

N° 5867¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**relatif à la responsabilité parentale**

* * *

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

(6.1.2009)

Monsieur le Ministre,

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

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

*

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

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

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

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

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

Quant à la section I:

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

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

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

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

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

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

Article 372-1:

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

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

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

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

Article 373:

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

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

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

Quant à la section II:

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

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

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

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

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

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

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

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

Quant à la section III:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quant à la section IV:

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

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

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

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

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

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

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

Une convention dûment homologuée vaut titre exécutoire.“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les autres alinéas restent inchangés.

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

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

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

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

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

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

L'article 12 de cette Convention dispose:

1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 378bis:

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

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

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

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

Art. 378-3: Aucune remarque à formuler.

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

Art. 378-5: Aucune remarque à formuler.

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

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

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

Dans les circonstances données, nous proposons le texte suivant:

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

Quant à la section V:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jean KAUFFMAN
Bâtonnier

