

N° 6172⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI**portant réforme du mariage et de l'adoption
et modifiant:**

- a) le Code civil
- b) le Nouveau Code de procédure civile
- c) le Code d'instruction criminelle
- d) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat
- e) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux
- f) la loi modifiée du 14 mars 1988 portant création d'un congé d'accueil pour salariés du secteur privé
- g) la loi du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise

* * *

**AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU
DE LUXEMBOURG**

(26.1.2011)

Monsieur le Ministre de la Justice a saisi le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg en vue de rendre un avis sur le projet de loi portant réforme du mariage et de l'adoption.

Le Conseil de l'Ordre souhaite formuler deux remarques préalables.

En premier lieu, la loi qui résultera du projet de loi qui fait l'objet du présent avis ne devrait pas entrer en vigueur avant la future loi relative à la responsabilité parentale.

En second lieu, le droit de la famille, tel qu'il est codifié dans le Code Civil actuel, mériterait une réforme globale et fondamentale de ses dispositions sur la filiation, le mariage, l'autorité parentale et le divorce afin d'aboutir à un ensemble normatif cohérent.

Ainsi, il paraît regrettable que le Ministère de la Justice ait choisi la voie d'une refonte seulement partielle, qui, en plus de l'objection formulée ci-dessus, pose certains problèmes d'agencement de texte.

*

COMMENTAIRES DES ARTICLES*Article 1er: Du mariage**1. En ce qui concerne l'article 144*

La modification de l'article 144 n'appelle pas de commentaire spécifique si ce n'est qu'il est effectivement souhaitable qu'il y ait une égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne le droit au mariage.

2. En ce qui concerne l'article 148

Le Conseil de l'Ordre tient à rappeler que le projet de loi relatif à la responsabilité parentale n'a toujours pas été adopté de sorte que la partie de phrase „*qui exerce l'autorité parentale*“ pose problème si le texte sous avis est adopté avant celui sur la responsabilité parentale.

L'article 148, tel que modifié, reste muet sur le cas des pères et mères qui n'exercent plus l'autorité parentale alors que l'enfant fait par exemple l'objet d'un placement judiciaire.

Il y a donc lieu à se poser la question s'il ne faudrait pas modifier l'article 148 en disant que „*la personne qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans accomplis ne peut contracter mariage sans le consentement de celui, de celle ou de ceux qui exercent l'autorité parentale*“.

Les modifications des articles 162 et 163 ne donnent pas lieu à un commentaire.

La modification proposée de l'article 185 reste muette sur l'hypothèse du mari qui n'a pas atteint la majorité et dont l'épouse est enceinte.

Il faudrait donc rajouter un 3ème alinéa qui pourrait se lire comme suit:

„3. *Lorsque le conjoint qui n'avait point cet âge a conçu avec son épouse avant l'échéance de 6 mois.*“

La modification des articles 206 et 213 n'appelle pas de commentaire.

Quant à l'article 223, le présent projet de loi donne l'occasion d'analyser sa conformité à la Constitution.

L'article 11-4 de la Constitution dispose que: „*La loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit*“.

La Constitution ne semble donc opérer aucune distinction entre les différentes activités professionnelles, industrielles ou commerciales. Dès lors, en supposant que les activités visées par l'article 223 du Code Civil dans sa rédaction actuelle sont légales, la Constitution s'oppose, de l'avis du Conseil de l'Ordre, au droit de recours du conjoint prévu par ce même article.

Le Conseil de l'Ordre est donc d'avis qu'au lieu de modifier l'article 223 du Code Civil pour l'adapter à la situation des enfants à l'égard desquels seul un conjoint exerce l'autorité parentale, il y a lieu de l'abroger purement et simplement.

Article 2: Du divorce

En guise de modification de l'article 295 du Code Civil, le Conseil de l'Ordre propose la formulation simplifiée suivante: „*Les conjoints divorcés peuvent se remarier*“ pour remplacer l'actuel alinéa 1er. La suite de cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

Article 3: De l'adoption simple

Les modifications des articles 343 et 344 n'appellent pas de commentaire particulier.

A L'article 345, al. 1er, le Conseil de l'Ordre propose de rajouter „*doit avoir atteint l'âge de 25 ans*“.

Quant à l'alinéa 2, le Conseil de l'Ordre s'interroge quant à l'opportunité de permettre l'adoption de l'enfant du conjoint à l'adoptant qui a atteint l'âge de 18 ans seulement.

A la lecture du commentaire du projet de loi, l'on apprend que la fixation de l'âge minimum à 25 ans prévue à l'alinéa 1er correspond notamment à la volonté de garantir la maturité des adoptants. Le Conseil de l'Ordre marque son accord avec cette approche, mais considère que la maturité de celle ou de celui qui souhaite adopter l'enfant de son conjoint doit être tout autant garantie, et ce dans l'intérêt non seulement de l'adoptant, mais principalement de l'adopté.

Par conséquent, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il y a lieu de prévoir de manière générale que tout adoptant doit avoir atteint l'âge minimum de 25 ans.

Les articles 346 à 351 n'appellent pas de commentaire.

L'article 352-3 n'appelle pas de commentaire en ce qui concerne les points (1) et (2). Quant au point (3), le Conseil de l'Ordre note qu'il est encore fait appel à la notion de „*droit de garde*“ alors que ce terme, notamment avec le projet de loi sur la responsabilité parentale, a vocation à disparaître.

De plus, la jurisprudence actuelle, en tête les décisions récentes de la Cour Constitutionnelle, fait le plus souvent référence au concept d'autorité parentale, et il faudrait donc adopter cette expression en remplacement de celle de „*droit de garde*“.

A ce propos, et plus généralement, le Conseil de l'Ordre tient cependant à insister pour que les notions de garde d'un enfant, d'autorité parentale conjointe ou exclusive, etc. soient dorénavant définies clairement au plan législatif.

A l'article 353 (3) il y a également lieu de remplacer la notion de „*droit de garde*“ par celle d'„*autorité parentale*“.

En ce qui concerne l'article 355 (1) et (2), le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il y aura lieu de scinder cet article en deux articles séparés, et pour une meilleure clarté et lisibilité des différentes dispositions concernant l'adoption, de placer l'article 355 (1) à la suite de l'article 350 et de faire de l'article 355 (2) un article à part pour l'insérer entre ce qui serait devenu le nouvel article 351 et l'article 352 actuellement prévu par le projet de loi. Une renumérotation des articles s'imposera.

En ce qui concerne l'article 356, le Conseil de l'Ordre s'interroge quant à l'introduction de la notion de „*mineur capable de discernement*“, qui est une notion tout à fait vague et qui pose actuellement déjà des problèmes d'interprétation devant les juridictions.

La légistique actuelle va très clairement dans le sens d'une clarification des textes. Il serait en l'espèce préférable de définir un âge à partir duquel le mineur doit consentir personnellement à son adoption.

Les articles 357 et 358 n'appellent pas de commentaire.

L'article 359 (6) appelle la même remarque que l'article 356.

L'article 360 (1) appelle encore la même remarque sur l'autorité parentale.

Les articles 361, 362 et 363 n'appellent pas de commentaire.

Dans l'article 364 (1), il y a lieu de rajouter une référence à la notion d'„*enfant naturel*“ pour dire que „*l'adopté et ses descendants ont dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime ou naturel sans acquérir cependant la qualité d'héritiers réservataires à l'égard des ascendants de l'adoptant*“.

L'article 365 n'appelle pas de commentaire.

L'article 366 (3) renvoie aux commentaires des articles 356 et 359 (6) et il serait opportun d'uniformiser le seuil d'âge à 15 ans pour ces 3 articles.

A l'article 367, alinéa 1, il y a lieu de rajouter les mots „*au moins*“ après les mots „*vingt-cinq ans*“.

Les articles 367-1 et 367-3 n'appellent pas de commentaire.

L'article 367-4 tel que libellé dans le projet de loi est le fruit de la volonté des auteurs d'adapter l'actuel article 349, al. 2 du Code civil à l'arrêt 25/05 de la Cour Constitutionnelle du 7 janvier 2005.

Pour une meilleure lisibilité l'Ordre des avocats préconise la simplification du texte et propose le libellé suivant:

„Art. 367-4 Une nouvelle adoption peut être prononcée pour des motifs légitimes.“

L'article 368, alinéa 2 n'appelle pas de commentaire.

L'article 368-1 appelle encore la même remarque quant à son alinéa 3 en ce qui concerne le mineur capable de discernement que les articles 356 et 359 (6).

A propos de ce même article 368-1, le Conseil de l'Ordre est également d'avis qu'il faudrait reprendre la même articulation de texte que pour l'adoption simple visée par l'article 359 et placer l'exigence du consentement personnel de la part du mineur à son adoption dans un dernier alinéa de l'article 368-1.

L'article 370 n'appelle pas de commentaire particulier sauf à enlever à l'alinéa 3 les mots „*visé ci-dessus*“, qui sont superflus, sauf à reformuler entièrement l'alinéa 3 de la manière suivante:

„En cas d'adoption par deux personnes qui sont de nationalités différentes ou dont l'une au moins est apatride, la loi applicable est celle de la résidence habituelle commune au moment de la demande.“

Les autres articles du projet de loi n'appellent aucun commentaire particulier.

Luxembourg, le 26.1.2011

Gaston STEIN
Bâtonnier

