

N° 6996¹⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2016-2017

PROJET DE LOI

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**

* * *

AVIS DE L'OMBUDS-COMITE FIR D'RECHTER VUM KAND

Le projet de loi sous avis a pour objet principal de créer la fonction de juge aux affaires familiales et de réformer le régime actuel du divorce ainsi que celui de l'autorité parentale. Il fut élaboré suite aux discussions autour du projet 5155 portant réforme du divorce qui n'a jamais abouti. En date du 4.12.2003, l'ORK avait émis un avis sur ce projet regrettant que la notion d'autorité parentale conjointe ne fût pas retenue de principe. Heureusement le législateur a repensé son raisonnement et en date du 16.11.2010, l'ORK a pu émettre un avis favorable en principe sur le projet de loi 5867 relatif à la responsabilité parentale. L'ORK entend aujourd'hui réaffirmer les principes (grandes lignes) au vu du nouveau texte de projet de loi 6996, mais aussi émettre quelques réserves quant au texte dans sa version actuelle.

L'Autorité parentale conjointe (articles 235 et suiv./372)

L'ORK approuve la définition donnée de l'autorité parentale qui met l'accent sur l'intérêt de l'enfant et qui n'est plus perçue comme un pouvoir donné aux parents sur l'enfant, mais comme l'ensemble des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

La coparentalité (= exercice de l'autorité parentale) exige un équilibre dans la participation de chacun des pères et mères à l'exercice de l'autorité parentale en vertu du principe de l'égalité parentale et du principe de la non-discrimination. L'ORK ne peut qu'approuver l'instauration d'un projet de droit commun de l'autorité parentale en harmonisant les règles relatives à son exercice indépendamment du statut des parents. L'ORK est soulagé que l'expression „responsabilité parentale“ n'ait pas été retenue et qu'on se soit mis d'accord sur la notion de „l'autorité parentale“.

Dans la mesure où l'article 372-1 dispose que l'accord de chacun des parents n'est pas présumé pour les actes non-usuels, le législateur entend donc prévoir que pour les actes usuels, l'accord de chacun des parents est présumé.

Il faudra veiller à ne pas créer trop d'insécurité et de discussions entre parents pour définir ce qui est un acte usuel et ce qui ne l'est pas.

Car même si le projet de loi précise ce qui constitue un acte non-usuel, „celui qui rompt avec le passé, et qui engage l'avenir de l'enfant“, il faudra tout de même s'accorder sur les actes qui tombent sous ces critères.

Il est enfin reconnu que les règles de dévolution de l'autorité parentale en cas de séparation des parents, sont les mêmes, que les parents soient mariés ou non.

L'article 375 consacre le principe de l'autorité parentale conjointe, qui est à saluer. L'ORK s'interroge toutefois sur la justification de l'alinéa 2 qui dispose: „Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre parent, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale“.

Le parent faisant rencontre la filiation plus d'un après la naissance, ne saurait-il alors jamais être investi de l'autorité parentale?

L'article 376 énonce le principe que „la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale“ Il souligne l'importance du lien de l'enfant avec ses deux parents et rappelle à chaque parent qu'il leur incombe de respecter ce lien à l'autre parent.

L'article 376-1 prévoit des possibilités d'attribution de l'autorité parentale exclusive à l'un des deux parents dans des cas précis où l'intérêt de l'enfant l'exige. Mais le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale garde le droit de visite et d'hébergement, le droit et devoir de contribuer à l'entretien et l'éducation de l'enfant. L'ORK salue la volonté du législateur de vouloir préserver, jusqu'à la limite du possible, le lien de l'enfant avec les deux parents, même si l'un d'eux n'est pas titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. L'intérêt de l'enfant est toujours pris en considération dans la recherche d'un accord entre parents.

L'ORK estime cependant que l'article 376 énonce un principe élémentaire et que ce principe a sa place non pas dans les dispositions sur la procédure du NCPC, mais plutôt dans l'article 372, traitant de l'autorité parentale conjointe.

Il faut aussi saluer l'article 376-1 qui fait mention du concept d'un espace de rencontre pour la remise de l'enfant à l'autre parent. Cela devrait contribuer à une meilleure reconnaissance de l'utilité de ces structures et à leur renforcement.

Procédure de divorce simplifiée

Sans entrer dans les détails de tous les éléments et délais de la procédure, l'ORK félicite le législateur d'avoir opté pour une procédure de divorce par simple requête, qui a le mérite d'être moins coûteuse et moins contraignante au niveau de la forme[CE1].

En effet, l'ORK est souvent saisi par des parents en pleine crise de séparation et constate que la réorganisation familiale est déjà coûteuse en soi, notamment vu le coût du relogement.

Une séparation entraîne nécessairement une dégradation de la situation financière, dont les enfants souffrent en premier.

La possibilité des couples de divorcer sans obligatoirement passer par des avocats a l'avantage de responsabiliser les parents dès le début sur la réorganisation de leur avenir. En effet, l'article 1007-3

du Nouveau Code de Procédure civile dispose en son 2e alinéa „Les parties sont dispensées du ministère d’avocat à la Cour.“

Cela peut être un point de départ important pour organiser et gérer l’avenir et l’éducation commune des enfants. Cependant il faudra considérer que ceci n’est vrai que pour les parents qui arrivent à bien faire la part des choses, entre leurs conflits dus à la séparation et leur responsabilité envers leurs enfants qui leur reste commune.

Pour les couples conflictuels le recours à un conseil juridique restera une pratique courante, sinon indiquée quand l’autre parent se fait assister par un avocat. A défaut d’avocats, ce sera aux juges d’apprécier si les conventions que les parents ont conclues prennent en compte l’intérêt supérieur de l’enfant, qu’elles soient équitables et que les deux parents adhèrent réellement aux arrangements prévus dans leur convention.

Mesures provisoires

L’ORK s’interroge sur le sens d’une mesure provisoire, vu que le divorce peut/doit être prononcé au fond endéans de 7 semaines. Et ce d’autant plus que ce référé dit „une urgence exceptionnelle“ prévoit néanmoins un délai de comparution de quinzaine, une possibilité de refixer à une audience ultérieure et enfin encore une possibilité d’appel.

Quelle est la marge d’appréciation et de manoeuvre du juge pour prendre une mesure provisoire? Quelle est ensuite sa position au moment du prononcé de divorce sur le fond? Il faut absolument éviter que les mesures provisoires soient automatiquement consacrées au fond.

La procédure du mineur

L’article 1007-50 prévoit une saisine directe par le mineur du juge pour demander une modification de l’autorité parentale et/ou des droits de visite le concernant, une pratique qui est déjà usuelle en date de ce jour. L’article officialise enfin une certaine pratique en cours. L’article prévoit cependant aussi la nomination d’un avocat pour l’enfant. Seulement au cas où cet avocat juge opportun d’introduire une requête en son nom, le tribunal est saisi par le mineur.

L’ORK estime qu’il serait préférable de prévoir que le parquet, en sa qualité de protecteur de l’enfant et de personne neutre, soit seul compétent pour juger du bien-fondé de la demande de requête. Que peut faire le mineur si l’avocat qui lui a été attribué, ne représente pas ses intérêts, sa parole? Dans l’hypothèse retenue par le législateur, l’avocat pour enfant a une mission encore plus large, que celle de „rapporteur de parole“¹. L’avocat de l’enfant exercera alors des attributions de l’autorité parentale et deviendra ainsi plus un administrateur ad hoc qu’un avocat, puisque la saisine du juge ne devient effective, que si le courrier du mineur est „validé“ au niveau de la procédure par une requête introduite par l’avocat.

¹ Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe sur une justice adaptée aux enfants adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe le 17 novembre 2010, lors de la 1098e réunion des Délégués des Ministres pages 28 et 29: Droit d’être entendu et d’exprimer son point de vue:

44. Les juges devraient respecter le droit des enfants d’être entendus dans toutes les affaires les concernant, ou à tout le moins de l’être dès lors qu’ils sont censés être capables de discernement pour ce qui est des affaires en question. Les moyens utilisés à cette fin devraient être adaptés au niveau de compréhension de l’enfant et à sa capacité à communiquer, et prendre en considération les circonstances particulières de l’espèce. Les enfants devraient être consultés sur la manière dont ils souhaitent être entendus.
45. Une place importante devrait être accordée aux points de vue et avis de l’enfant en fonction de son âge et de sa maturité.
46. Le droit d’être entendu est un droit de l’enfant, non un devoir.
47. Un enfant ne devrait pas être empêché d’être entendu du seul fait de son âge. Si un enfant prend l’initiative de se faire entendre dans une affaire le concernant directement, le juge ne devrait pas, sauf dans l’intérêt supérieur de l’enfant, refuser de l’écouter et devrait entendre ses points de vue et avis sur les questions le concernant dans l’affaire.
48. Les enfants devraient recevoir toute information nécessaire portant sur la manière d’exercer effectivement le droit d’être entendu. Toutefois, il devrait leur être expliqué que leur droit d’être entendu et de voir leur point de vue pris en considération ne détermine pas nécessairement la décision finale.
49. Les arrêts et décisions judiciaires concernant des enfants devraient être dûment motivés et leur être expliqués dans un langage compréhensible pour les enfants, en particulier les décisions pour lesquelles leurs points de vue et avis n’ont pas été suivis.

La demande du mineur et l'ordonnance de nomination d'un avocat est notifié aux parents dans un souci de transparence, mais les parents n'ont pas la possibilité de faire appel contre cette nomination. Ils ne peuvent juridiquement pas mettre en question le droit de l'enfant, de se faire assister par un avocat.

Il est important que l'avis du mineur compte et que ses doléances soient prises au sérieux. Mais il faut aussi éviter le risque de pression ou manipulation exercées sur l'enfant pour qu'il abonde dans le sens de l'un ou de l'autre de ses parents. L'enfant en ayant la possibilité de saisir le juge, n'est pas à l'abri du risque de devenir une partie au procès et d'être exposé à plus de pression encore.

Pension alimentaire (376-2)

La pratique actuelle qui prend en compte les besoins des enfants et les ressources des parents est prônée par les uns comme du traitement „sur-mesure“ et critiquée par d'autres comme du traitement „à la tête du client.“ L'ORK pense qu'il serait opportun d'introduire au Luxembourg un barème des pensions alimentaires, comme c'est le cas en France p. ex. Ce barème n'est pas obligatoire, mais a l'avantage d'être indicatif quant aux montants attribuables. Ceci contribuerait à une pacification des relations.

Logement article 258 code civil

Si l'ORK approuve le principe de cet article qui prévoit la possibilité pour le juge d'attribuer, sous certaines conditions et pendant une durée limitée, la jouissance du logement familial au conjoint auprès duquel vivent un ou plusieurs enfants communs, il faut cependant s'interroger sur ses conséquences. La considération primordiale de l'intérêt des enfants est tout à fait conforme aux droits de l'Enfant. Cependant, le parent qui ne se verra pas attribuer le domicile familial, devra se reloger, ce qui au vu du prix de l'immobilier, contraint bon nombre de personnes à se reloger au-delà des frontières luxembourgeoises et éloignés de leurs enfants.

Il ne pourra pas se reloger avec l'argent provenant de la liquidation du domicile familial, puisqu'il devra attendre que l'attribution du domicile familial à l'autre parent prenne fin.

Pour trouver des solutions équitables et durables il faut éviter que les discussions des parents autour de la garde des enfants, ne soient biaisées par l'enjeu de l'attribution du domicile familial.

[CE2]Mandat d'éducation quotidienne (article 376-5)

L'ORK salue l'initiative du législateur de tenir compte de l'existence de familles recomposées en introduisant la notion de „mandat d'éducation quotidienne“ qui confère au parent la possibilité de donner, avec l'accord de l'autre parent, à son nouveau conjoint ou partenaire la permission d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale. Il est évident que les parents doivent se concerter sur l'organisation pratique de la vie quotidienne de l'enfant commun, mais ils doivent aussi faire participer l'enfant à leur démarche et lui donner la chance d'adhérer à la nouvelle situation.

Passeport

L'ORK recommande de préciser clairement dans la loi que les papiers d'identité de l'enfant appartiennent à l'enfant et qu'un parent n'a pas le droit de les soustraire à l'autre parent, sous peine de devoir payer une astreinte.

Pour l'instant, seul l'article 1007-56 prévoit des mesures concernant le passeport d'un enfant en cas de risque de déplacement illicite de celui-ci. Le texte ne prévoit que l'inscription dans le passeport de l'enfant d'une mention notifiant qu'il n'est pas autorisé à sortir du territoire du Grand-Duché. Quid des enfants n'ayant pas de passeports luxembourgeois? Un juge luxembourgeois pourrait-il ordonner une telle mesure pour un enfant ayant un passeport étranger?

L'éternelle question des cartes d'identité, passeports et autres cartes personnelles de l'enfant pourrait cependant aussi être résolue par un référé d'urgence exceptionnelle, si ce référé peut être introduit et jugé en quelques jours.

Résidence alternée

L'ORK approuve que le législateur prenne en compte en son article 378-1 la possibilité de la résidence alternée. Mais il est retenu que même en cas d'autorité parentale conjointe, il n'est pas de principe

d'instaurer une résidence alternée qui est parfois prônée comme la seule solution équitable entre les parents. La résidence alternée peut être une bonne solution selon les situations ou selon la phase de vie d'une famille. Elle ne devrait pas être écartée trop vite comme option comme le suggère la formulation du 2e alinéa de l'article 378-1. La résidence alternée peut contribuer à donner à l'enfant la possibilité de partager le quotidien avec ses deux parents et elle permet aux parents d'assumer une vraie co-parentalité. Mais quand les parents ne se mettent pas d'accord il appartient toujours au juge d'apprécier, notamment en donnant la parole à l'enfant, si une résidence alternée est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'option de la résidence alternée pourra évidemment aussi être discutée dans le cadre d'une médiation.

Délégation de l'autorité parentale

Le législateur introduit sous les articles 387-2 et suivants des dispositions sur la délégation de l'autorité parentale.

L'ORK approuve cette possibilité puisqu'elle permet de tenir compte de situations particulières, de familles en crise qui ne peuvent plus exercer tous les attributs de l'autorité parentale. La délégation peut être totale ou partielle, mais elle peut aussi prendre la forme d'un exercice partagé de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Ainsi le placement volontaire d'un enfant ne ferait pas automatiquement perdre aux parents tous les attributs de l'autorité parentale, mais la délégation peut être modulée selon les besoins de l'enfant et les ressources des parents.

De l'audition de l'enfant en justice

Article 388-1:

Malgré le fait que le législateur n'envisage pas de modification à l'article 388-1, l'ORK pense néanmoins que la création du JAF serait l'occasion pour prévoir dans cet article de donner la possibilité au JAF de nommer un avocat pour l'enfant en dehors de toute procédure judiciaire pendante concernant l'enfant, notamment dans les cas de violence domestique ou les enfants ne sont pas juridiquement considérés par défaut comme victime.

