

**N° 6996<sup>3</sup>**

**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2016-2017

---

## **P R O J E T D E L O I**

**instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant modification:**

- 1. du Nouveau Code de procédure civile;**
- 2. du Code civil;**
- 3. du Code pénal;**
- 4. du Code de la Sécurité sociale;**
- 5. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire;**
- 6. de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat;**
- 7. de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes;**
- 8. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse;**
- 9. de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois;**
- 10. de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats;**
- 11. de la loi du 25 mars 2015 instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois**

\* \* \*

**SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Dépêche du Procureur général d'Etat au Ministre de la Justice (17.11.2016).....	2
2) Avis de la Cour supérieure de Justice (3.11.2016).....	2
3) Avis du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg (20.10.2016).....	7
4) Avis des Parquets de Luxembourg et de Diekirch (27.10.2016)	12
5) Avis de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette	
– Dépêche de la Juge de Paix directrice au Procureur général d'Etat (25.10.2016).....	20
6) Avis du Parquet Général (19.10.2016) .....	22

\*

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

(17.11.2016)

Monsieur le Ministre,

En réponse à votre courrier du 6 juillet dernier je tiens à vous transmettre les avis de Monsieur le Président de la Cour supérieure de justice, de Madame la Présidente de tribunal d'arrondissement de Luxembourg, de Messieurs les Procureurs d'Etat de Luxembourg et Diekirch, de Madame la Présidente de la Justice de Paix d'Esch/Alzette et de Madame l'avocat général Simone FLAMMANG.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma haute considération.

*Le Procureur général d'Etat,*  
Martine SOLOVIEFF

\*

**AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE**

(3.11.2016)

Suivant transmis de Madame le Procureur général d'Etat, Monsieur le Ministre de la Justice a sollicité de la Cour supérieure de Justice un avis sur le projet de loi instituant un juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale.

Le projet de loi à aviser comporte trois volets, à savoir d'une part, la création d'un juge aux affaires familiales (JAF), magistrat unique ayant dans ses attributions tout le contentieux de la famille, d'autre part, la réforme du divorce prévoyant principalement l'abolition du divorce pour faute et, enfin, la réforme de l'autorité parentale instituant le principe de l'autorité parentale conjointe.

Le projet de loi en question opère une réforme profonde du droit de la famille et du droit du divorce devenue indispensable, d'une part, pour adapter ces volets de notre droit civil aux évolutions sociologiques et juridiques de la famille et, d'autre part, pour rendre certaines dispositions du code civil en matière de responsabilité parentale conformes à notre Constitution. La Cour approuve à ce titre la réforme concomitante du droit de la famille, par l'introduction du JAF et du principe de l'autorité parentale conjointe, et du droit du divorce, l'ensemble du contentieux familial étant ainsi soumis à un même magistrat spécialisé qui suivra la famille au cours des différentes procédures.

### **Le juge aux affaires familiales (JAF)**

La Cour salue le regroupement de compétences similaires actuellement réparties entre différentes juridictions, puisque le JAF sera appelé à connaître non seulement des litiges relatifs aux droits et devoirs des époux mariés et des affaires de divorce, mais encore de tous les litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale et aux pensions alimentaires de parents non mariés, vivant ensemble ou en partenariat, divorcés ou séparés, des affaires de violence au sein de la famille et de toutes les affaires impliquant un mineur, y compris l'organisation de la tutelle des mineurs dont les parents sont décédés. Le même magistrat suivra ainsi la famille pendant et après la séparation quel que soit l'état matrimonial des parents.

L'instauration d'un juge unique qui connaît de tout le contentieux familial dans le temps est souhaitable d'autant plus que la procédure est simplifiée et accélérée. L'accent est mis sur la comparution personnelle des parties qui ne sont plus obligées, du moins en première instance, de se faire assister par un avocat, la procédure prévoit des délais de comparution assez courts, les débats ont lieu en chambre du conseil ce qui permet de préserver l'intimité des parties dans un domaine éminemment personnel et le juge a un rôle conciliateur très important.

Dans le contexte du regroupement des compétences visé par le projet de loi, la Cour donne à considérer s'il ne serait pas opportun de confier également au JAF le contentieux relatif au retrait de l'autorité parentale, contentieux dont il est prévu qu'il continuera de relever d'une chambre civile du tribunal d'arrondissement composée de trois magistrats en raison de la gravité des conséquences engendrées par un retrait de l'autorité parentale, s'il était prononcé. Si on peut comprendre et approuver le souci du Gouvernement de voir toiser ce contentieux particulièrement grave par une composition collégiale, on pourrait préciser dans le texte de loi que ce contentieux sera toisé, tout comme c'est le cas pour les liquidations des régimes matrimoniaux, par le JAF statuant en formation collégiale. D'ailleurs, il est prévu (article 1007-7 du Nouveau code de procédure civile) que le JAF peut toujours, s'il l'estime nécessaire, renvoyer une affaire particulièrement litigieuse ou compliquée devant une formation collégiale.

Du point de vue de la procédure, il convient d'applaudir la généralisation de la procédure par requête, la saisine du JAF devant se faire, également en instance d'appel, par requête et non plus par assignation. Cette procédure simplifiée ne nécessitant plus l'intervention d'un huissier de justice rendra la justice plus facilement accessible à tous.

Il est, par ailleurs, prévu que la procédure sera orale tant en première instance qu'en instance d'appel, mesure qui contribuera à unifier les procédures en matière familiale devant la Cour d'appel qui, actuellement, sont écrites (divorce, article 302) ou orales (tutelles, violence domestique) dans des matières pourtant similaires. Devant la Cour d'appel les parties sont en principe représentées par leurs avocats qui exposent leurs conclusions oralement à l'audience, mais la Cour peut ordonner la comparution personnelle des parties lorsqu'elle la juge nécessaire.

La procédure orale permettra également d'accélérer l'instruction et l'évacuation des affaires en évitant les échanges répétés et fastidieux de conclusions écrites qui non seulement retardent l'issue du procès, mais surtout ne renseignent pas toujours les magistrats sur l'état réel et actuel de la situation familiale. L'audition des parents, voire des enfants est à ce titre essentielle pour permettre aux magistrats de se faire une opinion d'ensemble du litige et les parties éprouvent souvent elles-mêmes le besoin de venir exposer leur point de vue à l'audience dans ces matières très personnelles qui leur tiennent particulièrement à coeur. Comme le ministère d'avocat reste obligatoire devant la Cour, les parties seront assistées de leur mandataire qui exposera oralement ses conclusions et pourra, sur demande de la Cour, verser des conclusions écrites si l'intérêt de l'instruction l'exige, notamment si des problèmes juridiques complexes se présentent.

Selon l'article 1007-10 du Nouveau code de procédure civile, l'appel des décisions du JAF sera porté devant une chambre civile de la Cour d'appel constituée de trois conseillers.

La chambre civile pourra déléguer l'affaire à une chambre civile composée d'un seul conseiller pour évacuer des litiges d'importance mineure.

Le projet de loi prévoit l'affectation de 14 magistrats du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et 3 magistrats du tribunal d'arrondissement de Diekirch à l'ensemble des affaires familiales, dès lors que des compétences seront regroupées auprès du JAF qui sont actuellement exercées par des juges ou tribunaux différents. Par voie de conséquence, le nombre des affaires dont connaîtra la chambre

civile de la Cour d'appel chargée des affaires familiales augmentera sensiblement. Ainsi, tout le contentieux des pensions alimentaires (relevant actuellement du juge de paix) et les demandes introduites sur base de l'article 302 du code civil (relevant actuellement de la chambre d'appel de la jeunesse) seront dévolus à cette chambre. La Cour préconise, dès lors, l'adjonction à cette chambre d'un conseiller supplémentaire chargé d'évacuer les affaires familiales.

### **La réforme du divorce**

D'après les auteurs du texte, le sens profond de la réforme est de tenir compte du fait que la notion de mariage, dans notre société moderne, a évolué, et que le mariage est à considérer de nos jours comme une union affective et matérielle librement consentie par deux adultes responsables auxquels il faut permettre de se désengager des liens conjugaux s'ils le désirent et d'organiser eux-mêmes les modalités de leur séparation. Dans cette optique, la procédure de divorce est simplifiée et accélérée dans le but de la rendre moins conflictuelle, le rôle du juge étant d'accompagner les parties, de les concilier concernant les conditions de la séparation et de veiller à l'intérêt des enfants.

Le but premier du projet de loi est de pacifier les relations entre les conjoints par l'abolition du divorce pour faute. La législation nouvelle entend également promouvoir les accords entre époux concernant leur séparation et assurer un traitement équitable des conséquences patrimoniales du divorce. En introduisant le principe de l'autorité parentale conjointe, la réforme entend responsabiliser les parents à l'égard de leurs enfants dont ils devront en commun assurer l'éducation dans leur plus grand intérêt.

#### ***Divorce par consentement mutuel***

La procédure de divorce par consentement mutuel prévue par le projet de loi reste largement similaire à l'actuelle procédure, sauf que la deuxième comparution est supprimée, que les conditions d'âge minimum pour demander le divorce et de durée minimum du mariage sont supprimées et que la convention des parties rédigée obligatoirement par un avocat ou un notaire doit être homologuée par le juge.

#### ***Divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales***

Le point principal de la réforme du divorce consiste à abolir le divorce pour faute et à introduire le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. La rupture irrémédiable est un fait objectif établi soit par l'accord des parties sur le principe même du divorce, même si elles diffèrent quant à ses conséquences, soit sur demande d'une des parties. Si l'autre partie s'oppose au divorce, le JAF peut ordonner la surséance de la procédure pendant un délai de trois mois, renouvelable une fois, afin de donner aux conjoints l'occasion de se réconcilier. A l'issue de ce délai, s'il n'y a pas de réconciliation, le divorce sera prononcé.

Il n'y a pas de preuve à rapporter par le demandeur en divorce dans le cas d'une demande basée sur la rupture irrémédiable des relations conjugales, ainsi notamment la preuve d'un manquement de l'un des conjoints n'est donc plus requise. La désunion irrémédiable résultera de la demande de l'un des conjoints, maintenue à l'issue de la surséance prononcée par le JAF.

La notion de faute subsiste néanmoins au niveau des conséquences du divorce, en ce sens que certains comportements particulièrement graves, telles les infractions d'attentat à la pudeur, de viol, d'homicide et de coups et blessures volontaires entre époux ou à l'égard d'un enfant peuvent donner lieu au versement de dommages-intérêts, à la privation de pension alimentaire ou à la privation d'avantages matrimoniaux.

La Cour approuve l'abolition des griefs et la suppression du débat judiciaire sur la faute qui a conduit, dans la pratique, à la tenue d'enquêtes fastidieuses révélant en public la vie intime des époux, voire à la rédaction d'attestations testimoniales déshonorantes impliquant l'intervention de proches et attisant les rancunes personnelles entre les conjoints. Le divorce sera le constat objectif d'un échec plutôt que la sanction d'une faute. La procédure en sera simplifiée et accélérée.

Il est salutaire de ne pas imposer à l'époux qui veut divorcer et dont le conjoint s'oppose au divorce de devoir rapporter la preuve de faits de nature à établir la désunion irrémédiable, preuve qui reviendrait en fait à réintroduire l'ancien système de l'article 229 du code civil. Par ailleurs, le conjoint qui veut divorcer doit pouvoir le faire sans devoir attendre l'écoulement d'un délai trop long. Il convient toutefois de se poser la question si le délai de surséance de 3, respectivement 6 mois est suffisant pour la

mise en oeuvre d'une réconciliation des époux ou pour permettre au conjoint qui ne veut pas divorcer de prendre des dispositions pratiques en vue de la séparation. A ce titre, il y a lieu de relever que le droit belge et le droit allemand prévoient une présomption irréfragable de la désunion irrémédiable résultant d'une séparation de fait continue et effective des conjoints pendant un certain délai. Ainsi, le droit belge prévoit que la demande en divorce formée par un seul conjoint doit être réitérée après un délai d'un an.

### *Mesures provisoires*

Les mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les biens des parties et des enfants sont demandées soit dans la requête au fond, soit par voie de conclusions à l'audience, mais elles ne font plus l'objet d'une procédure séparée devant le juge des référés comme c'est le cas actuellement. Le JAF statue par ordonnance séparée dans le cadre de l'instance au fond, ordonnance immédiatement appellable. Les mesures provisoires seront, dès lors, traitées par le même juge que celui qui connaît du fond du divorce.

Des mesures provisoires peuvent encore être demandées par le biais d'une procédure de référé exceptionnel devant le JAF en cas d'urgence absolue. La condition de l'urgence absolue doit être précisée et motivée dans la requête et sera appréciée par le magistrat.

### *Action du mineur*

Une autre innovation du projet de loi consiste dans la possibilité pour le mineur de saisir le JAF d'une demande en modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale ou du droit de visite et d'hébergement.

Les auteurs du projet de loi ont ainsi entendu de favoriser l'accès à la justice du mineur pour des questions le concernant directement. Actuellement, les juridictions tiennent déjà largement compte de l'avis des mineurs concernés soit en recourant à leur audition personnelle, soit en entendant l'avocat qui a été désigné pour représenter leurs intérêts. La Cour exprime sa plus grande réserve concernant la possibilité pour le mineur de présenter lui-même une demande devant le JAF, dès lors que le mineur devient ainsi une véritable partie au procès, ce qui risque d'envenimer le contentieux concernant la résidence et le droit de visite à l'égard de cet enfant. Il y aurait lieu, pour le moins, de prévoir dans le texte une condition d'âge dans le chef du mineur, par exemple le mineur âgé de douze ans au moins, sinon de mentionner que cette action est réservée au mineur capable de discernement. L'article 1007-50 du Nouveau code de procédure civile prévoit, d'ailleurs, à bon escient, qu'un avocat sera désigné au mineur qui aura la charge de se concerter avec le mineur lui-même et avec ses parents et puis d'introduire la demande. Cette mesure permettra de filtrer les demandes des mineurs, l'avocat en appréciant l'opportunité, et d'éviter que le juge ne soit submergé par des plaintes intempestives ou des demandes peu sérieuses.

### *Conséquences patrimoniales du divorce*

Le projet de loi s'efforce d'introduire une plus grande équité au niveau des conséquences patrimoniales du divorce.

Ainsi, la pension alimentaire qu'un conjoint peut redevoir à l'autre, pension qui pourra être versée sous forme de capital, ne tiendra plus seulement compte, tel qu'actuellement, de l'état de besoin du créancier d'aliments, mais elle sera fixée en fonction de critères énumérés dans la loi, qui, sans cependant assurer le maintien du train de vie antérieur, permettront de tenir compte, entre autres, de l'âge et de l'état de santé des conjoints, de leur situation professionnelle ou du temps consacré par l'un d'eux à l'éducation des enfants. En contrepartie, la pension alimentaire se trouve limitée dans le temps, sa durée d'attribution ne pouvant en principe être supérieure à celle du mariage, sauf exceptions. La Cour approuve ces dispositions qui, tout en assurant dans un premier temps la situation matérielle du conjoint défavorisé, l'encouragent néanmoins à faire des démarches en vue de retrouver rapidement son indépendance financière.

Dans le même esprit, il y a lieu d'approuver les dispositions de l'article 257 nouveau du code civil prévoyant le rachat, par des fonds communs ou indivis, des droits à pension par le conjoint ayant abandonné ou réduit son activité professionnelle pendant plus de cinq ans pour se consacrer à l'éducation des enfants.

L'article 258 du code civil prévoit, en outre, la possibilité d'attribuer, pour une durée de deux ans, respectivement d'un an, la jouissance du logement familial au parent auprès duquel vivent un ou plusieurs enfants communs de moins de 13 ans en contrepartie du paiement d'une indemnité d'occupation.

Cette mesure est justifiée par l'intérêt des enfants qui ne doivent pas être arrachés trop brutalement à leur environnement familial. Elle a, à bon droit, été limitée dans le temps, étant donné qu'elle s'applique aussi bien si le logement familial est un bien commun que s'il appartient en propre à l'un des époux, peut-être même à celui qui n'est pas à l'origine de la rupture et qui se trouve ainsi privé de la jouissance de son bien étant donné que l'indemnité de jouissance, fixée par le JAF en considération des facultés financières du conjoint occupant, n'équivaut pas nécessairement à la valeur locative du bien immobilier.

Le projet de loi prévoit, par ailleurs, la possibilité pour le conjoint victime d'atteintes particulièrement graves à sa personne ou à celle des enfants d'obtenir des dommages-intérêts. L'article 254 du code civil, tel que projeté, énumère limitativement les infractions pénales pouvant donner lieu à dommages-intérêts et subordonne l'indemnisation à une condamnation. En dehors de ces cas, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en relation avec la rupture du mariage (ancien article 301 du code civil) est abolie.

### **Autorité parentale**

La réforme de l'autorité parentale est devenue indispensable en raison des nouvelles formes de parentalités et de la nécessité, rappelée à maintes reprises par la Cour Constitutionnelle, de mettre sur un pied d'égalité les parents quel que soit leur statut matrimonial.

Le grand principe de la réforme est celui de l'autorité parentale conjointe. La loi institue la coparentalité dans chaque couple quel que soit son statut juridique, chaque parent devant avoir les mêmes droits à l'égard de l'enfant, à savoir entretenir avec lui des relations de même intensité et de même qualité, mais ayant également les mêmes devoirs et les mêmes responsabilités à son égard. La réforme vise, dès lors, à responsabiliser les parents qui, même séparés, conserveront des obligations et responsabilités à l'égard des enfants. Pour faciliter l'organisation de la vie quotidienne des enfants, il est prévu que pour les actes usuels, l'accord du parent auprès duquel les enfants ne vivent pas est présumé.

Comme corollaire de l'autorité parentale conjointe, le projet de loi favorise les accords entre les parents qui se séparent concernant les modalités d'exercice de cette autorité parentale. Ainsi, une grande nouveauté réside dans l'introduction, dans le code civil, du concept de la résidence alternée, limitée toutefois au cas où elle rencontre l'accord des deux parents, soit dans leur convention homologuée par le juge, soit devant le JAF saisi par l'un d'eux. Actuellement, les juridictions privilégient déjà en pratique autant que possible, et dans l'intérêt supérieur des enfants, un hébergement égalitaire par l'attribution, au parent auprès duquel les enfants ne résident pas normalement, d'un droit d'hébergement élargi. Il reste qu'une résidence alternée, qu'elle soit inscrite en tant que telle au code civil ou qu'elle soit organisée, comme elle l'est en fait à l'heure actuelle devant nos tribunaux, par la voie d'un droit d'hébergement étendu, présuppose néanmoins une proximité des domiciles respectifs des parents et une bonne entente entre eux et le juge doit veiller, au cas par cas, à ce qu'elle soit dans l'intérêt des enfants.

### **Jeunesse**

La Cour salue la création d'une chambre d'appel de la jeunesse composée de trois magistrats et appelée à connaître des appels des décisions du juge ou du tribunal de la jeunesse. C'était le souhait de longue date de la Cour d'appel d'instituer la collégialité dans un domaine des plus sensibles nécessitant une préparation consciencieuse et détaillée des dossiers, une instruction minutieuse à l'audience ainsi que la prise de décisions souvent délicates et requérant une rédaction longuement motivée. La réforme est salutaire, même si, de par le projet sous avis, les affaires introduites suivant l'ancien article 302 du code civil rentrent dans les compétences du JAF et sont soustraites à la compétence de la chambre d'appel de la jeunesse.

## AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE ET A LUXEMBOURG

(20.10.2016)

Le projet de loi sous avis a pour objet de créer la fonction de juge aux affaires familiales, de réformer le régime actuel de l'autorité parentale et de réformer le régime actuel du divorce.

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg constate, d'un point de vue général, que les modifications préconisées permettront de résoudre plus rapidement et plus efficacement le contentieux familial et que les dispositions législatives préconisées tendent à l'apaisement de ce contentieux et à la préservation des liens entre les enfants et leurs deux parents postérieurement à la séparation du couple parental.

De plus, les modifications préconisées remédieront à l'anti-constitutionnalité des dispositions législatives actuellement en vigueur en matière de responsabilité parentale en instaurant un régime de coparentalité.

Sous ces aspects généraux, le tribunal ne peut qu'aviser favorablement le projet sous avis.

Pour ce qui est des trois volets du projet pris isolément, le tribunal soumet les observations suivantes

### **1) Réforme du divorce**

Au stade actuel de la législation luxembourgeoise, le divorce est prononcé sur base du consentement mutuel des époux, sur preuve d'une faute d'un des conjoints ou après une séparation effective continue de trois années.

Ainsi, le conjoint contre lequel aucune faute ne peut être prouvée, peut soit se faire monnayer son accord à divorcer par des concessions importantes, soit obliger son conjoint à rester dans les liens du mariage pendant au moins trois années.

Ce fait, de même que les preuves rapportées au tribunal en vue de l'établissement du caractère fautif du comportement du conjoint, enveniment souvent des relations déjà précaires, situation qui se répercute régulièrement sur les relations que les enfants entretiennent avec le parent auprès duquel ils ne résident plus.

Si le projet de loi maintient la possibilité de divorcer par consentement mutuel, ce cas de divorce est néanmoins largement réformé.

En remplacement du divorce pour faute(s) et du divorce sur séparation continue, une nouvelle cause de divorce objective est introduite, à savoir le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux.

Par cette modification législative, le divorce perd son caractère de sanction pour devenir en lieu et place la constatation de l'échec d'un couple.

Si par l'effet de l'article 233 nouveau du code civil, la rupture irrémédiable est établie par la demande d'un seul conjoint à l'issue des délais de surséance d'un maximum total de six mois prévus par l'article 1007-27 du nouveau code de procédure civile, ce fait ne constitue néanmoins pas une sanction d'un comportement du défendeur en divorce, mais l'expression unilatérale de la volonté du demandeur.

En effet, la possibilité donnée au juge aux affaires familiales d'ordonner en cas de contestation de la rupture irrémédiable des relations par le conjoint, pareille surséance à deux reprises permet soit aux conjoints de redémarrer leur relation sur de nouvelles bases, soit au conjoint surpris par la procédure de faire petit à petit le deuil de son mariage, sans avoir l'impression de faire l'objet d'un rejet immédiat.

Comme ainsi la possibilité est donnée de divorcer sur base de la rupture irrémédiable des relations conjugales en moins d'une année de procédure, l'époux qui désire obtenir le divorce n'est plus tenté de faire des concessions dans le seul but de pouvoir recourir au divorce par consentement mutuel pour revenir sur ces concessions peu de temps après le prononcé du divorce.

Aussi, l'introduction du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales et la procédure dudit divorce prévue au projet aura immanquablement pour effet de réduire le contentieux après divorce par consentement mutuel.

Tant dans le cadre du divorce par consentement mutuel que dans le cadre du divorce pour rupture irrémédiable de la vie commune, il est prévu que les parties comparaîtront rapidement après le dépôt de la requête devant le juge aux affaires familiales. Pour ce qui est du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, l'article 1007-24 du nouveau code de procédure civile prévoit même un délai maximal dans lequel la première comparution des parties devant le juge aux affaires familiales doit avoir lieu.

Pour les deux procédures, il est prévu que les parties comparaîtront personnellement. Si l'assistance d'un avocat n'est pas requise pour le dépôt d'une requête en divorce par consentement mutuel, l'article 230 nouveau du code civil, prévoit néanmoins que la convention des parties doit être rédigée par un avocat ou un notaire.

Cette modification par rapport aux dispositions actuellement en vigueur assurera que les parties ont disposé d'un conseil juridique lors de l'établissement de leur accord.

Outre le fait que les parties ne peuvent plus soumettre au tribunal une convention qu'elles ont rédigée elles-mêmes, trois modifications assez substantielles sont encore apportées à la procédure de divorce par consentement mutuel: l'abolissement de la période de réflexion, le fait que la convention est examinée par le juge aux affaires familiales en présence des parties et le fait que dans le jugement de divorce la convention connaîtra sera homologuée et portera de ce fait force exécutoire.

Ainsi, l'article 1007-17 du nouveau code de procédure civile permet au juge aux affaires familiales d'inviter les parties à supprimer ou à modifier une clause qui ne préserve pas l'intérêt des enfants ou d'un des conjoints par décision motivée.

Pour pouvoir ce faire, il appartiendra au juge aux affaires familiales d'apprécier si le partage intervenu lui paraît équitable et de prendre en considération l'éventuel effet transactionnel brigué par les parties.

Ainsi, la comparution des parties devant le juge aux affaires familiales ne sera pas une simple figure de style et permettra tant d'établir que les parties agissent de façon volontaire et éclairée, tant de sauvegarder les droits tant des enfants, que des conjoints.

En ce qui concerne la procédure du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, l'innovation essentielle apportée par le projet de loi consiste dans le fait que contrairement à la procédure actuellement en vigueur, la procédure devant le juge aux affaires familiales est essentiellement orale.

Afin de pouvoir utilement mener les débats sans que la relation entre les parties ne soit envenimée par des écrits tendancieux, il est prévu qu'avant de réunir les parties devant lui, le juge aux affaires familiales les entendra séparément.

Ce n'est que si des différends subsistent après cette première comparution, que le juge aux affaires familiales pourra inviter les avocats à déposer des conclusions écrites.

Le fait que la procédure soit orale permettra une évacuation nettement plus rapide de l'affaire.

De même, du fait que les paroles s'envolent plus vite que les écrits, les mots éventuellement mal placés ou blessants utilisés par un des conjoints auront probablement moins d'impact sur leurs relations futures.

A ce double titre, la procédure prévue ne sera pas une cause d'envenimement des relations personnelles entre les parties et évitera ainsi aux enfants communs des tensions dont ils sont immanquablement les victimes.

Pour ce qui est des conséquences patrimoniales du divorce, le projet de loi différencie entre les mariages dans lequel des atteintes à la personne sanctionnées par le code pénal sont survenues et les autres mariages.

Ainsi, dans le cas de mariage qui furent exempts de violence, la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts en relation avec la dissolution du mariage est abolie. l'époux divorcé dans le besoin peut prétendre à une pension alimentaire à titre personnel et les époux divorcés conservent avantages matrimoniaux qui leurs furent consentis.

Si l'on peut concevoir un accru de plaintes pénales de personnes qui entendent profiter des dispositions spéciales prévues pour les victimes d'actes de violences, il faut cependant relatives le gain à escompter au niveau pécuniaire par le biais du recours à la juridiction pénale.

En effet, les cas où le divorce est susceptible de causer en lui-même un dommage sont presque tous pris en compte par des dispositions nouvelles introduites par le projet de loi, tel le droit au rachat des droits à la pension et la possibilité de se voir attribuer le domicile conjugal pour une durée limitée.



De ce fait, il est très peu probable que dans le but de pouvoir bénéficier de dommages et intérêts en réparation du dommage causé par le divorce, une partie engage spécialement un procès pénal.

Il reste d'ailleurs même sous la législation prévue par le projet de loi, loisible à l'époux qui estime avoir subi un dommage du fait de son époux d'agir en responsabilité à l'encontre de celui-ci sur base des articles 1382 et 1383 du code civil, sans que la mise en oeuvre de pareille action requiert d'engager auparavant une instance pénale.

Par ailleurs, les avantages matrimoniaux actuellement encore concédés entre époux, pour lesquels il n'est pas spécialement stipulé dans le contrat de mariage qu'ils sont révoqués en cas de divorce, sont extrêmement limités en nombre.

De même, comme l'obtention d'une pension alimentaire après divorce requiert l'établissement par le créancier d'aliments qu'il se trouve dans une situation telle qu'il ne peut pas pourvoir par lui-même à ses besoins, les conjoints divorcés qui sont en droit de recevoir une pension alimentaire après divorce sont peu nombreux.

Aussi, la différenciation au niveau des effets patrimoniaux entre les divorces de mariages exempts de violence et ceux de mariages où des atteintes à la personne sont survenues, qui répond au souhait légitime de garantir aux victimes d'atteintes à la personne une protection supplémentaire, ne devrait pas avoir pour conséquence un engouement des juridictions pénales.

Si le projet de loi maintient le droit de demander le report des effets du divorce quant à leurs biens au jour de la cessation de leur cohabitation et de leur collaboration, tel qu'actuellement prévu par l'article 266 du code civil, le projet de loi suit néanmoins en ce sens le législateur français et précise à l'article 246 nouveau du code civil que la demande en report doit être formée avant que la demande en divorce ne soit prise en délibéré.

Cette modification législative vise à prévenir que la question du report se pose comme difficulté de liquidation et sabote ainsi l'aboutissement des pourparlers devant le notaire.

Aussi, cette modification répond à nouveau au souci de voir les différends entre les époux évacués le plus rapidement possible sans qu'il soit possible de les faire perdurer par des moyens dilatoires.

Le tribunal doit néanmoins constater que la disposition relative à la date limite pour former la demande qui figure à l'article 246 nouveau du code civil n'est pas reprise à l'article 1442 nouveau du code civil qui a trait à la possibilité de demander le report entre époux des effets du divorce quant à leurs biens dans le cadre du régime de la communauté légale.

Dans le but de remédier à cette différenciation probablement involontaire, le tribunal propose le rajout à l'article 1442 nouveau du code civil, de la phrase: „*Cette demande doit être formée avant que la demande en divorce ne soit prise en délibéré*“.

Au vu des différents critères à prendre en compte lors de la fixation de la pension alimentaire après divorce énumérés par l'article 251 nouveau du code civil, la pension alimentaire ne couvrira plus uniquement l'état de besoin, tel que prévu par l'article 300 du code civil, sans pour autant garantir le maintien du niveau de vie pendant le mariage.

Il sera ainsi possible au juge de prendre en compte des considérations d'équité, fait que le tribunal accueille favorablement, de même que la possibilité prévue par l'article 250 nouveau du code civil de fixer une pension en capital.

Le tribunal tient cependant à relever que le texte de l'article 250 nouveau du code civil soumet la possibilité de décider du versement d'une pension en capital au tribunal alors que la demande en obtention d'une pension alimentaire est soumise au juge aux affaires familiales.

Dans un souci de clarté, il conviendrait de remplacer dans le texte le mot „*tribunal*“ par celui de „*juge*“, sinon de préciser que le juge doit renvoyer la demande en obtention d'une pension alimentaire au tribunal pour que celui-ci statue sur l'opportunité de fixer une pension alimentaire en capital.

Le tribunal tient par ailleurs à signaler que si l'article 252 nouveau du code civil limite la durée d'obtention d'une pension alimentaire après divorce à la durée du mariage, pareille limitation n'est pas prévue pour la pension alimentaire redue après dissolution du partenariat prévue à l'article 12 de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats.

Dans un souci d'équité devant la loi, il conviendrait de prévoir au texte du prédit article 12 une référence à l'article 252 nouveau du code civil.

Le tribunal approuve dans son principe les dispositions de l'article 257 nouveau du code civil relatif au rachat du droit à la pension et celles de l'article 259 nouveau relatif à l'attribution du logement familial.

Le tribunal tient à relever que le point (4) de l'article 257 nouveau du code civil permet expressément aux époux de stipuler des dispositions différentes applicables entre elles pour le cas où l'un d'eux arrêterait du moins partiellement son activité professionnelle et que la disposition prévue à l'article 257 nouveau n'a ainsi qu'un effet supplétif à l'autonomie de la volonté des époux.

Pour ce qui est de l'attribution préférentielle du logement pendant une durée limitée, le tribunal approuve que l'article 258 nouveau du code civil prévoit que le montant de l'indemnité d'occupation sera déterminé dès la décision qui fait droit à la demande en attribution.

Par ce biais, il est remédié aux situations actuelles où le conjoint divorcé qui a continué à vivre après le prononcé du divorce dans un logement qui ne lui appartenait pas entièrement en propre, est confronté après des années de procédure à une créance qui dépasse son expectation.

Le tribunal tient finalement encore à signaler que tant l'article 239 nouveau du code civil que l'article 241 nouveau du même code, qui ont une teneur générale, n'ont néanmoins que traits à la liquidation et du partage de la „*communauté*“.

Comme certains régimes matrimoniaux non communautaires comme le régime légal allemand de la participation aux acquêts doivent néanmoins être liquidés et que dans le cadre d'un régime séparatiste, l'indivision doit être partagée, il conviendrait de remplacer dans le texte de ces deux articles le mot de „*communauté*“ par celui plus général de „*régime matrimonial*“.

## 2) Réforme de l'autorité parentale

La réforme de l'autorité parentale prévue par le projet de loi prévoit comme principe général l'autorité parentale conjointe.

Ainsi, hormis décision judiciaire différente, l'autorité parentale est presque dans tous les cas de figure exercée conjointement. Ce n'est que dans les circonstances très particulières où l'un des parents a reconnu l'enfant à sa naissance et l'autre a mis plus d'une année pour établir sa filiation, que le premier parent conserve l'autorité parentale exclusive.

Le tribunal ne peut qu'approuver l'esprit du projet de loi en ce qu'il institue le principe de la coparentalité, qu'elles que soient les relations personnelles entretenues par les parents.

En effet, par le biais de la réforme législative, il est porté à la conscience des parents que l'enfant n'est pas un „*bien*“ qu'on partage ou qu'on attribue après la séparation du couple, mais un projet initié en commun qu'il appartient de mener à terme en commun nonobstant les divergences entre parties.

De même, le tribunal approuve dans son principe que la notion d'autorité parentale est cernée par la définition qui lui est apportée par l'article 372 nouveau du code civil ainsi que la définition lui donnée, à savoir les „*droits et devoirs avant pour finalité l'intérêt de l'enfant*“.

Ainsi ce n'est pas le pouvoir décisionnel du parent qui définit l'autorité parentale, mais la finalité poursuivie.

Cette définition qui met clairement au centre du concept l'enfant, permet d'interpréter les contours de l'autorité parentale au cas le cas selon la situation particulière de chaque enfant et de son intérêt particulier.

De même, ce texte permettra au juge aux affaires familiales de faire évoluer le concept au fil de l'évolution de la société.

Au vu de l'anti-constitutionnalité des dispositions actuelles relatives à l'autorité parentale, le tribunal approuve l'entrée en vigueur immédiate des dispositions nouvelles, même si ce fait peut donner lieu à l'introduction d'un nombre important de demandes en justice à toiser soit par le juge des tutelles, soit par le juge de la jeunesse.

Pareille situation est tolérable comme l'entrée en vigueur des dispositions législatives relatives à la création de la fonction du juge aux affaires familiales n'est différée dans le pire des cas que de quatre mois par rapport à l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'autorité parentale.

A l'article 376-3 nouveau du code civil, le projet de loi prévoit que pour autant qu'un enfant commun majeur ne puisse pas subvenir à ses besoins, le parent qui en assume la charge à titre principal peut solliciter une contribution du second parent.

Cet article étend le devoir de contribution des parents aux besoins de leurs enfants à toute situation où l'enfant majeur se trouve dans le besoin sans délimiter, tel que le texte actuellement en vigueur, des situations particulières dans lesquelles l'obligation parentale persiste.

Néanmoins cet article n'institue pas une obligation alimentaire envers l'enfant lui-même, mais un droit en faveur du parent qui prend l'enfant majeur à charge de réclamer la participation de l'autre parent aux frais par lui encourus.

Cet article remédie aux situations actuelles où un parent a un enfant majeur entièrement à sa charge et ne dispose néanmoins d'aucun recours envers le second parent comme la situation de l'enfant ne peut se justifier par le fait qu'il se trouve en cours d'études ou infirme.

Cette disposition remédie à une iniquité générée par l'article 303-1 actuel du code civil et ne peut de ce fait qu'être approuvée favorablement.

### **3) La fonction de juge aux affaires familiales**

Le tribunal approuve en son principe la création de la fonction du juge aux affaires familiales.

Par l'effet de la réforme projetée, la quasi-totalité du contentieux en matière de droit de la famille relève de la même juridiction et est soumise à la même procédure.

Cette uniformisation permettra une justice plus rapide et plus facilement accessible au justiciable.

Cette accessibilité est d'autant plus renforcée par la possibilité d'agir dans presque tous les cas personnellement en justice sans avoir à requérir à l'assistance d'un avocat et par le fait que l'action en justice est introduite par le biais d'une requête.

La procédure prévue par le projet de loi tend avant tout à la solution consensuelle du litige.

En effet, la procédure est éminemment orale et la présence personnelle des parties requise.

De plus, le fait que les débats se déroulent en principe en chambre du conseil permet l'instauration d'un climat intime propice à l'obtention d'un arrangement.

Le tribunal approuve que le projet de loi prévoit expressément un délai maximal de convocation. En effet, les litiges en matière de droit familial sont éminemment urgents et requièrent une célérité absolue si on veut éviter que les parents utilisent leurs enfants comme enjeu de leur discord et que les situations s'enveniment.

Le tribunal approuve également la faculté réservée au juge aux affaires familiales de renvoyer un litige devant une formation collégiale lorsque le litige à trancher présente une complexité particulière.

En effet, la possibilité d'un tel renvoi, met le juge aux affaires familiales à l'abri de l'appréhension de devoir trancher seul un litige dont la complexité le dépasse sans pouvoir avoir recours à un délibéré.

Le tribunal approuve spécialement la possibilité accordée au mineur par l'article 1007-50 du nouveau code de procédure civile de saisir lui-même le juge aux affaires familiales d'une demande en modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale envers lui ou du droit de visite et d'hébergement.

Si toutes les demandes ainsi formulées par des mineurs ne sont pas soumises au juge aux affaires familiales du fait de la procédure prévue, à savoir la désignation d'un avocat au mineur, l'analyse par celui-ci des arguments du mineur et l'introduction d'une requête par l'avocat uniquement au cas où il le juge opportun, entraînera un filtrage des demandes par l'avocat, cet article facilite néanmoins largement l'accès à la justice des mineurs.

D'un point de vue général, le tribunal relève que la procédure devant le juge aux affaires familiales telle qu'elle est prévue par le projet de loi comporte une grande implication du juge dans les différends et partant la nécessité pour celui-ci de pouvoir faire preuve d'une grande disponibilité.

Ainsi, d'une part, la réforme du divorce par consentement mutuel entraînera une augmentation substantielle du temps de présence des parties devant le juge.

De même, l'audition des parties et la recherche d'un consensuel impliqueront une augmentation de temps d'audience dans les actions qui relèvent actuellement de la procédure de la mise en état.

A ce titre le tribunal approuve la politique poursuivie par le projet de loi en ce qu'il prévoit l'affectation de 14 magistrats comme juge aux affaires familiales, soit un nombre qui semble a priori adéquat pour leur permettre d'assumer les tâches leur confiées.

Le tribunal soumet cependant à la réflexion le fait qu'une structure aussi importante requière également une direction, du moins pour ce qui est de son organisation et de la répartition des tâches.

S'il ne s'avère pas strictement nécessaire de créer outre les postes qui figurent au projet de loi, un poste de directeur, il serait néanmoins opportun de prévoir à l'article 15-1 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire que le vice-président le plus ancien en rang parmi les juges aux affaires familiales exerce la fonction de juge aux affaires familiales directeur.

En effet, en absence de désignation d'un directeur les tâches organisationnelles relèveront soit du Président du tribunal d'arrondissement, soit seront exercées de fait par un des juges aux affaires familiales.

Il est néanmoins incontestable que le fait de devoir diriger une section aussi importante sera une tâche très contraignante pour le Président du tribunal et qu'une direction de fait ne dispose pas de l'autorité nécessaire pour pouvoir imposer son pouvoir décisionnel.

Pour ce qui est des dispositions transitoires prévues par le projet de loi et l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la création de la fonction de juge aux affaires familiales, le tribunal n'a pas d'objections à formuler.

En résumé, le tribunal approuve largement le projet de loi, sous réserve des légères modifications sollicités aux articles 239, 241, 250 et 1442 nouveaux du code civil et à l'article 12 nouveau de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats et de son avis relatif à la désignation d'un juge aux affaires familiales directeur.

Alexandra HUBERTY  
*Vice-Président du Tribunal  
 d'Arrondissement*

\*

## AVIS DES PARQUETS DE LUXEMBOURG ET DE DIEKIRCH

(27.10.2016)

Les Procureurs d'Etat saluent l'initiative du Gouvernement tendant à moderniser le droit du divorce, à réformer le régime actuel de l'autorité parentale et à confier les affaires familiales à une seule et même juridiction, le juge aux affaires familiales, ci-après le JAF.

L'accès à la justice pour les particuliers en situation de devoir appeler à l'intervention de la justice pour un problème d'ordre familial s'en trouve simplifié, et ce d'autant plus que la saisine du juge aux affaires familiales peut se faire selon un mode très peu formaliste. Le juge saisi aura dès lors l'opportunité de connaître de tous les différends d'une famille, qu'ils soient patrimoniaux ou personnels. Son rôle consistera à écouter les parties, à atténuer le potentiel conflictuel de ces litiges et à favoriser le consensuel. Cette démarche législative ne peut être qu'approuvée par les Parquets.

Dans le cadre du présent avis, les Parquets n'entendent pas prendre position par rapport à toutes les dispositions du projet, mais souhaitent mettre l'accent sur les dispositions qui règlent leur intervention dans le cadre de cette nouvelle procédure ainsi que sur quelques points qui leur paraissent essentiels.

Les deux Parquets expriment ainsi leurs réticences quant à l'opportunité et quant à la légalité de la suppression de postes de magistrats existants.

Une remarque concernant l'effectif du Parquet Luxembourg s'impose toutefois au regard de la loi du 5 juillet 2016 qui a augmenté le nombre de substituts affectés au Parquet près le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg à dix substituts.

La rédaction du projet du nouvel article 11 *in fine* de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire devrait dès lors être adaptée comme suit:

„**Art. 11.** Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est composé d'un président, de trois premiers vice-présidents, d'un juge d'instruction directeur, de vingt-et-un vice-présidents, d'un juge directeur du tribunal de la jeunesse et des tutelles, de deux juges de la jeunesse, d'un juge des tutelles, de trente-six premiers juges, de vingt-huit juges, d'un procureur d'Etat, de deux procureurs d'Etat adjoints, de cinq substituts principaux, de douze premiers substituts et de dix substituts.“

\*

L'indication reprise de l'ancien texte de l'article 15, alinéas 2 et 3 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire relative à la composition des tribunaux de la jeunesse et des tutelles de Luxembourg et de Diekirch, devrait également être modifiée pour tenir compte du fonctionnement actuel des Parquets auprès des Tribunaux de la Jeunesse.

Il est en effet d'usage que tous les substituts des procureurs représentent, à tour de rôle, le ministère public lors des audiences du juge de la jeunesse et des tutelles et sont désignés à ces fins par les procureurs. Pour adapter l'article à cette pratique, il est proposé de le modifier en ce sens que ledit tribunal est composé des magistrats du siège cités et de ceux du Ministère Public, sans l'indication d'un nombre déterminé de magistrats du Ministère Public spécialement désignés par les procureurs.

L'article 15 serait alors conçu comme suit:

**Art. 15. (...)**

„Le tribunal de la jeunesse et des tutelles de Luxembourg est composé d'un juge directeur du tribunal de la jeunesse et des tutelles, de deux juges de la jeunesse, d'un juge des tutelles et *des magistrats du ministère public près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg*.

Le tribunal de la jeunesse et des tutelles de Diekirch est composé d'un juge de la jeunesse, d'un juge des tutelles et *des magistrats du ministère public près le tribunal d'arrondissement de Diekirch*.“

(...)

(...)

Le dernier alinéa de l'article 15, soit „les officiers du ministère public sont désignés par le procureur d'Etat parmi les magistrats du parquet d'arrondissement“ serait à supprimer.

### **Le rôle du Ministère Public**

Il convient tout d'abord de rappeler qu'en matière civile, la communication des dossiers au ministère public ainsi que les conclusions à prendre par celui-ci dans le cadre de ces affaires est réglée à l'article 183 du Nouveau Code de procédure civile qui est de la teneur suivante:

„**Art. 183.** (L. 25 juin 2004) Seront communiquées au procureur d'Etat les causes suivantes:

- 1) celles qui concernent l'ordre public;
- 2) celles qui concernent l'état des personnes, à l'exception des causes de divorce et de séparation de corps, et celles qui sont relatives à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture, à la modification ou à la mainlevée des tutelles ou curatelles des majeurs ainsi qu'à la sauvegarde de justice;
- 3) les règlements de juge, les récusations et renvois;
- 4) les prises à partie;
- 5) les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes.

Le procureur d'Etat pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire; le tribunal pourra même l'ordonner d'office. Si la cause est communiquée, le procureur d'Etat fait connaître ses conclusions soit oralement à l'audience soit par écrit au tribunal, les conclusions écrites étant communiquées aux parties avant l'ordonnance de clôture visée par les articles 223 et suivants.“

Ces règles de droit commun, applicables à l'heure actuelle, ont fait leur preuves et assurent que le ministère public peut fournir aux juridictions civiles tous les renseignements et données dont il dispose et qui peuvent être utiles à la prise de décision du juge civil.

Il n'y a ainsi aucune nécessité d'y déroger dans le cadre des procédures introduites devant le JAF.

Il convient toutefois d'adapter le point 2) de l'article 183 pour tenir compte du présent projet de loi.

**Art. 183.** Seront communiquées au procureur d'Etat les causes suivantes:

(...)

- 2) celles qui concernent l'état des personnes, à l'exception *des causes soumises au juge aux affaires familiales*;

(...)

Parallèlement, et pour préciser le rôle du ministère public devant le JAF, la formulation du dernier alinéa du susdit article pourrait être insérée, de façon générale, dans le texte relatif à la procédure devant le JAF. La communication des dossiers ayant trait aux contentieux des familles ne devrait s'opérer que lorsque le ministère public, gardien de l'ordre public et de l'intérêt, voire de la protection des enfants, ou le juge appelé à statuer en matière familiale, y voient une réelle nécessité. Il s'agira dès lors de désencombrer les procédures d'interventions obligatoires du ministère public sans que ce dernier n'ait de point de vue particulier à y faire valoir.

Il pourrait dès lors être inséré dans le texte du projet de loi, un nouvel alinéa à l'article 1007-6 du Nouveau Code de Procédure Civile, la disposition suivante:

„**Art. 1007-6.** Sauf dispositions particulières contraires, les audiences du juge aux affaires familiales se déroulent en chambre du conseil.

*Le Procureur d'Etat pourra prendre communication de toutes les causes pendantes devant le juge aux affaires familiales dans lesquelles son ministère est nécessaire; le juge pourra même l'ordonner d'office. Si la cause est communiquée, le procureur d'Etat fait connaître ses conclusions soit oralement, soit par écrit au tribunal, les conclusions écrites étant communiquées aux parties avant l'audience.*

Le juge aux affaires familiales peut, d'office ou sur demande d'une des parties, ordonner la publicité des débats.

Tous les jugements du juge aux affaires familiales sont prononcés en audience publique.“

Dans les articles 1007-29, 1007-33 et 1007-44 (3), il convient en conséquence de faire abstraction du ministère public.

L'article 1007-29 serait alors conçu comme suit:

„**Art. 1007-29.** L'avocat de l'enfant peut être entendu en ses conclusions orales, à sa demande ou à la demande du juge aux affaires familiales. Il est entendu en présence des parties.“

A l'article **1007-33.**, la phrase „Le ministère public est entendu en ses conclusions orales“ serait à supprimer.

Il en est de même du paragraphe (2) de l'article **1007-54.** qui serait à supprimer et qui est de la teneur suivante:

„(2) *Le ministère public peut être entendu à sa propre demande ou à la demande du juge aux affaires familiales.*“

Par ailleurs, l'article 1007-44. (3) n'apporte aucune plus-value réelle au droit commun. Mais il importe au contraire d'assurer que le ministère public soit informé, de façon effective, des causes pendantes devant le JAF où il pourrait fournir des renseignements pertinents par la voie de conclusions écrites ou orales.

Ainsi, à l'**article 1007-44.** le paragraphe (3) „le procureur d'Etat peut prendre tous renseignements utiles“, pourrait être supprimé puisqu'il s'agit non seulement d'une évidence dans le cadre des missions conférées au procureur d'Etat dans le cadre de la loi relative à la protection de la jeunesse, mais qu'il prend des conclusions soit orales, soit écrites lorsqu'il dispose de tels renseignements.

\*

Il convient encore d'examiner plus particulièrement l'article 1007-57 qui dispose que le JAF, lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale ainsi que sur les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement, vérifie si une procédure de protection au niveau du tribunal de la jeunesse est en cours à l'égard du ou des mineurs. Il peut alors demander au juge de la jeunesse de lui transmettre copie intégrale ou partielle du dossier.

Or, tous les dossiers de protection de la jeunesse ne sont pas soumis au juge de la jeunesse. En effet, en application de l'article 7 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, les signalements d'enfants dont la santé physique ou mentale, l'éducation ou le développement social ou moral se trouvent compromis, peuvent être faits, notamment par tout agent qualifié des secteurs de l'éducation, de la santé ou de l'assistance publique tant au tribunal de la jeunesse qu'au procureur d'Etat.

Très souvent, ces signalements sont directement faits au procureur d'Etat. Les rapports et procès-verbaux de la police concernant des mineurs sont également transmis au procureur d'Etat. Dans bon nombre de cas, celui-ci ne saisit pas immédiatement le tribunal de la jeunesse, mais fait diligenter une

enquête et rassemble tous les éléments pertinents avant de décider de soumettre le dossier au tribunal de la jeunesse.

Pour ne pas priver le JAF de ces éléments et pour préciser le mode de communication entre le JAF, le tribunal de la jeunesse et le procureur d'Etat, il est proposé de modifier l'article 1007-57 comme suit:

„**Art. 1007-57.** Lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale ainsi que sur les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement, le JAF vérifie si une procédure de protection au niveau du tribunal de la jeunesse *ou auprès du procureur d'Etat* est en cours à l'égard du ou des mineurs. Il peut demander au juge de la jeunesse ou au procureur d'Etat de lui transmettre copie intégrale ou partielle du dossier.

*A ces fins, le greffier du juge aux affaires familiales adresse au juge de la jeunesse et au procureur d'Etat une liste des affaires avec les coordonnées des parties et des mineurs à l'égard desquels le juge aux affaires familiales est appelé à statuer.*“

### **L'enfant mineur**

L'article 378-2 du Code civil introduit une innovation procédurale importante en conférant à l'enfant mineur le droit d'informer lui-même le JAF de son souhait de voir modifier la décision relative à l'exercice de l'autorité parentale ou la décision relative à l'exercice du droit de visite et d'hébergement. Dans ce cas, le JAF procède conformément à l'article 1007-50., c'est-à-dire il nomme, par voie d'ordonnance, un avocat au mineur.

La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du Conseil de l'Europe du 25 janvier 1996 règle à l'article 3 le droit procédural de l'enfant d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures en disposant:

„Un enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire se voit conférer les droits suivants dont il peut lui-même demander à bénéficier:

- a) recevoir toute information pertinente;
- b) être consulté et exprimer son opinion;
- c) être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision.“

Il découle de la susdite Convention que seul l'enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant dans les procédures l'intéressant se voit conférer des droits.

D'ailleurs, conformément à l'article 388-1 du Code civil, seul le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge.

Il ne paraît dès lors pas concevable qu'un enfant qui ne pourrait pas être entendu par le juge, faute de discernement nécessaire, puisse introduire une action devant le JAF.

L'article 378-2 devrait être précisé sur ce point:

(2) L'enfant mineur *capable de discernement* peut lui-même informer le JAF de son souhait de voir la décision relative à l'exercice de l'autorité parentale modifiée.

### **La mission de l'avocat de l'enfant mineur**

Conformément au 3ième alinéa de l'article 1007-50 l'avocat du mineur aura pour mission, après consultation du mineur concerné et de ses parents d'introduire, s'il le juge opportun, une requête en modification de l'autorité parentale respectivement du droit de visite et d'hébergement.

L'article 10 de la Convention précitée sur l'exercice des droits de l'enfant convention précitée règle le rôle des représentants de l'enfant comme suit:

„Dans le cas des procédures intéressant un enfant devant une autorité judiciaire, le représentant doit, à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant:

- a) fournir toute information pertinente à l'enfant, si ce dernier est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant;

- b) fournir des explications à l'enfant, si ce dernier est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant. relatives aux conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et aux conséquences de toute action du représentant
- c) déterminer l'opinion de l'enfant et la porter à la connaissance de l'autorité.“

Comme il a été relevé ci-dessus, il ne semble guère concevable qu'un mineur qui n'a pas le discernement nécessaire pour être entendu par un juge, puisse agir devant ce juge.

Mais du moment que l'enfant a cette maturité, il ne devrait pas dépendre d'une décision d'opportunité de son avocat, si sa demande est ou non portée devant le JAF et toisée par celui-ci.

La mission de l'avocat du mineur devrait en effet consister tout d'abord à écouter le mineur et à essayer à comprendre sa démarche. Ensuite, l'avocat devrait lui expliquer la procédure et le rôle des différents intervenants à cette procédure. Il devrait informer le mineur des conséquences possibles de la mesure qu'il entend faire ordonner par le JAF et le conseiller. Mais du moment que l'enfant persiste dans son vœu de saisir le JAF, l'avocat devrait être tenu de saisir le juge à ces fins, sans qu'il ait à consulter les parents à ce sujet, et d'assister l'enfant dans sa démarche lors de sa comparution devant le JAF.

Du moment que l'avocat a accompli sa mission de conseil du mineur, il devrait être tenu de respecter le mandat lui conféré par l'enfant il devient le „passeur de parole“ de l'enfant au juge.

Quel serait en effet le désarroi d'un mineur de 16 ans, sachant qu'à son âge, il est susceptible de répondre sur décision du juge de la jeunesse devant une juridiction répressive en cas de commission d'une infraction grave, qui se verra nommer un avocat suite à sa demande de voir modifier une décision du JAF le concernant et qui espère ainsi raisonnablement être bien défendu par cet avocat en justice, de voir son action échouer suite à une décision de son avocat que son recours ne serait pas „opportun“. L'incompréhension de ce jeune serait nécessairement totale et sa confiance dans notre système judiciaire définitivement ébranlée.

Le rôle de l'avocat ne saurait consister à filtrer en quelque sorte les demandes formulées par les mineurs, mais d'être leur porte-parole devant le JAF après les avoir adéquatement éclairés et conseillés.

Il est dès lors proposé de libeller l'alinéa 3 de l'article 1007-50. comme suit:

„Cet avocat aura pour mission d'écouter le mineur, de lui fournir toute information pertinente, de lui expliquer les conséquences éventuelles de la mise en pratique de ses prétentions et dans le cas où l'enfant persiste à voir saisir le juge aux affaires familiales, d'introduire une requête en modification de l'autorité parentale respectivement du droit de visite et d'hébergement.“

\*

### **La subsidiarité des décisions du juge aux affaires familiales par rapport aux décisions prises par le juge de la jeunesse ou le juge des tutelles**

En vue d'éviter une contrariété de décisions émanant d'un côté du JAF, et de l'autre côté du juge de la jeunesse ou du juge des tutelles, à laquelle il ne pourrait être parée que par le biais d'une procédure en règlement des juges, particulièrement lourde et dès lors inadaptée à l'esprit de simplification de la procédure, il paraît essentiel d'hierarchiser les décisions pouvant émaner de l'une et de l'autre juridiction.

Deux situations peuvent en effet se présenter:

- 1° une famille peut avoir eu recours à la procédure devant le JAF, que ce soit en matière d'autorité parentale et/ou d'organisation d'un droit de visite et/ou d'hébergement, ou que ce soit en matière de représentation entre époux, et, par la suite, faire l'objet d'une décision du juge de la jeunesse, telle une décision de placement, ou d'une décision du juge des tutelles, telle l'instauration d'une tutelle avec conseil de famille par exemple.

Dans ce cas, il est évident que si la décision du JAF continue à jouer même sur des points qui sont en contrariété avec la décision de protection, cette dernière sera vidée de son sens. En même temps, il est probable que la décision de protection n'ait pas statué sur tous les points dont a connu le JAF, de sorte qu'il paraît utile de se référer à la décision du JAF pour le surplus.



2° la saisine du JAF pourra également intervenir après la saisine du juge de la jeunesse ou des tutelles. Ce sera le cas notamment lorsque les parents d'enfants qui ont fait l'objet d'une mesure de placement voudront divorcer. La marge de manoeuvre du JAF semble cantonnée, dans ce cas de figure, à tous les chefs de demande qui ne se trouvent pas d'ores et déjà réglés par la décision de protection.

Dans les deux cas, le principe de subsidiarité des décisions du JAF par rapport à celles du juge de la jeunesse et des tutelles devrait être consacré par le projet de loi.

Cette disposition légale pourrait être conçue comme suit:

*„La décision du juge aux affaires familiales ne pourra ni contrecarrer, ni modifier une décision préexistante du juge de la jeunesse et des tutelles.*

*La décision du juge aux affaires familiales ne vaut, pour les points toisés par une décision ultérieure rendue par le juge de la jeunesse ou des tutelles, qu'aussi longtemps que cette dernière décision n'aura pas apporté de solution contraire.*

*Lorsque la mesure de protection de la jeunesse, qui a vocation à disparaître dans le temps, ou la mesure en matière de tutelles majeurs, sera rabattue, la décision rendue par le juge aux affaires familiales recommencera à sortir tous ses effets.*

### **L'article 11 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse**

Il est actuellement proposé de ne modifier l'article 11 que dans le but de faire correspondre les terminologies en remplaçant les termes „juge des tutelles“ par „juge aux affaires familiales“.

Cette modification de terminologie ne tient toutefois pas compte d'une idée clé du projet de loi sous discussion consistant à voir ériger en règle l'autorité parentale conjointe, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'autorité parentale appartient aux parents jusqu'à la majorité de l'enfant et tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou non-usuel, requiert d'après l'article 372-1 du Code civil l'accord de chacun des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale.

Il faut ainsi poser la question s'il est toujours de mise, tel que prévu à l'article 11 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, d'opérer automatiquement un transfert de l'autorité parentale du moment que l'enfant est placé, par mesure de protection, hors le domicile de ses parents par le juge de la jeunesse. Pourquoi les parents ne seraient alors plus impliqués dans les décisions, du moins à caractère non usuel, qui consistent dans les actes qui rompent avec le passé et engagent l'avenir de l'enfant ou qui touchent à ses droits fondamentaux.

Lors des discussions du groupe de travail concernant la réforme de la loi sur la protection de la jeunesse, une grande partie des discussions a porté sur la modification de l'article 11 de la loi du 10 août 1992. En effet, cet article prévoit, dans sa rédaction actuelle, qu'en cas de placement d'un mineur en dehors de son domicile familial, l'autorité parentale de ce mineur est transférée à la personne, respectivement à l'établissement auquel l'enfant est confié.

Après concertation, les autorités judiciaires représentées dans ce groupe de travail, à savoir des représentants de la Cour d'appel, du Parquet Général, des Tribunaux de la Jeunesse de Luxembourg et de Diekirch, ainsi que des Parquets de Luxembourg et de Diekirch ont proposé, dans un document de travail commun du 15 juin 2016, de prévoir qu'en principe le placement d'un mineur en dehors de son domicile familial n'opérait aucun transfert de l'autorité parentale. Les parents la conservent donc, de sorte que l'organisme qui accueille le mineur doit consulter régulièrement les parents et les impliquer dans la vie de leur enfant.

Pour éviter toutefois que les parents puissent venir chercher leur enfant à leur guise, respectivement qu'ils puissent le déplacer à l'étranger, ils n'auraient plus le droit de déterminer la résidence du mineur. De plus, les horaires du droit de visite et d'hébergement seraient à fixer par le foyer sinon, en cas de discordance entre celui-ci et les parents, par le juge de la jeunesse.

Cependant, il faut prévoir la possibilité d'une exception, pour le cas où il existe un conflit entre les intérêts du mineur et ceux des parents, ou bien pour l'hypothèse où les parents bloquent de manière injustifiée la prise de décisions pour l'enfant. Le juge de la jeunesse doit donc pouvoir transférer l'autorité parentale à l'organisme ou à la personne à laquelle le mineur a été confié.

Le texte pourrait donc se lire comme suit:

„Les parents, tuteurs ou autres personnes qui ont la garde du mineur soumis au régime d’assistance éducative ou maintenu dans son milieu à une ou plusieurs conditions énumérées à l’alinéa 3 de l’article 1<sup>er</sup>, conservent sur lui l’autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l’application de la mesure.

*Si le mineur est placé en dehors du domicile de ses parents, tuteurs ou gardiens, ceux-ci conservent sur lui également tous les attributs de l’autorité parentale, sauf le droit de déterminer la résidence du mineur.*

*Si l’intérêt du mineur le commande, le juge de la jeunesse peut, après avoir entendu ou du moins dûment convoqué la personne ou l’établissement à qui le mineur est confié ainsi que les parents, tuteur ou gardiens du mineur, transférer l’autorité parentale à la personne ou à l’établissement à qui le mineur est confié, à l’exception du droit de consentir à l’adoption et au mariage du mineur.*

Quant aux biens du mineur, le juge des tutelles peut nommer un administrateur public à tout mineur ayant fait l’objet d’une mesure de placement par le tribunal de la jeunesse. Le juge des tutelles est informé de la décision de placement par la voie du greffe.

L’administrateur public a, sur les biens du mineur, les mêmes attributions qu’un administrateur légal sous contrôle judiciaire.

Il n’est pas institué de subrogé-tuteur. L’hypothèse légale prévue à l’article 2121 du code civil ne s’applique pas à l’administrateur public.

Les fonctions de l’administrateur public cessent de plein droit par la mainlevée de la mesure de placement.

*En cas de placement du mineur en dehors du domicile de ses parents, tuteurs ou gardiens, l’établissement auquel le mineur est confié détermine les modalités et horaires des droits de visite et/ou d’hébergement et de correspondance des parents. Si le mineur est confié à une famille d’accueil, ces modalités sont déterminées par l’organisme de placement familial compétent. Si le mineur est placé auprès d’un particulier qui ne dispose pas de l’agrément de famille d’accueil, c’est le juge ou le tribunal de la jeunesse qui en fixe les modalités.*

*Si l’intérêt du mineur l’exige, le juge ou le tribunal de la jeunesse peut décider, après avoir entendu ou du moins dûment convoqué les parties concernées, sauf en cas d’urgence et de menace grave pour la santé physique ou mentale de l’enfant, que l’exercice de ces droits ou de l’un d’eux sera suspendu pour un terme ne dépassant pas deux mois.*

*La mesure de suspension peut être renouvelée par ordonnance rendue après débats contradictoires pour une nouvelle durée de deux mois.“*

\*

Les Parquets estiment que les articles suivants devraient être précisés:

### **Code de procédure civile**

#### *Article 1007-2*

Le texte proposé emploie indistinctement les notions de „domicile“, „demeure habituelle“ et „demeure“. Les Parquets estiment que l’emploi du seul terme de résidence pour la détermination de la compétence territoriale devrait être utilisé.

#### *Article 1007-3*

Les pièces à verser conjointement avec la requête, lorsqu’elles émaneront d’une autorité publique étrangère, devront être dûment légalisées s’il y a lieu, que ce soit par le biais de l’apostille prévue à la Convention de La Haye supprimant l’exigence de la légalisation des actes publics étrangers du 5 octobre 1961 ou que ce soit par une légalisation complète pour les actes émanant d’autorités publiques étrangères d’Etats n’ayant pas ratifié ladite Convention. Seuls les actes émanant d’autorités publiques d’Etats ayant ratifié la Convention CIEC n° 17 portant dispense de légalisation pour certains actes et documents signée à Athènes le 15 septembre 1977 (Autriche, Espagne, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal, Turquie et Pologne) pourront être acceptés sans légalisation, à condition qu’ils soient signés et datés par l’autorité compétente.

*Article 1007-4*

Le texte proposé prévoit certes que le JAF entend personnellement chacune des parties et a pour mission de tenter de les concilier, mais ne règle pas les conséquences d'une non-comparution des ou d'une des parties suite à une convocation du JAF. Est-ce que la partie qui ne comparaît pas, n'a plus le droit faire connaître ses prétentions au JAF? Est-ce qu'elle ne serait plus en droit de se faire représenter par un avocat au cours de l'instance pendante devant le JAF? Ou est-ce que la procédure suivra son cours normal, nonobstant le refus de comparaître d'une des parties?

*Article 1007-8*

Il y est prévu que toutes les personnes auxquelles la décision du JAF doit être notifiée peuvent former un recours devant la Cour d'appel. N'y a-t-il pas lieu de préciser ce recours, en disposant que les parties peuvent „relever appel“, tel que ceci figure d'ailleurs à l'alinéa 3?

*Article 1007-9*

Cet article règle les délais dans lesquels les parties sont tenues d'échanger leurs conclusions écrites. Le texte ne prévoit toutefois les conséquences quant à un éventuel non-respect de ces délais. Est-ce que les conclusions tardives sont irrecevables ou est-ce qu'il en est tenu compte nonobstant le non-respect des délais fixés?

De l'avis des Parquets, il devrait être prévu un mécanisme judiciaire parant à des abstentions dilatoires, les règles de la mise en état n'étant pas applicables à la procédure devant le JAF.

Il est également déploré que le défaut de diligences en vue de la transcription de la décision de divorce par l'avocat à la Cour de la partie qui a demandé le divorce de faire la signification ou la remise dans le délai d'un mois ne soit pas sanctionné non plus. Il est proposé d'offrir la faculté au ministère public de suppléer à la carence des parties, et ceci dans l'intérêt de la sécurité juridique.

*Article 1007-35*

Depuis l'abolition du délai de viduité, les procureurs d'Etat s'interrogent sur la raison d'être de l'indication de la date du dépôt de la demande en divorce dans le dispositif du jugement de divorce, tout comme dans la mention marginale ou la transcription à opérer suite à la décision de divorce et suggère de supprimer l'article 1007-35. Il est vrai qu'entre conjoints, la décision de divorce prend effet, en ce qui concerne leurs biens, à la date du dépôt de la requête, avec possibilité de report des effets du jugement à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. La mention en marge et la transcription étant des mesures de publicité, l'utilité de renseigner une date n'ayant d'effet qu'entre conjoints est réduite, et ce d'autant plus que la date d'effet même entre conjoints est susceptible d'être judiciairement fixée à une autre date.

*Article 1007-39*

Le texte ne règle pas le sort de l'appel incident. Ainsi, la question de savoir si le droit commun continue à s'appliquer ou si la possibilité de l'appel incident est implicitement abrogée demeure entière. Les procureurs d'Etat sont d'avis qu'il est de mise de prévoir une disposition que l'appel incident ne sera pas possible contre la décision de divorce. Les difficultés tenant au caractère définitif ou appelable de la décision de divorce en cas d'appel limité aux mesures accessoires seraient absorbées par une telle disposition. Le certificat de non-appel émis par le greffier en chef aura un caractère beaucoup moins hypothétique que par le passé et la sécurité juridique serait renforcée et la transcription des décisions de divorce facilitée.

**Code civil***Article 254*

Il y aurait lieu de préciser cet article dans la mesure où la tentative des délits prévus aux articles 398, 399, 400, alinéa 1<sup>er</sup>, 401bis, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, article 402 et 409, alinéas 1<sup>er</sup>, 2 et 3 première partie, du Code pénal n'est pas punissable.

*Article 375 L'autorité parentale*

Les deux derniers alinéas de l'article 375 semblent entraîner une nouvelle discrimination entre la mère et le père, la filiation d'un enfant étant dans 99,99% des cas établie en premier lieu à l'égard de la mère.

La nouveauté du texte proposé consisterait à attribuer, par dérogation au principe que l'autorité parentale serait conjointe, l'autorité parentale exclusive au parent à l'égard duquel la filiation de l'enfant était établie exclusivement pendant un an à compter de la déclaration de naissance.

Selon l'adage *mater semper certa est*, la filiation maternelle, lors de la déclaration de la naissance d'un enfant, est établie par la production de l'avis de naissance à l'officier de l'état civil. Seules les déclarations des accouchements anonymes empêchent l'établissement d'une filiation maternelle. Or, dans ces cas de figure, l'établissement de la seule filiation paternelle est un cas d'école et devrait s'opérer par une reconnaissance prénatale ou postnatale d'un enfant dont la mère souhaite rester anonyme, phénomène extrêmement marginal.

Il s'ensuit que la dérogation au principe de l'autorité parentale conjointe favorise la mère par rapport au père, dans tous les cas de figure où la reconnaissance paternelle s'est opérée plus d'un an après la déclaration de naissance.

Le recours à la possibilité offerte par le texte projeté de l'article 376-1 du Code Civil pourrait utilement permettre au parent à l'égard duquel la filiation était établie en première de saisir le juge des tutelles en vue de se voir attribuer l'autorité parentale exclusive.

Les Parquets partagent l'avis qu'il est adapté de retenir que lors de l'établissement judiciaire d'une filiation, le parent à l'égard duquel la filiation était établie avant la survenance de la décision judiciaire conserve l'autorité parentale exclusive.

*Les Procureurs d'Etat près les Tribunaux d'arrondissement  
de Luxembourg et de Diekirch,*

Jean-Paul FRISING

Aloyse WEIRICH

\*

## **AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX D'ESCH-SUR-ALZETTE**

### **DEPECHE DE LA JUGE DE PAIX DIRECTRICE AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT**

(25.10.2016)

Madame le Procureur Général d'Etat,

Conformément à votre demande du 11 juillet 2016 je me permets de vous transmettre, en annexe, l'avis de la Justice de paix d'Esch-sur-Alzette relatif au projet de loi instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale.

Veuillez agréer, Madame, l'expression de ma considération parfaite.

Eliane ZIMMER  
*Juge de Paix directrice*

\*

### **AVIS DE LA JUSTICE D'ESCH-SUR-ALZETTE relatif au projet de loi instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme de l'autorité parentale et réforme du divorce**

Le présent avis ne traite que des questions qui concernent directement les tribunaux de paix et plus particulièrement la justice de paix d'Esch-sur-Alzette, à savoir le transfert du contentieux des pensions alimentaires vers le juge aux affaires familiales et la réduction des effectifs de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette.

Les auteurs du projet de loi prévoient un transfert de compétence du juge de paix vers le juge aux affaires familiales pour ce qui est des affaires de pension alimentaire qui ne se rattachent pas à une instance de divorce et de séparation de corps – par conséquent le point 1° de l'article 4 du Nouveau code de procédure civile est abrogé et dans la suites les articles 43 et 112 de ce code et des affaires

tendant à l'autorisation de percevoir les revenus du conjoint prévues à l'article 1010 du Nouveau code de procédure civile, ainsi que la réduction d'un poste de magistrat à la justice de paix de Luxembourg et la réduction d'un poste de magistrat à la justice de paix d'Esch-sur-Alzette par conséquent la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire en son article 2 est modifiée en ce sens que pour le tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette le nombre des magistrats est réduit de 10 à 9, de sorte qu'il se composera dorénavant d'un juge de paix directeur, d'un juge de paix directeur adjoint et de 7 juges de paix (au lieu de 8).

Pour ne pas violer le principe de l'inamovibilité des juges inscrit à l'article 91 de la Constitution, les auteurs du projet proposent aux termes de l'exposé des motifs (page 188) de ne pas remplacer le premier des juges de paix qui part. Dans le même ordre d'idées la conversion des deux postes de juges de paix en postes de premier juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg ne devrait se faire qu'au départ d'un juge de paix. Cette idée n'est toutefois pas reprise dans le texte proposé de l'article 2 modifiée de la loi précitée sur l'organisation judiciaire, qui se limite à prévoir la réduction de deux postes de magistrat aux tribunaux de paix, et des dispositions transitoires sur les conditions d'entrée en vigueur de l'article 2 précité font défaut. Partant le libellé de l'article 2 de la loi modifiée sur l'organisation judiciaire sous avis est contraire à l'article 91 de la Constitution.

La soussignée tient à remarquer que le contentieux des pensions alimentaires a pu être évacué de façon assez rapide à la justice de paix d'Esch-sur-Alzette, les délais de fixation étant de 3 à 4 mois pour des affaires contradictoires, ces affaires étant des affaires urgentes et en principe peu complexes. Un transfert de compétence vers le juge aux affaires familiales dans le but de rassembler toutes les demandes de pension alimentaire devant un même juge est compréhensible.

La motivation des auteurs du projet de loi pour réduire le nombre des juges de paix d'une unité à Esch-sur-Alzette et à Luxembourg est la suivante:

*„dans la mesure où les demandes en attribution ou en révision de pensions alimentaires (...) qui sont actuellement toisées par le juge de paix sont transférées au juge aux affaires familiales une adaptation de l'effectif de ces magistrats s'impose.“*

En cas de diminution des attributions d'un tribunal la question de la réduction des effectifs de ce tribunal peut se poser, encore faut-il tenir compte du volume des affaires transférées par rapport à l'ensemble du volume des affaires traitées à ce tribunal et du degré de complexité des affaires transférées.

Or, en l'espèce aucun élément statistique n'a été consulté et par conséquent indiqué.

Les statistiques au tribunal d'Esch-sur-Alzette sont les suivantes pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 15 juillet 2016: 90 affaires nouvelles de pension alimentaire et 2 affaires basées sur l'article 1010 du Nouveau code de procédure civile. Le transfert portera par conséquent sur environ 3 à 4 affaires par semaine. Or, un juge de paix traite à l'évidence plus de 3 affaires par semaine! Supprimer un poste de juge de paix à Esch-sur-Alzette signifie en clair qu'il n'y a plus de juge de paix pour traiter la presque totalité du contentieux civil et commercial introduit par voie de citation (un juge de paix tient 6 audiences ordinaires par mois et le tribunal d'Esch-sur-Alzette a en tout 7 audiences par mois pour les affaires civiles et commerciales introduites par voie de citation).

Il est relevé par ailleurs que le nombre des affaires nouvelles est en constante augmentation (voir les statistiques du rapport d'activité annuel de la Justice), pour ne citer que le gracieux (ordonnances de paiement, saisies-arrêts sur salaire) où le nombre des saisies sur salaire autorisées est passé de 4.141 en 2012/13 à 5.525 en 2015 et le nombre des ordonnances de paiement émises de 28.382 en 2012/13 à 33.481 en 2015, avec des conséquences également au niveau du nombre des contredits en matière d'ordonnance de paiement et des instances de validation de saisie sur salaire.

Aussi la compétence des tribunaux de paix a été étendue par la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, par la loi modifiée du 8 janvier 2013 sur le surendettement ayant introduit une nouvelle procédure de rétablissement personnel (faillite personnelle) et par la loi du 13 mars 2009 relative aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement de petits litiges, le tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette ayant connu 72 demandes en injonction de payer européennes et 45 demandes en matière de règlement de petits litiges en 2015, ce dernier chiffre étant passé en 2016 à 130 pour les 10 premiers mois de l'année 2016. Or, pour ces nouvelles compétences, il n'y a eu aucune augmentation des effectifs. Il est certain que le recours à ces procédures applicables aux litiges transfrontaliers augmentera encore, étant donné que par le règlement (UE) 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant entre autres le règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure

de règlement de petits litiges, dont l'entrée en vigueur est fixée au 14 juillet 2017, l'actuel plafond de 2.000 € a été relevé à 5.000 €.

Le juge de paix est également juge de police et en tant que tel tient les audiences de police et émet des ordonnances pénales; les ordonnances pénales qui sont émises surtout en matière d'infractions à la législation routière se sont chiffrées en 2015 à 1.871 contre 1.351 en 2012/2013. Ce chiffre risque encore d'augmenter suite à l'entrée en vigueur récente de la loi du 25 juillet 2015 portant création du système de contrôle et de sanction automatisés, alors que de nombreuses contraventions ont d'ores et déjà été constatées et qu'il y a des contrevenants réticents à payer l'avertissement taxé, de sorte que suivant la procédure actuelle le parquet sera contraint de requérir la délivrance d'une ordonnance pénale.

Il est dès lors inacceptable que les auteurs du projet de loi entendent actuellement, en présence d'un nombre élevé d'affaires nouvelles dans toutes les matières, ce qui devrait plutôt engendrer un renforcement des effectifs, réduire le nombre des magistrats à la justice de paix. Une telle réduction aura pour conséquence une évacuation plus lente des affaires et des délais plus longs qui risquent d'être jugés contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; il ne faut pas oublier que le juge de paix peut être qualifié de juge de proximité qui intervient dans des affaires de bail à loyer, licenciements, règlement des salaires, saisies sur salaire, troubles de voisinage (...), affaires qui ne supportent en principe pas de délais.

Esch-sur-Alzette, le 25 octobre 2016

Eliane ZIMMER  
*Juge de paix directrice*  
*Esch-sur-Alzette*

\*

## **AVIS DU PARQUET GENERAL**

(19.10.2016)

### **Observations préliminaires**

Au cours du printemps 2015, la soussignée avait fait partie d'un groupe composé de cinq magistrats et de plusieurs fonctionnaires du Ministère de la Justice qui avait travaillé sur le texte de l'avant-projet de loi instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale. Au cours des travaux dudit groupe, le texte a subi des modifications au fur et à mesure de l'avancement des analyses et observations formulées.

A la lecture du texte de l'actuel projet de loi, il faut constater que de nouvelles modifications ont été intégrées et que les volets concernant l'organisation judiciaire et les droits relatifs à la retraite ont été ajoutés qui n'avaient pas été soumis aux discussions du groupe de travail.

Le présent projet de loi entend opérer une révision substantielle du droit de la famille et du contentieux familial.

Il tend ainsi à une réforme approfondie du divorce, notamment en abolissant le divorce pour faute.

De plus, il révisé les règles relatives à l'autorité parentale, en mettant les deux parents sur un pied d'égalité, posant le principe de l'autorité parentale conjointe, tant pendant la vie commune qu'après la séparation des parents. A cela s'ajoute que dorénavant des tiers auront le droit de solliciter un droit de contact à l'égard d'un enfant avec lequel ils ont cohabité. Le projet tient ainsi compte de l'évolution de la famille au cours de ces dernières décennies et de l'augmentation du nombre des familles dites „patch-work“.

Finalement, le projet entend instituer le juge aux affaires familiales (ci-après le „JAF“), magistrat siégeant en principe comme juge unique, regroupant parmi ses compétences la quasi-intégralité du contentieux familial.

## I. Quant à la création de la fonction du juge aux affaires familiales

Tel qu'il est prévu dans le texte du projet de loi, le JAF regroupera des compétences qui sont actuellement réparties entre différents magistrats, voire entre différentes juridictions.

Il faut admettre que dans le cadre du système tel qu'il existe à l'heure actuelle, il n'est pas aisé de savoir pour le justiciable à qui il doit s'adresser. En effet, si le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile, est compétent en matière de divorce, c'est le juge des référés qui connaît des mesures provisoires en la matière. Après le divorce, il faut s'adresser au juge de la jeunesse, statuant sur base de l'article 302 du code civil, si l'on souhaite voir modifier les modalités de l'autorité parentale. Si par contre il s'agit d'un enfant naturel, né de parents non mariés, c'est le juge des tutelles qui est compétent. Ce même juge toise également les problèmes relatifs à l'exercice de l'autorité parentale pendant le mariage. Concernant les pensions alimentaires, c'est vers le juge de paix que le justiciable doit se tourner.

L'on comprend aisément que cette dispersion des compétences peut provoquer une certaine confusion chez le citoyen.

De plus, pendant les audiences de contentieux familial, on constate souvent que pour les parties, les différents problèmes, tels que par exemple le droit de visite vis-à-vis des enfants communs et la pension alimentaire devant être réglée pour leur entretien, sont intimement liés et qu'elles ressentent comme frustrante et fastidieuse la nécessité de devoir réexposer la situation familiale au cours de différentes instances. D'un autre côté, la multiplication possible des procédures contribue à entretenir, voire à envenimer un conflit familial pendant de longues périodes de temps.

La création du JAF permettra donc de voir toiser quasiment tous les problèmes pouvant découler de la vie familiale par un seul et même juge et favorisera ainsi l'institution d'une justice plus compréhensible et plus abordable pour le citoyen.

Le JAF, tel que le projet de loi le prévoit, sera un magistrat proche du justiciable. Ses audiences seront en principe non publiques<sup>1</sup>. En pratique, il s'agira très probablement „d'audiences de bureau“, se déroulant donc dans le bureau du magistrat et non pas dans une salle d'audience. La procédure prévue met l'accent sur la conciliation des parties et témoigne de la volonté de favoriser les accords entre parties<sup>2</sup>. Le JAF devra donc être en mesure d'acter des accords des parties à l'audience et de les faire signer par les parties. Par conséquent, il faudra veiller à ce que le JAF soit équipé des moyens techniques nécessaires, à ce qu'il dispose d'un bureau qui lui permet d'y recevoir dignement les parties avec leurs avocats et il faudra le faire assister d'un greffier qui se chargera du travail administratif. A cet égard, étant donné que la procédure devant le JAF sera essentiellement de nature orale, la présence d'un greffier à l'audience sera indispensable, en ce qu'il devra acter au plumitif les déclarations des parties ainsi que les moyens avancés par leurs conseils, alors que ces éléments serviront de base à la rédaction des décisions. Il s'agit en l'occurrence certes d'aspects purement pratiques, mais qui sont d'une importance non négligeable.

Le principe du caractère oral de la procédure de droit commun devant le JAF<sup>3</sup>, aussi bien en première instance qu'en instance d'appel, témoigne d'un souci d'accélération de la procédure. Dans cette même optique, les délais de fixation contraignants prévus par le texte<sup>4</sup> sont extrêmement courts.

Si l'oralité des débats permet de se passer des délais à accorder aux parties pour conclure et contribuera donc certainement à garantir la célérité des procédures, il faut être conscient du fait que le temps des audiences augmentera. En effet, le JAF est obligé d'entendre les parties personnellement – dans l'hypothèse de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des liens conjugaux il devra même les entendre d'abord séparément<sup>5</sup> avant de les réunir en sa présence – ainsi que leurs avocats. Vu sa

1 Projet de loi, **Art. 1007-6** du NCPC, p. 4

2 Ex: **Art. 1007-4** NCPC, projet de loi p. 4: le JAF a pour mission de tenter de concilier les parties et il peut leur proposer une médiation; **Art. 1007-25** NCPV, projet de loi p. 13: dans le cadre de la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales, le JAF doit informer les parties sur la possibilité d'une médiation familiale

3 Projet de loi, **Art. 1007-4** NCPC (procédure de droit commun devant le JAF), p. 4; **Art. 1007-9** NCPC (appel), p. 6; **Art. 1007-25** NCPC (procédure de divorce pour rupture irrémédiable), p. 13; **Art. 1007-40** NCPC (appel), p. 16

4 Ex: projet de loi, **Art. 1007-3** NCPC, procédure de droit commun devant le JAF, p. 4: les parties doivent être convoquées dans un délai de quinzaine à partir du dépôt de la requête et l'affaire doit comparaître à l'audience endéans un mois à compter du jour de l'expiration du délai de comparution qui est de huit jours

5 Projet de loi, **Art. 1007-25** NCPC, p. 13

mission formelle de concilier les parties, il passera un certain temps de l'audience à explorer d'éventuelles pistes pour trouver des accords. Il entendra le cas échéant les enfants concernés par la procédure, de même que les avocats de ces derniers. S'il statue dans le cadre d'une procédure de divorce, il devra aborder de nombreuses questions, à savoir les mesures provisoires, les aspects patrimoniaux, les droits de retraite, les questions de l'autorité parentale et des relations personnelles entre chacun des parents et les enfants, etc. Il en découle que le JAF doit disposer de suffisamment de temps d'audience. S'il croule sous des dossiers trop nombreux et s'il doit enchaîner les audiences à longueur de journée, il n'aura pas assez de temps à consacrer à l'audition des parties et il ne pourra pas rendre une justice de qualité. A cela s'ajoute que les parties auront alors l'impression que le juge ne les a pas écoutées, ce qui mène inéluctablement à des décisions mal acceptées et donc mal appliquées.

Dès lors, le volet du projet qui concerne la **modification de la loi sur l'organisation judiciaire**<sup>6</sup> est particulièrement important. En effet, le succès de l'institution du JAF dépendra du nombre de magistrats qui seront affectés à cette fonction. S'ils ne sont pas assez nombreux, la qualité de leurs décisions en pâtira et cela aux frais du justiciable.

Le projet de loi prévoit qu'il y aura trois postes de JAF, dont un vice-président, au tribunal d'arrondissement de Diekirch et quatorze postes de JAF, dont deux vice-présidents, au tribunal d'arrondissement de Luxembourg<sup>7</sup>. Il est difficile d'évaluer à l'heure actuelle si ces nombres seront suffisants.

D'où viendront ces juges? Tout d'abord, il devra s'agir de magistrats ayant une expérience d'au moins deux ans de fonctions judiciaires effectives ou de service au parquet<sup>8</sup>. Des candidats qui viennent juste d'entrer dans la magistrature ne pourront donc pas briguer ces postes.

Pour arriver à cet effectif total de dix-sept JAF, les auteurs du projet prévoient la création de six nouveaux postes (1 vice-président, 3 premiers juges et 2 juges) au tribunal d'arrondissement de Luxembourg et un nouveau poste (un vice-président) au tribunal d'arrondissement de Diekirch. Cette augmentation du nombre de magistrats est à saluer.

Or, en parallèle, le projet de loi prévoit la suppression de deux postes de juges de paix, l'un à la justice de paix de Luxembourg et l'autre à Esch-sur-Alzette. Afin de contourner le problème de l'atteinte au principe de l'inamovibilité des juges, consacré par l'article 91 de la Constitution, les auteurs du projet retiennent que ces deux postes de juges de paix ne seront convertis en postes de premiers juges que lors du premier départ d'un juge de paix à Luxembourg, respectivement à Esch-sur-Alzette.

Une telle façon de procéder est inacceptable. Tout d'abord, ces postes de premiers juges ne seraient donc pas disponibles dès le début de l'entrée en vigueur de la réforme et manqueraient donc aux effectifs des JAF. De plus, il est évident que l'on ne saurait contraindre un juge de paix à briguer un poste de JAF, d'autant plus qu'un tel poste risque de ne pas constituer une promotion dans sa carrière de magistrat<sup>9</sup>. Par ailleurs, la diminution des effectifs des justices de paix ne se justifie pas. Il résulte des rapports annuels du procureur Général que les contentieux en toutes matières ne cessent de croître<sup>10</sup>. Si l'on supprime maintenant deux postes de juges de paix, on risque de devoir en recréer par la suite dans un avenir proche. Notamment le contentieux pénal en matière de circulation routière relevant de la compétence du juge de police<sup>11</sup> connaît une forte augmentation, due à une constatation accrue des excès de vitesse depuis l'installation des radars fixes.

Par ailleurs, selon le projet de loi, un poste de juge des tutelles au tribunal d'arrondissement devra à son tour être converti en premier juge. A nouveau, il s'agit d'une disposition particulièrement malencontreuse, alors que les deux magistrats occupant actuellement des fonctions de juges des tutelles au tribunal d'arrondissement de Luxembourg sont submergés de travail à un point tel qu'il faudrait songer, si la présente réforme n'était pas prévue, à créer deux autres postes de juges des tutelles à Luxembourg, l'un pour la protection des majeurs et l'autre pour les tutelles des mineurs. Il est vrai que le projet de

6 Art. 8 du projet de loi, p. 72

7 Projet de loi, Art. 15-1 de la loi sur l'organisation judiciaire, p. 74

8 idem

9 Selon le projet, le JAF semble pouvoir être soit un juge, soit un premier juge, soit un vice-président.

10 A la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette, par exemple, le nombre des affaires nouvelles en matière d'ordonnances de paiement a augmenté de 28.497 en 2012/2013 à 32.925 en 2014/2015. Une forte augmentation est également à constater en ce qui concerne les procédures de saisie-arrêt: 4.143 en 2012/2013 et 5.642 en 2014/2015. Ceci est de nature à entraîner un sensible rallongement des délais d'évacuation de ces affaires.

11 Juge de paix siégeant en matière pénale



loi prévoit le transfert des compétences de l'actuel juge des tutelles mineures au JAF. Cependant, cela ne justifie pas la suppression de son poste, alors que le deuxième juge des tutelles pourrait alors épauler son homologue dont le nombre de dossiers est tout simplement ingérable<sup>12</sup>. En raison de la croissance de la population qui atteint par ailleurs un âge de plus en plus élevé, le contentieux de la protection des incapables majeurs va certainement augmenter encore davantage. Il ne saurait donc être question de supprimer le poste de juge des tutelles au tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

En ce qui concerne les effectifs de la Cour d'appel, l'on constate que le projet de loi ne prévoit pas de renforcement des effectifs de celle-ci. Or, il est indéniable qu'en raison de la réforme, la charge de travail de la Cour d'appel va augmenter, notamment en raison du fait que l'appel des décisions qui sont actuellement de la compétence des juges de paix<sup>13</sup> devra être porté devant la Cour d'appel. A cela s'ajoute que le principe de l'oralité des débats allongera inévitablement les temps d'audience à la Cour d'appel, de sorte qu'il faudra prévoir au moins un nouveau poste de conseiller à la Cour d'appel, si l'on souhaite garantir à la fois la célérité des procédures et la qualité des décisions. Un autre argument en faveur du renforcement des effectifs de la Cour provient de la modification prévue de l'article 35 de la loi de 1992 relative à la protection de la jeunesse<sup>14</sup>, transformant la chambre d'appel de la jeunesse qui siège actuellement en conseiller unique en une formation collégiale.

En outre, la soussignée se rallie à l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en ce qu'il préconise la création d'un poste de juge aux affaires familiales-directeur pour assurer une organisation efficace du travail des quatorze JAF à Luxembourg. De même, il serait dans l'intérêt de la fonction du JAF de veiller à ce que les magistrats occupant ces postes puissent „faire carrière“ tout en restant JAF. Ceci permettra de fidéliser des magistrats expérimentés dans la fonction du JAF qui autrement seraient obligés de quitter leur poste afin d'avancer dans le rang. Il faudra dès lors prévoir des postes de juges, de premiers juges, de vice-présidents, de même qu'un premier vice-président.

Finalement, il ne faudra pas oublier d'augmenter les effectifs du greffe, afin que les magistrats soient assistés dans leur tâche par des fonctionnaires qualifiés, s'occupant du volet administratif non négligeable du travail tel que la gestion du calendrier des audiences, la rédaction du plumeau d'audience, les notifications des convocations et des décisions, etc.

En principe, la création de la fonction de JAF doit être saluée comme étant dans l'intérêt d'une justice humaine et moderne. Toutefois, il faudra veiller à ce que les magistrats qui occuperont cette fonction seront en nombre suffisant, assistés par un personnel administratif efficace, équipés du matériel technique nécessaire et dotés de locaux adéquats pour exécuter leurs missions dans de bonnes conditions.

## II. Quant à la réforme de l'autorité parentale

Le projet de loi pose dans ses articles 375 et 376 du code civil le principe de l'autorité parentale conjointe, peu importe que les parents soient mariés ou non, qu'ils vivent ensemble ou de manière séparée.

En érigeant ainsi l'exercice commun de l'autorité parentale en règle, le projet de loi remédie à l'inconstitutionnalité des articles 380<sup>15</sup>, 302 et 378<sup>16</sup> du Code civil.

12 A l'heure actuelle, 3.800 dossiers sont pendants au cabinet du juge des tutelles à Luxembourg. Il s'agit de procédures en cours, dans lesquelles des actes doivent être posés de manière régulière. Si l'on compare les statistiques des années judiciaires 2004/2005 et 2014/2015, on constate que tous les devoirs prestés par le juge des tutelles ont considérablement augmenté: jugements 219/279, ordonnances 905/1485, procès-verbaux d'auditions 260/386, affaires nouvelles 298/432

13 L'appel des décisions des juges de paix est porté devant le tribunal d'arrondissement.

14 Projet de loi, p. 77

15 Cour Constitutionnelle, arrêt 7/99 du 26 mars 1999: „L'instauration du principe de l'exercice privatif de l'autorité parentale par la mère naturelle, créant d'abord une inégalité entre le père naturel par rapport à la mère naturelle et au père légitime, et par là-même un clivage entre les situations des enfants selon qu'ils sont nés ou non dans le mariage, constitue une différenciation qui n'est ni adéquate ni proportionnée à son but – l'article 380, alinéa 1<sup>er</sup> 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 à l'article 11(2) de la Constitution.“

16 Cour Constitutionnelle, arrêt n° 47/08 du 12 décembre 2008: „Les articles 302, alinéa 1<sup>er</sup> et 378, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil ne sont pas conformes à l'article 10bis (1) de la Constitution dans la mesure où ils n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs.“

Cette mise des parents sur un pied d'égalité est incontestablement à saluer, dès lors qu'il est également dans l'intérêt des enfants de voir reconnaître à leurs deux parents des droits et devoirs égaux à leur égard, quelle que soit leur situation de fait.

Le texte du projet de loi prévoit par ailleurs certaines innovations, comme par exemple la possibilité de conférer un mandat d'éducation quotidienne<sup>17</sup> sur la personne d'un enfant à un conjoint ou partenaire lié par un partenariat, ou encore en accordant la possibilité de solliciter un droit de visite à l'égard d'un enfant à un tiers, parent ou non<sup>18</sup>, s'il a entretenu avec ledit enfant des liens affectifs soutenus et s'il a cohabité avec lui ou bien fait partie de sa cellule familiale proche. Les auteurs du projet entendent ainsi adapter la loi à l'évolution de la société et notamment aux formes diversifiées que peut revêtir aujourd'hui une famille.

En outre, le texte du projet de loi<sup>19</sup> introduit la possibilité de voir instituer le système de la résidence alternée qui jusqu'à présent n'était pas prévu dans notre législation. Toutefois, selon le texte, une telle résidence alternée de l'enfant n'est possible qu'en cas d'accord des parents. Même s'il est évident qu'une bonne entente et une communication régulière entre parents sont indispensables au fonctionnement harmonieux d'une résidence alternée, l'on peut se demander si ce texte ne risque pas de n'être appliqué que de manière très exceptionnelle, alors qu'il suffit au parent réticent d'exprimer son désaccord pour empêcher d'emblée la mise en place d'un tel système, dès lors que le juge ne pourra jamais l'imposer, même à titre d'essai.

Une autre innovation qui appelle certaines remarques résulte de l'article 378-2 du Code civil<sup>20</sup>.

Tout d'abord, dans son point (2), cet article prévoit qu'un enfant mineur peut lui-même informer le JAF de son souhait de voir modifier la décision relative à l'exercice de l'autorité parentale. Quant à la procédure, l'article 378-2 (2) renvoie à l'article 1007-50 du Nouveau Code de procédure civile<sup>21</sup>, tel qu'il résulte du projet de loi. L'article 1007-50 concerne en effet la saisine du JAF par le mineur concerné pour toute demande relative à une modification de l'exercice de l'autorité parentale ainsi que pour toute modification du droit de visite et d'hébergement.

Si le JAF reçoit une telle demande de la part d'un enfant mineur, il doit lui nommer un avocat. Cet avocat, après avoir reçu l'enfant ainsi que les parents de ce dernier, introduit, s'il le juge opportun, une requête devant le JAF.

Il résulte donc de ces textes qu'un enfant, peu importe son âge, pourrait dorénavant saisir un juge et devenir ainsi partie à l'instance, malgré son incapacité juridique de principe.

Si cette innovation est certainement intéressante et conforme à certains textes internationaux qui prônent une plus large participation de l'enfant à la prise des décisions le concernant, elle présente aux yeux de la soussignée un certain risque d'instrumentalisation du mineur. En effet, un parent qui n'est pas satisfait d'un jugement en matière d'autorité parentale ou de droit de visite et d'hébergement pourrait inciter, voire manipuler l'enfant afin que celui-ci agisse en ses lieu et place.

Ne faudrait-il dès lors pas pour le moins prévoir que la faculté de saisir le JAF est réservée au mineur *capable de discernement*? Cette limite serait la même que celle que pose actuellement l'article 388-1 du Code civil pour son audition<sup>22</sup>. Il serait d'ailleurs absurde qu'un mineur qui ne dispose pas encore du discernement nécessaire pour être entendu puisse être demandeur à l'instance. Même si l'expression „*capable de discernement*“ est peu précise et sujette à une appréciation au cas par cas, elle mettra au moins une barrière à la saisine du JAF par des enfants qui sont manifestement trop petits pour prendre eux-mêmes l'initiative de s'adresser à la justice et dont on sait d'emblée qu'il doit y avoir un adulte qui les y a incités.

17 Projet de loi, article 376-5 du Code civil, p. 33

18 Projet de loi, article 378 du Code civil, p. 33 et 34

19 Projet de loi, article 378-1 du Code civil, p. 34

20 Projet de loi, p. 34

21 Projet de loi, p. 17

22 Article 388-1 Code civil: „Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, la personne désignée par le juge à cet effet.“

Dans son point (3), l'article 378-2 du Code civil institue un mécanisme inédit, par lequel le JAF procède, en cas de non-respect persistant par un parent d'une décision de justice, à une modification de l'attribution de l'autorité parentale, respectivement du droit de visite et d'hébergement en faveur de l'autre parent, dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ce texte semble constituer une contradiction en soi. En effet, il prévoit que dans l'hypothèse d'un non-respect réitéré de la part d'un parent d'une décision judiciaire en matière de droit de visite et d'hébergement ou de résidence alternée, le JAF „procède“ à une modification de l'attribution de l'autorité parentale, respectivement du droit de visite et d'hébergement en faveur de l'autre parent.

Cette partie du texte instaure donc un automatisme: s'il y a un non-respect réitéré, le JAF le sanctionne par une modification soit de l'autorité parentale, soit du droit de visite et d'hébergement.

Le dernier bout de phrase du même alinéa prévoit cependant que le JAF procède à cette modification „dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant“.

Quel est le sens de cette disposition? Que le juge peut décider de ne pas procéder à la modification en faveur de l'autre parent s'il estime que cela n'est pas dans l'intérêt de l'enfant? Quelle est la marge d'appréciation du juge? S'il dispose d'une telle marge, ne serait-il pas préférable d'écrire que le juge peut procéder à la modification?

Quels sont les droits de la défense de l'autre parent? Est-ce que le JAF prononce la modification d'office ou bien doit-il convoquer et entendre les parties? Le texte en lui-même est muet quant à la question de la procédure.

La soussignée se permet par ailleurs de signaler que la disposition prévue à l'article 378-2 (3) du Code civil lui paraît inopportune dans son intégralité. Le JAF doit de toute façon toujours prendre ses décisions en matière d'autorité parentale et de droit de visite et d'hébergement sur base du seul intérêt supérieur de l'enfant. Il ne lui appartient par contre pas de sanctionner le parent qui ne respecte pas sa décision. A cette fin, il existe les dispositions pénales relatives à la non-représentation d'enfant<sup>23</sup>. Comment le JAF pourrait-il espérer raisonner les parents, essayer de les concilier, tel que lui l'impose sa mission, s'il se voit contraint par la loi de procéder à des modifications qu'il ne trouve pas opportunes?

En se référant à un „parent lésé“ qui, à sa simple demande, peut faire modifier l'autorité parentale ou le droit de visite et d'hébergement au détriment de l'autre parent, les auteurs du projet de loi sacrifient l'intérêt de l'enfant au nom de ceux des parents, voire de certains parents.

Bien entendu, dans certains cas, il peut être dans l'intérêt de l'enfant de se voir confier à l'autre parent, si celui auprès duquel il se trouve ne respecte pas les droits de l'autre. Or, dans cette hypothèse, même sans le texte en question, le JAF peut procéder à la modification demandée. Mais dans d'autres cas, même si le droit de visite d'un parent n'est pas respecté à d'itératives reprises, il peut être absolument néfaste pour l'enfant de se voir transférer à l'autre parent, par exemple parce qu'il n'existe pas un lien suffisant entre eux.

La soussignée ne peut donc pas soutenir l'automatisme institué par l'article 378-2 (3) du Code civil alors qu'il s'agit d'une disposition potentiellement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par contre, si l'automatisme devait ne pas être absolu, il s'agit d'un texte tout simplement superflu.

### III. Quant à la réforme du divorce

La modification principale prévue par le projet de loi consiste en l'abolition du divorce pour faute.

Le texte prévoit le maintien du divorce par consentement mutuel, dont la procédure est légèrement modifiée et raccourcie. La protection du justiciable se trouve par contre renforcée. Contrairement au système actuel, la convention de divorce par consentement mutuel devra dorénavant être rédigée par un professionnel du droit, à savoir un avocat ou un notaire<sup>24</sup>. De plus, le JAF doit analyser ladite convention et peut refuser de l'homologuer s'il vient à la conclusion que les intérêts des parties ou des

<sup>23</sup> Article 371-1 du Code pénal

<sup>24</sup> Projet de loi, article 230 Code civil, p. 21

enfants ne sont pas suffisamment préservés<sup>25</sup>. Il doit par ailleurs vérifier si chacun des conjoints a donné son consentement libre et éclairé au principe du divorce ainsi qu'à ses conséquences<sup>26</sup>.

Le projet de loi introduit une deuxième forme de divorce, à savoir le divorce pour rupture irrémédiable des liens conjugaux<sup>27</sup>. Cette rupture est établie soit du fait de l'accord des parties sur ce point, soit par la persévérance de la demande d'un seul conjoint à l'issue d'une surséance à statuer d'une durée maximale de six mois<sup>28</sup>.

La création de cette forme de divorce découle du souhait des auteurs du projet de loi d'un côté de pacifier les relations entre parties, en leur évitant de s'étendre au cours des débats sur les fautes commises de part et d'autre pendant de la vie conjugale, et d'un autre côté de voir la procédure de divorce s'accélérer. En effet, à l'instar de la procédure de droit commun devant le JAF, la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des liens conjugaux est en principe orale<sup>29</sup>. En cas de besoin, le JAF peut demander aux parties de prendre des conclusions écrites qui ne peuvent cependant pas dépasser deux corps de conclusions de part et d'autre<sup>30</sup>. Toutefois, contrairement à la procédure de droit commun devant le JAF, les parties doivent obligatoirement se faire assister par un avocat à la Cour<sup>31</sup>. L'assistance systématique et obligatoire par un avocat en cette matière se justifie entièrement, étant donné que le divorce entraîne des conséquences multiples et lourdes, tant à un niveau relationnel que d'un point de vue patrimonial. Il est dès lors indispensable que les parties se fassent conseiller par des juristes expérimentés.

Cependant, les auteurs du projet ne sont pas allés complètement jusqu'au bout de leur volonté de voir abandonner toute référence à la notion de faute. Le paragraphe 4 de la section consacrée au divorce pour rupture irrémédiable des liens conjugaux est consacré aux conséquences liées à la faute grave<sup>32</sup>.

La faute grave ainsi visée consiste exclusivement en la commission d'infractions pénales.

Ainsi, si un conjoint a fait l'objet d'une condamnation irrévocable du chef d'une série d'infractions énumérées à l'article 254 du Code civil, ou bien de tentative de ces mêmes infractions, commises au préjudice de l'autre conjoint, respectivement d'un enfant vivant au même foyer, le JAF peut allouer à l'autre partie des dommages-et-intérêts. Le conjoint fautif perd par ailleurs les avantages matrimoniaux et il ne peut pas prétendre à une pension alimentaire.

Cette condamnation doit toutefois être préalable à la demande de divorce émanant du conjoint non-fautif.

A cet égard, il faut tout d'abord signaler que pour un certain nombre d'infractions énumérées à l'article 254 du Code civil, la tentative n'est pas punissable<sup>33</sup>. Il ne saurait dès lors y avoir de condamnation de ce chef.

De plus, il faut se demander si le conjoint „fautif“, contre lequel une procédure pénale est en cours du chef de l'une des infractions visées par le texte, n'aura pas intérêt à introduire rapidement une demande en divorce pour rupture irrémédiable des liens conjugaux, dès lors que sa demande devra forcément aboutir lorsqu'il persévéra dans sa volonté de divorcer au-delà de la surséance à statuer de six mois prévue à l'article 1007-27 du NCPC. Si aucune condamnation à son égard n'est intervenue jusque-là, il pourra demander, s'il en remplit les conditions, une pension alimentaire à l'autre conjoint, il ne pourra être privé des avantages matrimoniaux et il ne pourra se voir condamner à des dommages-intérêts, même si une condamnation pénale à son égard interviendra sous peu.

Certes, l'article 1007-33 du NCPC<sup>34</sup> prévoit que le JAF peut surseoir à statuer en cas de plainte déposée pour un fait visé à l'article 254 du Code civil jusqu'à l'intervention d'une condamnation coulée en force de chose jugée.

25 Projet de loi, article 231 Code civil, p. 21

26 idem

27 Projet de loi, articles 232 et 233 Code Civil, p. 21 et 22

28 Projet de loi, article 1007-27 NCPC, p. 13

29 Projet de loi, article 1007-25 NCPC, p. 13

30 Projet de loi, article 1007-28, p. 13

31 Projet de loi, articles 1007-23 et 1007-24 NCPC, p. 11 et 12

32 Projet de loi, articles 254 à 256 Code civil, p. 27

33 Ex: la tentative d'attentat à la pudeur n'est pas concevable, dès lors que l'attentat existe dès qu'il y a commencement d'exécution. La tentative de l'infraction de coups et blessures volontaires n'est pas punissable.

34 Projet de loi, p. 14

Cependant, au vu de la durée des procédures pénales, la procédure de divorce risque d'être attardée, pour le moins en ce qui concerne le jugement final qui toisera l'intégralité des demandes. Ceci est d'autant plus inopportun si l'on considère la légèreté avec laquelle certaines personnes déposent des plaintes pénales manifestement non fondées, mais qui risquent de bloquer les procédures devant le JAF.

#### IV. Quant à certains aspects procéduraux

##### A) *Le rôle du ministère public*

Dans le système actuel, le Parquet intervient obligatoirement dans certaines des procédures qui tomberont dans les compétences du JAF, et facultativement, voire pas du tout dans d'autres.

Ainsi, par exemple, le ministère public prend des conclusions orales devant le juge de la jeunesse lorsqu'il statue sur base de l'article 302 du Code civil<sup>35</sup>, alors qu'il n'intervient en principe pas en matière de divorce.

Devant le JAF, la présence du ministère public n'est plus prévue de manière obligatoire, hormis l'hypothèse d'une demande de surséance à statuer lorsqu'une plainte au pénal a été déposée pour l'un des faits visés à l'article 254 du Code civile<sup>36</sup>.

Dans les autres cas, que ce soit dans le cadre de la procédure de droit commun devant le JAF<sup>37</sup> ou dans le cadre d'une procédure de divorce<sup>38</sup>, le Parquet peut être entendu, soit à sa propre demande, soit à la demande du juge.

Le rôle du ministère public, tel que proposé par les auteurs du projet de loi, est tout à fait adéquat. Ainsi, le Parquet peut intervenir de sa propre initiative dans une procédure s'il estime qu'il est en possession d'éléments qui seront utiles au JAF dans le cadre de sa prise de décision. Ou bien le JAF peut demander au ministère public de venir prendre des conclusions orales à l'audience, s'il est susceptible de détenir des informations pertinentes qui intéressent le juge.

Au vu des nombreux autres devoirs du Parquet, dont l'intervention dans des procédures de nature civile n'est que l'une des nombreuses activités accessoires, l'abolition de la présence obligatoire d'un représentant du ministère public à l'audience permettra un léger allègement dans l'organisation des nombreuses tâches des parquetiers.

Toutefois, il reste une disposition, à savoir l'article 1007-44 NCPC<sup>39</sup>, concernant les mesures provisoires dans le contexte d'une procédure de divorce pour rupture irrémédiable des liens conjugaux qui pose problème. Il y est indiqué que „*le procureur d'Etat peut prendre tous renseignements utiles*“. Le commentaire des articles est muet quant à ce bout de phrase qui en soi n'est pas très clair. En fait, il s'agit d'une reprise partielle de l'actuel article 267bis du Code civil qui prévoit en son point (2) que „*Le procureur d'Etat peut prendre tous renseignements utiles concernant la situation morale et matérielle des enfants*“. A la lumière de l'esprit du texte, il faut supposer que cela veut dire que le ministère public peut intervenir à sa propre demande. Or, dans un souci de parallélisme par rapport aux autres procédures devant le JAF, il serait plus logique de prévoir que le ministère public peut intervenir soit de sa propre initiative, soit à la demande du juge.

Finalement, il faut saluer la disposition prévue à l'article 1007-57 NCPC<sup>40</sup> en vertu de laquelle le JAF, lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale, doit vérifier s'il existe un dossier de protection de la jeunesse concernant les enfants en cause au tribunal de la jeunesse. Cette obligation de vérification est fort utile, alors que le dossier de protection de la jeunesse contient des informations qui peuvent être importantes pour toiser le litige dont est saisi le JAF. Jusqu'à présent, ces éléments étaient souvent communiqués par le représentant du ministère public. Dès lors que celui-ci ne figure plus automatiquement dans la procédure, il est important que le juge lui-même puisse y procéder et demander au juge de la jeunesse de lui transmettre une copie du dossier.

<sup>35</sup> Demandes concernant l'exercice de l'autorité parentale et de droit de visite et d'hébergement après un divorce le règlement grand-ducal du 31 juillet 1979 prévoit en son article 4 que le ministère public est entendu en ses observations

<sup>36</sup> Projet de loi, article 1007-33 NCPC, p. 14

<sup>37</sup> Projet de loi, article 1007-54 NCPC, p. 19, lorsque le JAF doit se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale

<sup>38</sup> Projet de loi, article 1007-29 NCPC, p. 14

<sup>39</sup> Projet de loi, p. 44 et 45

<sup>40</sup> Projet de loi, p. 19

## B) *Quelques remarques de procédure*

### *Article 1007-36 NCPC*

Cette disposition prévoit que le jugement qui prononce le divorce par défaut doit, s'il ne peut pas être notifié à personne, être publié par extraits dans les journaux désignés par ordre du JAF.

Le texte ne prévoit pas qui doit supporter les frais de telles publications qui, chacun le sait, sont extrêmement onéreuses.

Puisque le texte dispose que la publication est ordonnée sur simple requête, il faut supposer que les frais sont à mettre à charge de la partie demanderesse. Cependant, il faut se demander comment cette partie peut prendre connaissance du fait que le jugement n'a pas été notifié à personne, puisque c'est le greffe qui est en charge de la notification.

Des clarifications et précisions à cet égard seraient utiles.

### *Article 1007-55 NCPC*

Cet article dispose que dans le cadre d'une procédure concernant l'exercice de l'autorité parentale ou les modalités d'un droit de visite et d'hébergement, le JAF „prend des mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents“.

Cette formulation est trop vague. Quelles sont ces mesures que le juge peut prendre? Dans les commentaires relatifs à l'article en cause, l'on ne trouve aucune précision à cet égard.

Or, à défaut de préciser la nature de ces „mesures“, ce texte risque de soit rester lettre morte, soit donner lieu à des interprétations extensives et divergentes et engendrer ainsi une insécurité juridique non souhaitable.

### *Article 1007-56 NCPC*

Ce texte prévoit que le JAF peut décider qu'une interdiction de sortie du territoire est inscrite au passeport d'un enfant.

A nouveau, l'article manque de précision. Comment l'interdiction, une fois prononcée par le JAF, sera effectivement inscrite dans le passeport? Qui doit veiller à la transmission du passeport aux instances compétentes? Que se passe-t-il si le parent qui détient le passeport s'y refuse? Quid si l'enfant n'est pas titulaire d'un passeport, mais uniquement d'une carte d'identité?

### *Article 1110 NCPC*

L'article 1110 du NCPC attribue au JAF une compétence qui était jusqu'à présent réservée au président du tribunal d'arrondissement, concernant notamment les actions en retour immédiat d'un enfant en cas d'enlèvement international illicite<sup>41</sup>.

En pratique, c'est le juge des référés qui connaît de ces affaires, l'article 1110 actuel du NCPC prévoyant en effet qu'il est statué comme en matière de référé.

L'article, tel qu'il est modifié par le projet de loi, a remplacé les termes „le président du tribunal d'arrondissement“ par „le juge aux affaires familiales“, mais a conservé le renvoi à la procédure de référé.

Tout d'abord, cette indication peut prêter à confusion. Est-ce la procédure de référé ordinaire qui est visée ou bien la procédure de référé spéciale devant le JAF, prévue à l'article 1007-11 du NCPC?

A priori, à défaut d'indication plus précise, il faut supposer qu'il est renvoyé à la procédure de référé ordinaire figurant aux articles 932 et suivants du NCPC.

Or, il semble inopportun de prévoir pour ces actions une procédure qui diffère complètement de celle qui est prévue pour toutes les autres actions qui sont de la compétence du JAF. En toutes matières, le JAF est saisi par voie de requête et les convocations sont faites par le greffe, alors que la procédure de référé ordinaire nécessite une assignation par huissier de justice.

<sup>41</sup> NCPC: Titre XIV De l'entraide judiciaire internationale en matière de droit de garde et de droit de visite des enfants, articles 1108 à 1116

Il serait donc utile de renvoyer plutôt à la procédure de droit commun devant le JAF et donc aux articles 1007-3 et suivants du NCPC.

Luxembourg, le 19 octobre 2016

Simone FLAMMANG  
*Avocat général*

