partiellement l'acte sur un registre officiel⁶» et vise à rendre ledit mariage opposable vis-à-vis des tiers.

4. Divers

M. le Président informe les membres de la commission que l'échange de vues avec la Commission juridique du Conseil d'Etat au sujet de la réforme projeté du Titre V. «Mariage» du Livre I^{er} du Code civil aura lieu le **mercredi 8 février 2012 à 15h00** dans les locaux du Conseil d'Etat.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

⁴ Lexique des termes juridiques 2012, 19^e édition, Dalloz

⁵ idem

⁶ idem

15

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 25 janvier 2012

ORDRE DU JOUR :

1. Echange de vues avec le Procureur général d'Etat au sujet de l'application des modifications introduites au Code pénal par la loi du 16 juillet 2011
2. 5914 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
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 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
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 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
- Continuation des travaux

3. Débat d'orientation sur le rapport d'activité du Médiateur (2010-2011)
- Echange de vues au sujet des recommandations n°25, n°35, n°36, n°44 et n°45

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

M. Jeannot Berg, Mme Jeannine Dennewald, Mme Marie-Anne Ketter, Mme Claudine Konsbruck, du Ministère de la Justice

M. Robert Biever, Procureur général d'Etat

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusés : Mme Lydie Err, M. Jean-Pierre Klein

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. **Echange de vues avec le Procureur général d'Etat au sujet de l'application des modifications introduites au Code pénal par la loi du 16 juillet 2011**

Explications de M. le Procureur général d'Etat

(Application dans le temps de l'article 372 du Code pénal dans sa teneur actuelle [suppression par mégarde de la circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur de moins de onze ans])

(i) Le volet de la prescription

M. le Procureur général d'Etat énonce, en ce qui concerne l'application d'une disposition pénale dans le temps, le principe de la *rétroactivité in mitius*. Ainsi, une loi pénale plus douce, comme celle prévoyant une diminution de la pénalité, est applicable à un fait commis avant sa promulgation et non définitivement jugé.

Ainsi, l'attentat à la pudeur commis sans violence sur une personne de moins de onze ans est soumis, en tant que délit, à un délai de prescription de l'action publique de trois ans.

L'orateur informe qu'actuellement, quatre affaires tombent sous le champ d'application de l'actuel article 372 du Code pénal, dont deux n'ont pas encore été renvoyées devant une juridiction de jugement. Pour l'une des deux affaires qui ont été renvoyées devant la Chambre criminelle et qui sont en état de délibéré, les juges ont estimé (le jugement a été rendu dans l'après-midi du mercredi 25 janvier 2012) qu'ils ne sont pas compétents comme l'infraction est n'est plus un crime, mais bien un délit.

- ❖ En ce qui concerne les faits d'attentat à la pudeur non encore prescrits et qui ont été commis depuis le 1^{er} janvier 2010, date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 9 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, la prescription de trois ans ne commence à courir qu'à partir de l'âge de dix-huit ans de la victime (cf. article 638 du Code d'instruction criminelle tel que modifié en ce sens par l'article 23 de la loi du 9 octobre 2009 précitée, Mémorial A, n°206, 2009, page 2 et suivantes).
- ❖ En ce qui concerne les faits d'attentats à la pudeur prescrits à raison de l'application de l'actuel article 372 du Code pénal et pour lesquels aucun acte d'instruction n'a été posé endéans le délai de trois ans ayant pu interrompre ladite prescription, il souligne qu'il n'existe aucun moyen juridique, comme il s'agit d'un droit acquis, de pouvoir les «*recupérer*» et ce même si on modifiait l'article 34 (l'entrée en vigueur) de la loi du 9 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales en prévoyant l'application rétroactive de la loi précitée.

(ii) Le volet des peines applicables

La pénalité applicable, pour le fait d'attentat à la pudeur non encore prescrit, est, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2011 ayant modifié l'article 372 du Code pénal, l'emprisonnement d'un an à cinq ans et une amende de 251 à 50.000 euros.

A terme, une fois que la modification proposée de l'article 372 du Code pénal soit entrée en vigueur (modification proposée dans le cadre du projet de loi n°6338 dont le vote en séance plénière est prévu pour le jeudi 2 février 2012), le fait d'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur d'âge de moins de onze ans sera de nouveau qualifié de crime et assorti d'une peine de réclusion de cinq à dix ans.

Echange de vues

Un représentant du groupe politique DP souhaite recevoir plus d'informations au sujet de l'affaire des abus sur mineurs perpétrés par des représentants de l'Eglise catholique, notamment en ce qui concerne les suites judiciaires y réservées.

L'orateur, tout en constatant que certains auteurs de faits d'attentat à la pudeur pourraient bénéficier de la mégarde législative, s'interroge si le Gouvernement ne devrait pas songer à mettre en place une indemnisation des personnes victimes directement concernées.

Le représentant du groupe politique déi gréng demande à ce qu'une liste exhaustive des affaires qui tombent sous le champ d'application de l'article 372 du Code pénal dans sa teneur actuelle soit dressée et continuée aux membres de la commission.

L'orateur estime que les victimes concernées devraient pouvoir bénéficier, sous une forme restant à définir, d'une indemnisation de la part de l'Etat luxembourgeois.

Le représentant de la sensibilité politique ADR, tout en déplorant l'absence de statistiques quelconques au sujet d'affaires d'attentat à la pudeur et de viol commis sur des mineurs d'âge, estime que seulement six pour cent desdites affaires donnent lieu à une condamnation.

Explications supplémentaires

M. le Procureur général d'Etat précise que le Président de la Chambre criminelle, dont les propos ont été relatés dans la presse, fut informé séance tenante, tant par la défense que par le représentant du parquet, des modifications apportées à l'article 372 du Code pénal.

L'orateur indique, au sujet de l'affaire des abus sur mineurs commis par des représentants de l'Eglise catholique, que tous les faits signalés sont prescrits et ne donnent partant pas lieu à des suites judiciaires.

Dans le cadre de l'information judiciaire afférente, la Police judiciaire a procédé à l'établissement des procès-verbaux et le parquet a informé les plaignants que les faits dénoncés auraient été poursuivis s'ils n'étaient pas prescrits (lesdits faits remontent aux années 60 et 70 du 20^{ième} siècle).

Le représentant du groupe politique DP fait observer que c'est pour la première fois que cette information est officiellement annoncée.

L'orateur estime, au sujet des victimes d'abus commis par des représentants de l'Eglise catholique, que cette dernière devrait, en vertu d'une obligation d'ordre morale, procéder à une indemnisation des victimes concernées.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission que l'archevêché est sur le point de procéder à la finalisation de la mise en place d'un fonds interne spécifique destiné à l'indemnisation financière des victimes.

L'orateur donne à considérer que des faits semblables auraient pu être commis dans des maisons, foyers ou encore établissements scolaires étatiques ou gérés par des organismes étatiques.

Ainsi, la question de la mise en œuvre de la responsabilité étatique et partant de celle relative à l'indemnisation éventuelle de personnes victimes d'abus dans ces subsiste.

Echange de vues portant sur le volet de l'indemnisation des personnes victimes d'un attentat à la pudeur tel que défini à l'actuel article 372 du Code pénal

M. le Ministre de la Justice estime qu'il y a lieu d'attendre l'aboutissement définitif des différents dossiers avant d'aborder dans le détail le volet de l'indemnisation des victimes concernées.

Tout en indiquant être disposé à assumer sa responsabilité politique, il consent au principe d'une responsabilité étatique et partant à envisager une indemnisation des personnes concernées.

Un représentant du groupe politique LSAP donne à considérer que chaque affaire de mœurs est différente et que la juridiction de jugement ne se prononce pas nécessairement sur la culpabilité de la personne qualifiée d'auteur du fait répréhensible.

Un représentant du groupe politique CSV fait observer que l'hypothèse de travail sous-jacente à la discussion actuelle part du principe que l'ensemble des affaires d'attentat à la pudeur prescrites auraient nécessairement abouti à une condamnation. Or, ce cas de figure est loin d'être démontré, voire certain.

Le représentant du groupe politique déi gréng estime que pour le cas de figure où la prescription est acquise et que partant la victime a subi une perte de chance d'être fixée quant à la culpabilité d'une personne accusée, elle aurait par conséquent droit à une réparation mesurée.

La situation vaut également pour la personne inculpée d'avoir perpétré un tel fait, alors qu'elle aurait pu être innocentée dans le cadre d'un procès judiciaire.

M. le Ministre de la Justice, tout en reconnaissant le caractère juridique complexe des situations visées, est d'accord sur le principe qu'une personne ayant subi un préjudice dû à cette erreur législative aurait droit une indemnisation étatique dont les modalités restent à être discutées et définies. Pour l'instant, il y a lieu d'attendre l'aboutissement des dossiers tombant sous l'égide de l'actuel article 372 du Code pénal afin de mener, dans un second temps, les réflexions et discussions qui s'imposent.

Proposition d'amender l'article 34 de la loi du 9 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales

Dans un souci de circonscrire, pour autant que possible, le cercle des personnes auteurs d'un fait constitutif de l'infraction de l'attentat à la pudeur susceptible de tomber sous le champ d'application de l'article 372 du Code pénal tel que modifié par la loi du 16 juillet 2011, il est proposé de prévoir que les dispositions de la loi du 6 octobre 2009 précitée, dont notamment celle prévoyant que le délai de prescription de l'action publique du fait délictuel de l'attentat à la pudeur commis sans violence sur un mineur de moins de onze ans ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ce dernier (article 23 de la loi précitée ayant modifié l'article 638 du Code d'instruction criminelle), connaissent une application rétroactive. Actuellement, lesdites dispositions ne sont d'application que pour les faits commis après le 1^{er} janvier 2010, date d'entrée en vigueur de la loi du 9 octobre 2009 précitée.

Cette application rétroactive est conforme à une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme dont l'arrêt «*Coëme et autres c. Belgique*» du 18 octobre 2000 se lit comme suit:

«Dans un tel cas qu'il y aurait rétroactivité, la loi nouvelle devrait en effet remonter dans le temps par rapport à son entrée en vigueur pour pouvoir mettre à néant une prescription acquise. La Cour énonce que la situation de l'espèce n'entraîne cependant pas une atteinte aux droits garantis par l'article 7 car on ne peut interpréter cette disposition comme empêchant par l'effet de l'application immédiate d'une loi de procédure un allongement des délais de prescription lorsque les faits reprochés n'ont jamais été prescrits.»

M. le Ministre de la Justice donne lecture d'une proposition modificative de l'article 34 la loi précitée qui est libellée de la manière suivante:

~~«Art. 34. La présente loi entre en vigueur le 1er janvier 2010.~~

~~Les dispositions de la présente loi ne sont applicables qu'aux faits qui se sont produits après son entrée en vigueur, à l'exception de celles des articles 3, 14, 16, 19, 27, 31 et 33.~~

Les dispositions de la présente loi sont immédiatement applicables à la répression des infractions commises avant son entrée en vigueur pour autant que la prescription de ces infractions ne soit pas acquise.»

Cette modification proposée permet l'application immédiate dans le temps des dispositions des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. Ainsi, il sera permis de viser des faits punissables non prescrits qui se sont déjà produits avant le 1^{er} janvier 2010.

La commission unanime décide de reprendre cette proposition de libellé en tant qu'amendement parlementaire à adjoindre au projet de loi n°6338 portant sur la récidive internationale.

Suites de l'instruction parlementaire du projet de loi n°6338 amendé

L'avis complémentaire du Conseil d'Etat portant sur le 1^{er} amendement parlementaire portant modification de l'article 372 du Code pénal est attendu pour le 31 janvier 2012. L'amendement parlementaire tel qu'adopté par la commission ci-avant sera transmis cet après-midi au Conseil d'Etat, afin que celui-ci puisse rendre son avis complémentaire portant sur les deux amendements parlementaires.

Ainsi, le projet de rapport dûment complété peut être présenté et adopté par la Commission juridique lors de sa prochaine réunion du 1^{er} février 2012.

La commission unanime décide de demander à la Conférence des Présidents que ledit projet de loi n°6338 puisse être soumis au vote de la Chambre des Députés réunie en séance plénière le 2 février 2012.

Elle propose le temps de parole selon le modèle 1.

2. **5914** **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**

- 5908** **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

- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**

- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**

- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**

- 6172** **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

Ce point est reporté à l'ordre du jour de la prochaine réunion de la commission.

3. **Débat d'orientation sur le rapport d'activité du Médiateur (2010-2011)**
 - Echange de vues au sujet des recommandations n°25, n°35, n°36, n°44 et

n°45

Recommandation n°25 relative à une révision: 1. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que des pensions ou rentes 2. de la loi du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de pensions alimentaires par le Fonds National de Solidarité

M. le Président rappelle qu'il s'agit en l'occurrence du projet de loi n°4955 avisé par le Conseil d'Etat en date du 23 février 2010.

Le rapporteur désigné, M. Paul-Henri Meyers, informe que le Ministère de la Justice, suite aux nombreuses observations soulevées par le Conseil d'Etat dans son avis afférent, est en train d'élaborer de nouveaux amendements.

Recommandation n°35 relative à la discrimination des enfants naturels par rapport aux enfants légitimes de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des Prestations familiales

M. le Président précise que cette recommandation ne concerne que le Ministère de la de la Famille et de l'Intégration.

Recommandation n°36 relative au coût et à la simplification des procédures de recouvrement de créances par voie d'huissier de justice

M. le Président résume les observations et suggestions du Médiateur qui s'interroge sur l'opportunité de prévoir la fonctionnarisation des huissiers de justice en tant qu'agents de l'administration judiciaire avec un cadre de personnel propre et correspondant à leur formation.

Le Ministère de la Justice entend procéder à une réforme de la profession de l'huissier de justice et ceci en concertation avec les représentants de la profession visée.

De même, il reste en attente des prises de position des autres ministères concernées, à savoir le Ministère des Finances et le Ministère de la Sécurité Sociale.

Recommandation n°44 relative au délai de prescription de droit commun

Le Médiateur recommande de revoir le délai de prescription extinctive de droit commun afin de le ramener à un délai plus raisonnable, qui *«en tout état de cause de devrait pas dépasser dix ans.»*

Recommandation n°45 relative à l'institution d'un organe de surveillance auprès des ordres professionnels et d'autres professions libérales

Le Ministère de la Justice a soumis la recommandation du Médiateur, à savoir l'institution d'un organe de surveillance auprès des ordres professionnels et d'autres professions libérale, aux autorités judiciaires, au Barreau respectif de Luxembourg et de Diekirch et à la Chambre des Notaires.

Il est prévu d'en discuter au Conseil de Gouvernement en vue d'une prise de position commune.

*

M. le Ministre de la Justice estime, en ce qui concerne la demande du groupe politique déi gréng du 12 janvier 2012 portant sur la définition des «*critères selon lesquels des images ou des séquences vidéo enregistrées par des caméras de surveillance peuvent être publiées afin de faire progresser des enquêtes juridiques*», que cette dernière devrait être adressée à la Commission juridique. Dans le dossier concerné, dont l'instruction est actuellement en cours, à savoir les faits de violence commis dans un train assurant la liaison Luxembourg-Pétange, la publication des images et des séquences vidéo enregistrées par les caméras fixées dans les wagons a été ordonnée sur injonction du parquet.

Le représentant du groupe politique déi gréng propose de traiter cette demande dans une réunion jointe ensemble avec les membres de la Commission des Affaires intérieures, de la Grande Région et de la Police et ceci en présence du Ministre de la Justice, ainsi que du Procureur général d'Etat.

Cette proposition rencontre l'accord unanime des membres de la commission.

Cet échange de vues aura lieu au courant du mois de février ou de mars 2012.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 18 janvier 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 6272 Projet de loi portant
 - introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
 - transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
 - modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat
 - modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et
 - modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil
 - Rapporteur: Monsieur Léon Gloden

- 4969 Proposition de loi portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile
 - Auteur: Madame Lydie Err

 - Examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

2. 6230 Projet de loi portant adaptation du droit interne aux dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, approuvé par une loi du 14 août 2000 portant approbation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

3. 6231 Projet de loi réglementant les modalités de la coopération avec la Cour pénale internationale
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

4. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale
 - Rapporteur: Monsieur Gilles Roth
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

5. 5914 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
- Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
- 5908 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
- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
- Rapporteur: Madame Christine Doerner
- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil
- 6172 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

- Continuation des travaux

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, Mme Lydie Polfer, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Viviane Loschetter, députée (*observateur*)

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mme Jeannine Dennewald, Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. 6272 Projet de loi portant

- introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
- transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
- modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat
- modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et
- modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil

4969 Proposition de loi portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de Procédure Civile

- Auteur: Madame Lydie Err

- Examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat
- Présentation et adoption d'un projet de rapport

Examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 17 janvier 2012

Amendement portant sur l'article 1251-3 du Nouveau Code de procédure civile

Les amendements proposés ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Amendement portant sur l'article 1251-13 du Nouveau Code de procédure civile

Le Conseil d'Etat «*insiste également sur l'ajout de ces termes [ndlr: «ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3»] aux autres articles prévoyant le recours à un médiateur agréé et notamment aux articles 1251-17 et 1251-18 du Nouveau Code de procédure civile.*»

La commission, sur proposition de M. le Rapporteur, décide de faire sienne cette suggestion du Conseil d'Etat.

Le projet de rapport sera complété en ce sens.

Présentation et adoption du projet de rapport

M. le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport et indique qu'il a précisé, afin de garantir la qualité de la médiation, que le règlement grand-ducal prévu à la deuxième phrase de l'alinéa 2 du point 3. du paragraphe (2) fixera également les règles relatives à la formation continue. Ceci permettra au ministre de la Justice de retirer l'agrément, notamment au cas où le titulaire d'un agrément n'aura pas suivi les cours de formation continue.

L'auteur de la proposition de loi n°4969 aimerait disposer d'informations supplémentaires au sujet (i) de la médiation familiale et (ii) de la rémunération du médiateur.

- *médiation familiale*: L'oratrice fait observer que la médiation familiale ne tombe sous le champ de la médiation judiciaire que si elle est, d'emblée, ordonnée dans le cadre d'une procédure judiciaire et que cette médiation familiale ne peut être confiée à un médiateur

agréé, ou dans le cas de figure d'un litige transfrontalier, à un médiateur dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3.

Elle estime nécessaire, afin de continuer de garantir la qualité des médiations conventionnelles proposées par les associations œuvrant dans le domaine social, thérapeutique et familial (les dénommés ASTF), donc qui n'interviennent pas dans le cadre d'une médiation judiciaire, d'aviser et de suggérer aux personnes de consulter un médiateur agréé à cette fin.

M. le Ministre de la Justice donne à considérer que l'accord issu d'une médiation conventionnelle est soumis au contrôle du juge dans le cadre de la demande d'homologation dudit accord.

- *rémunération du médiateur*: L'oratrice est d'avis que le mode de rémunération retenu, à savoir prévoir une tarification fixée par décision prise en Conseil de Gouvernement de la médiation judiciaire assurée par un médiateur agréé, reviendrait à créer certaines distorsions entre le médiateur non agréé et le médiateur agréé, notamment comme le médiateur non agréé, ne disposant pas nécessairement du même niveau de formation et qualification que celui requis pour le médiateur agréé, n'est pas soumis à un régime de tarification. Ainsi, le médiateur non agréé peut appliquer des tarifs libres.

M. le Ministre de la Justice explique que «le médiateur non agréé» n'est pas une profession réglementée de sorte qu'il n'est point autorisé, d'un point de vue constitutionnel et légal, de la soumettre à un quelconque régime de tarification.

Il précise que le médiateur agréé n'est assujéti à un régime de tarification que pour autant qu'il intervienne dans le cadre d'une médiation judiciaire. L'objectif affirmé étant de favoriser le recours à la médiation judiciaire en tant que mode alternatif de prévention, de gestion et de résolution d'un conflit entre parties, il convient de stimuler et d'assurer son succès par la biais de l'encadrement du volet financier.

Il convient de noter que le régime de la tarification intervient indépendamment du volet de l'assistance judiciaire.

Le projet de règlement grand-ducal afférent sera présenté aux membres de la commission dès qu'il aura été avisé par le Conseil de Gouvernement (prévu au courant du mois de février 2012).

Soumis au vote, le projet de rapport recueille l'accord unanime de la commission.

La Commission juridique opte pour le temps de parole selon le modèle 1 pour la discussion en séance plénière.

2. 6230 Projet de loi portant adaptation du droit interne aux dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, approuvé par une loi du 14 août 2000 portant approbation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome, le 17 juillet 1998

M. le Rapporteur présente succinctement son projet de rapport qui recueille l'accord unanime de la commission.

3. 6231 Projet de loi réglementant les modalités de la coopération avec la Cour pénale internationale

M. le Rapporteur explique brièvement que le Gouvernement luxembourgeois a, par le biais d'un courrier du ministère de la Justice envoyé au ministère des Affaires étrangères (dont une copie a été transmise par courrier électronique en date du 13 janvier 2012 aux membres de la commission), procédé aux deux déclarations afférentes au sujet

- (i) de l'application de l'article 87, paragraphe (1), point a) du Statut; et
- (ii) de l'application de l'article 103, paragraphe (1), points a) et b) du Statut.

La commission unanime adopte le projet de rapport.

Sur proposition de M. le Rapporteur et de l'accord unanime de la Commission juridique, les projets de loi n°6130 et n°6131 sont regroupés et seront présentés et votés ensemble lors de la séance publique du 31 janvier 2012 (date confirmée par décision de la Conférence des Présidents ayant eu lieu au cours de l'après-midi du 18 janvier 2012).

Le temps de parole proposé étant le modèle 1.

4. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale **- Rapporteur: Monsieur Gilles Roth** **- Présentation et adoption d'un projet de rapport**

M. le Rapporteur explique, à raison de l'amendement parlementaire visant à introduire un article 3 nouveau au texte de loi proposé modifiant l'article 372 du Code pénal (cf. remarque finale figurant aux pages 6 à 8 ci-après), que la présentation et l'adoption du projet de rapport sont reportées à une prochaine réunion de la commission.

5. 5914 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

- 5908** **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
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**
- 6172** **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

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la commission que le projet de loi n°6172 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 sera scindé et comportera désormais deux parties distinctes, l'une relative à la réforme du mariage et l'autre relative à l'adoption.

Ainsi, il est proposé de réformer l'ensemble du Titre V. Du mariage du Livre I^{er} du Code civil.

Ce point est, à défaut de disposer du temps requis, reporté à l'ordre du jour de la prochaine réunion de la commission.

*

M. le Président informe les membres de la commission qu'il a donné, en sa qualité de président de la Commission juridique, des informations supplémentaires à la presse suite aux déclarations d'un magistrat rapportées par les médias au sujet des **modifications apportées par la loi du 16 juillet 2011 à l'endroit des articles 372, 375, 376, 377, 379, 379bis, 380, 383, 383bis, 383ter, 384 et 385-2 du Code pénal et à l'endroit des articles 5-1 et 7-4 du Code d'instruction criminelle.**

Il s'avère que l'alinéa 2 de l'article 372 prévoyant une circonstance aggravante pour l'attentat à la pudeur commis sur la personne d'un enfant âgé de moins de 11 ans accomplis n'a pas été repris dans le cadre de la loi du 16 juillet 2011, alors que tel n'a pas été l'intention des membres de la Commission juridique.

M. le Ministre de la Justice explique que tel n'a non plus été l'intention du Ministère de la Justice.

L'orateur souligne que les autorités judiciaires étaient également associées aux travaux préparatoires du projet de loi et s'étaient notamment prononcées en faveur de l'introduction d'un seuil unique pour les infractions d'attentat à la pudeur et de viol.

En effet, l'ancien article 372 du Code pénal relatif à l'infraction de l'attentat à la pudeur et l'ancien article 375 du même code relatif à l'infraction du viol prévoyaient des seuils d'âge différents, à savoir 14 ans, respectivement 16 ans. Cette différence quant aux seuils d'âge a entraîné dans le temps des problèmes d'application dans certaines affaires pénales. Ainsi, le projet de loi initial prévoyait partant un seuil d'âge de 14 ans pour les 2 infractions. Ledit seuil a été, suite aux discussions afférentes menées au sein de la Commission juridique, relevé à 16 ans et ce en vue de renforcer la protection des mineurs.

Il répète qu'il n'était pas l'intention du Gouvernement de vouloir alléger les peines prévues.

Le champ d'application *ratione materiae* de l'infraction d'attentat à la pudeur a été généralisé, à savoir qu'il tombe sous le coup de la loi pénale lorsqu'il est commis sans violences ni menaces. Ainsi, l'objet recherché était clairement celui de vouloir étendre le champ d'application de l'infraction.

Le nouvel article 377 du Code pénal prévoit une circonstance aggravante pour l'attentat à la pudeur, lorsque l'auteur des faits est une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ou lorsque la victime est une personne dont la particulière vulnérabilité (due notamment à son âge ou à une déficience) est apparente ou connue de l'auteur. Dans ce cas, le minimum de la peine sera porté à 2 ans.

Il faut de même souligner que le délai de prescription court uniquement à partir de la majorité de la victime.

D'autres mesures de protection importantes ont été introduites par la loi du 16 juillet 2011, tel l'élargissement de l'infraction de l'attentat à la pudeur et de l'infraction du viol, où l'absence de consentement suffit, l'incrimination de la diffusion de matériel violent ou pornographique à des mineurs et l'incrimination de la simple consultation de matériel pédophile tout comme le «grooming».

Quant à la disposition que la peine de prison sera de cinq à dix ans si l'enfant est mineur de 11 ans, l'orateur donne à considérer qu'elle a effectivement disparu par mégarde du Code pénal et ce malgré les nombreuses consultations et discussions lors de la phase préparatoire au projet de loi, que lors de la phase législative.

Finalement, il estime que le débat public au sujet des projets de loi relevant de la compétence de la Commission juridique devrait se caractériser par une assise plus large afin que le grand public puisse prendre plus amplement connaissance des modifications législatives proposées.

M. le Ministre de la Justice informe les membres de la Commission juridique qu'un projet de loi visant à transposer de nouvelles dispositions arrêtées au niveau de l'Union européenne dont l'objectif est de renforcer davantage la protection des enfants mineurs contre des abus sexuels sera présenté et adopté au cours du Conseil de Gouvernement du 27 janvier 2012 et ensuite déposé à la Chambre des Députés.

Le représentant de la sensibilité politique ADR fait observer que les peines prévues en vertu de la loi du 16 juillet 2011 en matière des infractions de l'attentat à la pudeur et le viol

(Chapitre V du Titre VII du Livre II du Code pénal) sont les moins élevées comparées à la législation afférente dans nos pays voisins.

L'orateur informe que la sensibilité politique ADR envisage de déposer un amendement parlementaire modificatif en ce sens.

Il estime utile, en vue de faciliter l'instruction parlementaire de tout projet de loi visant à abroger une disposition législative, qu'un tableau synoptique reprenant le texte actuel et le texte proposé soit joint au projet de loi afférent.

Un représentant du groupe politique DP estime en l'espèce qu'une erreur a été commise et qu'il faut en tirer les conséquences au niveau de la méthode de travail législatif.

Le représentant du groupe politique déi gréng soutient ces propos et demande à ce qu'on procède à vérifier les éléments qui ont fait défaut en l'espèce en vue d'améliorer la méthode de travail.

Un représentant du groupe politique LSAP met en garde de se précipiter dans une logique de surenchère au vu de la pression de l'opinion publique, alors que la loi du 16 juillet 2011 a été votée à l'unanimité par les membres du Parlement.

Il donne à considérer que l'infraction de l'attentat à la pudeur reste toujours punissable et estime qu'il n'y pas lieu de déposer une loi spécifique visant à réintroduire l'ancienne disposition relative à la circonstance aggravante.

Un représentant du groupe politique CSV précise, en ce qui concerne l'application *ratione temporis* des nouvelles dispositions modificatives du Code pénal introduites par la loi du 16 juillet 2011 (Mémorial A, n°152 du 25 juillet 2011), que seuls les faits d'attentats à la pudeur commis et poursuivis depuis son entrée en vigueur (le 28 juillet 2011) tombent sous le coup du nouvel article 372 du Code pénal. Ainsi, il faut agir vite en vue de réintroduire la circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur commis sur un mineur âgé de moins de 11 ans accomplis.

Il est proposé de réintroduire la circonstance aggravante et la peine y associée de l'attentat à la pudeur commis sur un mineur âgé de moins de 11 ans accomplis par le biais d'un amendement parlementaire dans le cadre du projet de loi n°6338 relative à la récidive internationale.

Ainsi, un article 3 nouveau est introduit au texte du projet de loi n°6338 précité et qui se lit de la manière suivante:

«Art. 3. L'alinéa 2 de l'article 372 du Code pénal est complété comme suit:

„Art. 372. (L. 16 juillet 2011) 1° *Tout attentat à la pudeur, commis sans violence ni menaces sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 10.000 euros.*

2° *L'attentat à la pudeur, commis avec violence ou menaces sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe sera puni d'un emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de 251 à 20.000 euros.*

3° *L'attentat à la pudeur, commis sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de seize ans sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 251 à 50.000 euros.*

*La peine sera la réclusion de cinq à dix ans, si l'attentat a été commis avec violence ou menaces **ou si l'enfant était âgé de moins de onze ans accomplis.**»*

Cet amendement parlementaire est adopté à l'unanimité des membres de la Commission juridique.

M. le Ministre de la Justice propose d'entendre M. le Procureur général d'Etat en ses explications, notamment au sujet de l'application dans le temps des nouvelles dispositions du Code pénal lors de la prochaine réunion de la commission. Cette suggestion recueille l'accord unanime des membres de la Commission juridique.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2011-2012

LB/pk

Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 11 janvier 2012

ORDRE DU JOUR :

1. 6272 Projet de loi portant
 - introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;
 - transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;
 - modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;
 - l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et
 - les articles 491-1 et 493-1 du Code civil
 - Rapporteur: Monsieur Léon Gloden
 - Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

2. 5914 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
 - Rapporteur: Monsieur Paul-Henri Meyers
 - Continuation de l'examen du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat

- 5908 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

- 5155 Projet de loi portant réforme du divorce
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner

- 5867 Projet de loi relatif à la responsabilité parentale
 - Rapporteur : Madame Christine Doerner

- 6039 Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil

- 6172 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

3. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale
- Désignation d'un rapporteur
 - Présentation du projet de loi et examen de l'avis du Conseil d'Etat

*

Présents : M. Xavier Bettel, M. Alex Bodry, M. Félix Braz, Mme Christine Doerner, Mme Lydie Err, M. Léon Gloden, M. Jacques-Yves Henckes, M. Jean-Pierre Klein, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth, M. Lucien Weiler

Mme Viviane Loschetter, observatrice

M. François Biltgen, Ministre de la Justice

Mmes Jeannine Dennewald, Mme Sophie Hoffmann et Mme Marie-Anne Ketter, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'administration parlementaire

Excusée : Mme Lydie Polfer

*

Présidence : M. Gilles Roth, Président de la Commission

*

1. 6272 **Projet de loi portant**
- **introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile;**
 - **transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale;**
 - **modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;**
 - **l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et**

- les articles 491-1 et 493-1 du Code civil
4969 Proposition de loi portant introduction de la médiation civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile

Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 16 décembre 2011

Dispositif et modification de l'intitulé du projet de loi

La commission fait siennes les propositions émises par le Conseil d'Etat.

Amendements à l'article I, point 2 nouveau

Article 1251-1

La commission unanime reprend la suggestion du Conseil d'Etat d'ajouter le terme «*indivision*» à la suite des mots «*communauté de biens*».

Article 1251-2

Cet article ne donne pas lieu à observation.

Article 1251-3

M. le Rapporteur rappelle que les observations du Conseil d'Etat à l'égard de l'article 1251-3 amendé ont été examinées lors de la réunion de la commission du lundi 9 janvier 2012. Un amendement complémentaire a été envoyé pour avis au Conseil d'Etat.

Le deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat est attendu pour le mardi 17 janvier 2012.

Article 1251-4

La commission unanime décide de maintenir l'article sous rubrique qui définit le litige transfrontalier. Les membres de la commission, contrairement au Conseil d'Etat, estiment utile de maintenir la distinction entre le litige national et le litige transfrontalier.

Articles 1251-5 à 1251-9

Ces articles ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-12

La Commission, tout en ayant décidé de maintenir l'article 1251-4, a décidé (lors de sa réunion du 9 janvier 2012) de compléter l'article 1251-12, paragraphe (1), alinéa 1^{er} et 2 *in fine* par l'ajout suggéré par le Conseil d'Etat sous l'article 1251-3 et libellé comme suit:

«*ou dispensé de l'agrément conformément à l'article 1251-3, paragraphe (1), alinéa 3*».

Article 1251-13, 1251-15, 1251-17, 1251-18 et 1251-20

Ces articles n'appellent pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Article 1251-21

L'amendement proposé rencontre l'accord de la commission.

Article 1251-22

La Commission, à l'instar de sa décision de conserver l'article 1251-4, décide de ne pas supprimer la référence au litige transfrontalier au paragraphe (1) de l'article sous examen.

Article 1251-23

La modification proposée par la Commission juridique rencontre l'accord du Conseil d'Etat.

Amendement à l'article II

L'amendement proposé faisant suite à une observation du Conseil d'Etat dans son premier avis ne donne pas lieu à observation dans son avis complémentaire.

Amendements à l'article III

Les modifications proposées n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Amendements aux articles IV et V

Les amendements proposés ne donnent pas lieu à observation.

M. le Ministre de la Justice, suite à une intervention de l'auteur de la proposition de loi n°4969, s'engage à présenter aux membres de la Commission juridique le projet de règlement grand-ducal relatif à la procédure d'agrément et de retrait d'agrément et comportant des dispositions relatives à la formation continue dès son approbation par le Conseil de Gouvernement.

L'examen du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat et la présentation et l'adoption d'un projet de rapport figureront à l'ordre du jour de la réunion de la commission du 18 janvier 2012 à 09h00.

- 2. 5914 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**

- 5908** **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
- 5155** **Projet de loi portant réforme du divorce**
- 5867** **Projet de loi relatif à la responsabilité parentale**
- 6039** **Projet de loi portant modification de certaines dispositions du Code civil**
- 6172** **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

(Observation: Les membres de la Commission juridique ont décidé d'inverser les points 2. et 3. De l'ordre du jour)

Devant le constat que les groupes politiques DP et déi gréng ne sont plus représentés par un mandataire à un certain moment de la présente réunion, M. le Président s'interroge sur l'opportunité de reporter la continuation des travaux à la prochaine réunion.

M. le Rapporteur est d'avis que les indisponibilités de différents membres de la commission dues à d'autres engagements politiques ne doivent pas être de sorte à entraver l'avancement des travaux impartis à la Commission juridique.

L'orateur se doit de constater dans ce contexte qu'il serait partant utile d'aborder plus sérieusement la question du cumul des mandats politiques (déclaration actée sur demande expresse de l'orateur).

La commission unanime décide, afin de progresser utilement dans les travaux législatifs, de continuer les travaux.

M. le Rapporteur résume la méthode de travail arrêtée par la Commission juridique au cours de sa réunion du 4 janvier 2012.

Ainsi, propose-t-il, dans un souci d'assurer une cohérence des propositions législatives et d'assurer la sécurité juridique, de préparer un projet de texte coordonné reprenant l'ensemble des modifications proposées par le Gouvernement au sujet du Titre V. Du mariage (articles 144 à 228) du Livre Premier du Code civil.

Il propose également d'inviter une délégation composée de membres de la Commission juridique du Conseil d'Etat à une réunion jointe afin d'en discuter des aspects d'ordre technique et légistique (à prévoir éventuellement au courant du mois de février 2012).

M. le Ministre de la Justice fait part de son souci de pouvoir disposer, à l'issue des travaux législatifs préparatoires, d'un texte cohérent. Il déclare favoriser l'approche consistant à examiner les différentes dispositions modificatives contenues éparpillés dans les projets de loi n°5155, n°5867, n°5908, n°5914 et n°6039.

En ce qui concerne le projet de loi n°6172, il souligne qu'il n'a pas encore été avisé par le Conseil d'Etat. A noter encore que ledit projet de loi risque de déclencher des discussions d'ordre politique au sein des différents groupes et sensibilités politiques pouvant paralyser la continuation de l'instruction parlementaire, à l'instar de la situation caractérisant l'état des travaux relatif au projet de loi n°5155 portant réforme du divorce.

L'orateur demande dès lors à concentrer a priori les travaux sur l'ensemble des aspects d'ordre technique dans le domaine législatif.

Il propose, afin de trouver un *modus vivendi* (i) au sujet d'un échéancier des travaux et (ii) quant à la méthode de travail, d'organiser une réunion, en sa présence et de ses collaborateurs, ensemble avec les membres de la Commission juridique du Conseil d'Etat ainsi que d'une délégation des membres de la Commission juridique de la Chambre des Députés.

Cette réunion aura lieu au courant de ce mois ou au plus tard au courant du mois de février 2012.

Finalement, il informe les membres de la commission que toute modification future d'une disposition du Code civil relève de la seule compétence du Ministère de la Justice.

M. le Rapporteur rappelle qu'il existe un consensus au sein des groupes et sensibilités politiques (le représentant de la sensibilité politique ADR déclare donner son accord personnel) représentés au sein de la Commission juridique quant à l'accès des unions de même sexe au mariage.

M. le Ministre de la Justice signale que la réforme des volets «*adoption*» et «*mariage*» est traitée dans un même et seul projet de loi pour des considérations d'ordre politique. Il s'agit notamment de vérifier, ensemble avec le Conseil d'Etat, si, le cas échéant, il s'avérerait plus utile de scinder le projet de loi n°6172 afin de traiter les deux volets séparément.

3. 6338 Projet de loi relative à la récidive internationale

M. Gilles Roth est désigné comme rapporteur.

Présentation du projet de loi

Le projet de loi vise à transposer en droit national la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les Etats membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale.

L'article 3 de cette décision-cadre prévoit que tout Etat membre fait en sorte qu'à l'occasion d'une procédure pénale, des condamnations antérieures prononcées dans un autre Etat membre contre cette même personne pour des faits différents pour lesquelles des

informations ont été obtenues en vertu des instruments applicables en matière pénale d'entraide judiciaire ou d'échange d'informations extraites des casiers judiciaires, soient prises en compte dans la mesure où des condamnations nationales antérieures le sont et où les effets juridiques attachés à ces condamnations sont équivalents à ceux attachés aux condamnations nationales antérieures conformément au droit interne.

L'article 3, paragraphe 2 précise en outre que ce principe joue lors de la phase qui précède le procès pénal, lors du procès pénal lui-même et lors de l'exécution de la condamnation notamment en ce qui concerne les règles de procédure applicables.

M. le Rapporteur précise que le principe de la prise en considération d'une condamnation antérieure prononcée à l'encontre de la personne joue lors de trois phases, à savoir:

1. phase qui précède le procès pénal;
2. phase du procès pénal; et
3. phase de l'exécution de la condamnation pénale prononcée.

Examen des articles et de l'avis du Conseil d'Etat

Article 1^{er} (article I^{er} initial) – article 57-4 nouveau du Code pénal

Le Conseil d'Etat constate que l'article 57-4 qu'il est proposé d'ajouter au Code pénal «[...] n'est pas d'une lecture aisée. Le texte proposé par les auteurs reprend le libellé de l'article 3, paragraphe 1er, de la décision-cadre 2008/675 dont la lecture n'est pas plus aisée.

[...]

La décision-cadre semble soumettre la prise en considération de la décision d'un autre Etat membre à la condition d'une similitude des effets des condamnations nationales et non nationales. Or, comment le juge national pourra-t-il apprécier cette équivalence? Quelle est la nuance entre l'équivalence et l'identité des peines? Dans la pratique, le juge devra se limiter à comparer la nature et le taux des peines prévues par la loi de l'autre Etat de l'Union européenne ou prononcées par le juge de cet Etat avec celles prévues par le droit luxembourgeois. Si les peines nationales et celles du droit de l'autre Etat membre sont de nature différente et si la „naturalisation“ de la décision de l'autre Etat membre est malaisée, on voit mal comment le juge pourra procéder à une analyse en termes d'équivalence. Le Conseil d'Etat se demande si cette réserve du contrôle de l'équivalence des effets peut avoir une portée pratique et s'il ne vaut pas mieux en faire abstraction dans la loi nationale de transposition. Les critères à appliquer sont fixés dans la loi nationale. Il y a récidive si les conditions de la loi sont remplies que la décision de condamnation antérieure à prendre en considération émane d'un juge national ou d'un juge d'un autre Etat membre. Cette problématique trouvera d'ailleurs une solution dans le cadre des tableaux dits de concordance qui sont prévus dans les annexes de la décision du Conseil 2009/316/JAI du 6 avril 2009 relative à la création du système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS), en application de l'article 11 de la décision-cadre 2009/315/JAI.»

Le Conseil d'Etat soulève également une observation au sujet de la «[...] formule selon laquelle les condamnations d'autres Etats membres ne doivent être prises en compte que si „des informations ont été obtenues en vertu des instruments applicables en matière d'entraide judiciaire ou d'échange d'informations extraites des casiers judiciaires“. Les instruments pertinents actuels sont la Convention européenne d'entraide judiciaire en

matière pénale du 20 avril 1959 qui prévoit à l'article 13 que „la Partie requise communiquera, dans la mesure où ses autorités judiciaires pourraient elles-mêmes les obtenir en pareil cas, les extraits du casier judiciaire et tous renseignements relatifs à ce dernier qui lui seront demandés par les autorités judiciaires d'une Partie Contractante pour les besoins d'une affaire pénale“ ou encore la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne. La décision-cadre 2008/675 se réfère plus probablement au projet de la future décision-cadre 2009/315/JAI concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats. Cette décision-cadre adoptée le 29 février 2009 est à transposer pour le 27 avril 2012.

Les incohérences et imprécisions du législateur européen ne libèrent toutefois pas le législateur luxembourgeois de respecter les principes de précision en matière pénale. De l'avis du Conseil d'Etat, la simple reprise de la référence aux „instruments applicables en matière d'entraide judiciaire ou d'échange d'informations extraites des casiers judiciaires“ dans le nouvel article 57-4 n'est pas acceptable. Différentes options sont possibles: omettre toute référence aux modalités d'obtention des informations relatives aux décisions des autres Etats membres de l'Union; ou bien attendre la transposition de la décision-cadre 2009/315 et insérer une référence aux mesures nationales de transposition; ou bien insérer une référence à cette décision-cadre qui fait d'ores et déjà partie de l'ordre juridique européen. Se pose encore la question de la place de la Convention de 1959, précitée, une fois la décision-cadre 2009/315 transposée. La première solution signifie que les modalités de l'information ne sont pas décisives, ce qui peut être source d'insécurité juridique, en attendant l'adoption de la loi nationale de transposition de la décision-cadre 2009/315 qui pourrait utilement contenir une référence à la récidive internationale. La deuxième solution signifie que le présent projet de loi ne pourra être voté qu'après le vote de la loi de transposition de la décision-cadre 2009/315. Si le vote du présent projet de loi s'impose parce que le délai de transposition est déjà venu à terme en 2010, la solution d'une référence à la décision-cadre 2009/315 qui fait partie du droit positif peut se concevoir. Cette solution prévoit partant que le Luxembourg a certes formellement transposé la décision-cadre 2008/675, mais que la prise en compte des décisions de condamnation intervenues dans d'autres Etats européens sera impossible en attendant la transposition de cette décision-cadre. Pour cette période intermédiaire, la référence à tous les instruments internationaux existants pourrait également être envisagée.

Le Conseil d'Etat note, sur ce point, que le législateur français a opté pour une assimilation de la décision d'un autre Etat membre à une décision nationale sans introduire une référence aux bases juridiques de l'obtention des informations. L'article 132-23-1 du Code pénal.

Aussi, au regard du choix opéré en France et au regard des difficultés de citer un texte précis, le Conseil d'Etat propose-t-il d'omettre toute référence aux modalités d'obtention des informations. L'adoption de la loi de transposition de la décision-cadre 2009/315, précitée, va régler la question des procédures d'information.»

Le Conseil d'Etat propose de reformuler l'article 57-4 nouveau comme suit:

«**Art. 57-4.** Les règles établies pour la récidive seront appliquées, conformément aux articles précédents, à l'exception de l'article 57-1, en cas de condamnation antérieure ayant acquis autorité de chose jugée prononcée dans un autre Etat membre de l'Union européenne contre la même personne pour des faits différents.»

Il se demande «s'il est nécessaire, aux fins de transposer la décision-cadre 2008/675/JAI précitée, de compléter le texte de l'article 57-4 par une disposition faisant référence à l'équivalence des effets juridiques de la condamnation étrangère, à l'instar du choix opéré en

France. Si les auteurs du projet de loi considèrent qu'une telle disposition s'impose, il ne faut pas se départir du texte de l'article 3, paragraphe 1er de la décision-cadre. Cette disposition qui serait ajoutée à la suite du texte proposé ci-avant aurait la teneur suivante:

«La condamnation antérieure est prise en compte dans la mesure où les effets juridiques attachés à cette condamnation sont équivalents à ceux qui sont attachés à une condamnation nationale antérieure.» ».

M. le Ministre de la Justice explique ne pas s'opposer aux deux libellés proposés par le Conseil d'Etat.

L'orateur informe les membres de la commission que l'avant-projet de loi portant transposition de la décision-cadre du 2009/316/JAI du 6 avril 2009 relative à la création du système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS) est en cours d'élaboration au Ministère de la Justice.

La commission unanime décide de reprendre les propositions de texte telles que formulées par le Conseil d'Etat.

L'article 57-4 nouveau se lit dès lors de la manière suivante:

«Art. 57-4. Les règles établies pour la récidive seront appliquées, conformément aux articles précédents, à l'exception de l'article 57-1, en cas de condamnation antérieure ayant acquis autorité de chose jugée prononcée dans un autre Etat membre de l'Union européenne contre la même personne pour des faits différents

La condamnation antérieure est prise en compte dans la mesure où les effets juridiques attachés à cette condamnation sont équivalents à ceux qui sont attachés à une condamnation nationale antérieure.»

M. le Rapporteur précise, comme l'a relevé le Conseil d'Etat à propos de l'article 132-23-2 du Code pénal français, «[...] que le législateur français a, par contre, cru nécessaire d'ajouter une disposition sur l'appréciation par le juge national de la condamnation prononcée par le juge d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

A noter que le texte français met l'accent, d'abord, sur l'appréciation de l'équivalence en termes de qualification des faits, ce qui n'est pas sans rappeler le principe de la double incrimination. Or, force est de relever que ce type de contrôle n'est pas prévu dans la décision-cadre 2008/675. Une telle analyse ne serait d'ailleurs pertinente que dans le cadre des récidives dites spéciales. En ce qui concerne la question de l'équivalence des peines, le Conseil d'Etat renvoie aux interrogations qu'il a formulées ci-dessus.»

Ainsi, le libellé tel que repris du Conseil d'Etat par les membres de la Commission juridique signifie que le principe de la double incrimination ne joue plus nécessairement au niveau de la prise en considération de la condamnation subie par une personne dans un autre Etat membre.

A titre d'illustration, cela signifie qu'une condamnation pour fraude fiscale prononcée en République fédérale d'Allemagne sera prise en considération, quant aux effets juridiques attachés de la condamnation prononcée (et non quant à la qualification des faits reprochés), par le juge luxembourgeois, alors même que cette infraction n'est pas incriminée comme telle par la loi luxembourgeoise.

Article 2 (article II initial) – modification du tiret 2 de l’article 8 de la loi modifiée du 26 juillet 1986 relative à certains modes d’exécution des peines privatives de liberté

Cet article ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d’Etat.

La présentation et l’adoption d’un projet de rapport figure à l’ordre du jour de la réunion de la commission du 18 janvier 2012 à 09h00.

Le secrétaire,
Laurent Besch

Le Président,
Gilles Roth