

N° 7374⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2020-2021

PROJET DE LOI

portant

- 1° **approbation de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, faite à New York, le 20 décembre 2006 ;**
- 2° **modification du Code civil ;**
- 3° **modification du Nouveau Code de procédure civile**
- 4° **modification du Code pénal ;**
- 5° **modification du Code de procédure pénale**

* * *

AVIS DE L'OMBUDSMAN FIR KANNER A JUGENDLECHER**DEPECHE DE L'OMBUDSMAN FIR KANNER A JUGENDLECHER
AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(29.6.2021)

Monsieur le Président,

l'OKaJu a l'honneur de vous soumettre par la présente son avis consultatif demandé par vos bureaux en date du 31 mars 2021 et conformément à la mission respective inscrite à l'article 3, paragraphe 3, point 6° de la *Loi du 1er avril 2020 instituant l'Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher*, à savoir « *l'élaboration d'avis sur tous les projets de loi, propositions de loi et projets de règlement grand-ducal ayant un impact sur le respect des droits de l'enfant* ».

l'OKaJu se permet de limiter ses observations dans la perspective des droits de l'enfant, respectivement en ligne avec l'esprit de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies (CDE).

Il ne lui appartient pas de s'exprimer sur la création ou non de la nouvelle infraction dans le code pénal, mais essaye de donner des réponses quant à la possibilité d'une demande de révocation de l'adoption dans le cas spécifique d'une disparition forcée (nouvel article 368-4).

le nouvel article 368-4 établit une exception au principe de l'article 368-3 du code civil, qui établit que l'adoption plénière est irrévocable.

L'OKaJu permet de rappeler l'objectif historique d'une « adoption plénière » lors de la rédaction du code civil. La famille adoptive se substitue à la famille d'origine, ce qui se traduit par l'intégration définitive de l'enfant adopté dans la nouvelle famille. Tous les liens avec la famille d'origine sont coupés pour permettre à l'enfant de se refaire une nouvelle vie. L'adoption a surtout eu pour conséquence de clarifier les droits de succession de l'enfant par rapport à sa nouvelle famille.

La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) apporte en 1989 une tournure nouvelle dans ce raisonnement classique. L'adoption donne non seulement à l'enfant un cadre juridique stable, mais également des droits à l'éducation, des droits de succession, ainsi que le droit de connaître ses origines, l'adoption constitue un cadre de protection de l'enfance, parmi d'autres, comme le placement en famille d'accueil ou en foyer.

Il en déduit clairement aujourd'hui que l'enfant a un droit à la famille, mais ceci ne correspond pas à un droit des adultes à un enfant.

Dans le même état d'esprit, le projet de loi pour connaître ses origines, qui vient d'être déposé en octobre 2020, adopte la reconnaissance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (ISE). Il est primordial de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision qui le concerne. Il faut donc considérer le lien d'attachement de l'enfant avec un adulte, qui lui donne la confiance et les stabilités physique et morale nécessaires pour son développement personnel. Cette personne de confiance peut être les parents d'origine, de naissance, les parents d'accueil ou les parents adoptifs. C'est le lien qui compte et non pas ce qui est inscrit sur l'acte de naissance.

Pour le développement psychologique de l'enfant, il lui est important de connaître ses origines pour se constituer son identité s'il ne vit pas dans sa famille d'origine. Cependant connaître ses origines n'implique pas nécessairement l'établissement d'un lien de filiation, ni l'établissement d'un lien juridique.

L'OKaJu comprend que l'article 25 de la Convention du 20.12.2006 sous examen exige des États de mettre en œuvre la possibilité d'annuler une adoption ou placement, qui trouve son origine dans une disparition forcée. L'OKaJu considère cependant si tel est le cas, qu'il faut évaluer pour chaque demande, dans chaque cas et dans chaque situation l'intérêt supérieur de l'enfant concerné et conformément à l'interprétation de ce principe donnée par le Comité des droits de l'enfant dans son *Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*.¹ L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas le même pour chaque enfant. Une évaluation au cas par cas est nécessaire par les services sociaux respectivement in fine par le juge. Cette évaluation doit se faire de manière transparente concernant les critères appliquées et de manière participative.

Il est dommage que dans le projet en question, la compétence pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant adopté appartient au juge de l'état civil, et non pas au juge aux affaires familiales. Ce dernier, ainsi que celui de la protection de la jeunesse, seraient en principe mieux habilités à évaluer le bien-être et les besoins de l'enfant. L'OKaJu estime qu'il ne faut pas limiter la problématique à une simple transcription de l'état civil.

Dans cet ordre d'idée, nous invitons le législateur de manière générale, à réfléchir sur la répartition des compétences éparpillées entre les différentes juridictions dans la perspective de développer les compétences du tribunal des affaires familiales afin de mieux tenir compte d'une approche globale et systématique des situations familiales et des affaires concernant les enfants se trouvant dans des contextes familiaux très différents. En effet, l'accès aux droits des enfants et des parents ainsi que la cohérence et la coordination des décisions judiciaires impactant sur les systèmes familiaux devraient guider cette réflexion quant à l'organisation judiciaire.

L'OKaJu permet de soulever que la pratique de « l'adoption plénière », comme modèle de protection de l'enfance est en voie de disparition. On privilégie aujourd'hui l'adoption simple ou le placement en famille d'accueil. Dans ces cadres, des rencontres et des droits de visite peuvent être exercés dans le bien-être de l'enfant.

En effet, on évite de rompre définitivement les liens avec la famille d'origine. Il est cependant plus important de donner à l'enfant un cadre sûr, un lien d'attachement sûr afin qu'il puisse se développer pleinement et devenir un adulte autonome et sain.

Le Conseil d'Etat a raison d'indiquer qu'un enfant « peut être pleinement intégré, depuis de nombreuses années, dans son milieu familial et social, probablement dans un autre pays que son pays d'origine ». Il faut alors lui permettre de rester dans ce cadre sûr si les critères de protection et surtout d'attachement sont remplis. Connaître ses parents biologiques, établir des liens, des droits de visite doivent cependant aussi être possibles.

Donc l'OKaJu estime que la révocation pure et simple n'est pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il faut une évaluation au cas par cas et selon une méthodologie transparente et participative. Cette évaluation doit se baser sur les besoins de l'enfant et non pas sur un droit des parents. Une expertise psychologique, respectivement un diagnostic socio-éducatif doit obligatoirement se faire au préalable. L'OKaJu estime aussi qu'un encadrement spécifique est nécessaire pour initier des ren-

¹ *Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par.1)*
<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkGld%2fPPRiCAqhKb7yhsqkirkKQZLK2M58RF%2fSFOvEAXPu5AtSWvliDPBvwUDNUcLY%2bjlY9LwV%2bqu%2f76ghnF%2baUQn2TVpxfQJuaZ630cSlgS3GlsZmifOGAZjGqixsZ>

contres, des droits de visite, un peu dans le même style que dans la procédure des recherches d'origines. La révocation ne doit jamais être automatique par la simple preuve du lien biologique.

L'OKaJu tient à rappeler qu'il a souvent encouragé le législateur de revoir les procédures d'adoption en vigueur au Luxembourg, qui ne sont pas cohérentes. L'évaluation des nouveaux parents se fait de manière différente pour les adoptions nationales et internationales. Pour les détails l'OKaJu renvoi aux nombreuses recommandations et rapports annuels de l'ORK en la matière.

L'adoption plénière est un modèle de protection de l'enfance en voie de disparition et l'OKaJu estime qu'on donne ici une trop grande importance à cette notion et problématique. Ce « nouveau droit » introduit par ricochet par le projet de loi sous avis est plutôt un droit symbolique qu'une réalité ou une nécessité.

En dernier lieu, l'OKaJu salut le principe – à l'article 2, point 2° du projet de loi – d'accorder à l'enfant la possibilité de « personnellement et sans assistance poursuivre la procédure de révocation ou défendre à l'action ». Cependant, l'OKaJu ne comprend pas pourquoi l'exercice du droit en question est limitée aux enfants de plus de 15 ans. Pourquoi en effet recourir à un âge calendrier et encore fixé tellement proche de la majorité ?

En effet, la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) a introduit à l'article 12 la notion de « capacité de discernement »² (capable of forming his or her own views ; Urteilsvermögen) pour conférer à l'enfant – sujet de droit – des droits élargis de participation. Un enfant peut bien avoir le discernement plus tôt et l'OKaJu renvoi au droit commun, respectivement à l'instar du principe introduit dans le cadre de la *Loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale* et l'introduction de l'article 1007-50. « *Nonobstant les dispositions de l'article 1007-3, le mineur capable de discernement peut s'adresser au tribunal pour toute demande relative à une modification de l'exercice de l'autorité parentale ou de l'exercice du droit de visite et d'hébergement.* » respectivement de l'article 378-2, paragraphe (2) « *L'enfant mineur capable de discernement peut lui-même informer le tribunal de son souhait de voir la décision relative à l'exercice de l'autorité parentale modifiée. Dans ce cas, le tribunal procède conformément à l'article 1007-50 du Nouveau Code de procédure civile.* » L'OKaJu estime qu'il faut laisser la libre appréciation au juge compétent respectivement à son représentant. L'OKaJu rappelle que pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est de toute façon primordial de demander l'opinion de l'enfant concerné. Le fait de conférer à l'enfant ce droit à la révocation est à saluer et à renforcer par le recours à la notion de « capacité de discernement » comme âge de référence.

Dans l'espoir que le présent avis vous sera utile dans le cadre des travaux parlementaires, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de mes sentiments les plus distingués.

Charel SCHMIT

Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher

2 Article 12. 1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est **capable de discernement** le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

