

N° 5867²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

relatif à la responsabilité parentale

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis du Procureur Général d'Etat	2
– Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (26.1.2008).....	2
2) Avis du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg	21
3) Dépêche du Président du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch au Procureur Général d'Etat (31.10.2008)	27
– Avis du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch.....	27
4) Avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (8.7.2008).....	29
5) Avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch (22.10.2008)	32
6) Avis de la Justice de Paix de Luxembourg	35
7) Avis de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette	36
– Dépêche du Juge de Paix Directeur au Procureur Général d'Etat (16.9.2008).....	36
8) Avis de la Justice de Paix de Diekirch (16.9.2008).....	36
9) Avis du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles	38
– Dépêche du Juge-Directeur du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles au Procureur Général d'Etat (9.1.2009)	38
10) Observations de Conseillers à la Cour d'appel	42
– Dépêche de Conseillers à la Cour d'appel au Président de la Cour Supérieure de Justice (20.12.2007).....	42

*

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

(26.1.2008)

Monsieur le Ministre,

Par courrier du 30 mai 2008 vous avez sollicité au sujet du projet de loi sous rubrique l'avis éventuel y relatif des différents chefs de corps.

Je vous transmets par la présente:

- 1) l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg rédigé par Madame la Juge des tutelles Béatrice KIEFFER,
- 2) l'avis de Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch Paul KONSBRUCK,
- 3) l'avis du parquet de Luxembourg rédigé par Madame le substitut Martine LEYTEM,
- 4) l'avis de Monsieur le Procureur d'Etat de Diekirch Jean BOUR,
- 5) l'avis de la Justice de Paix de Luxembourg,
- 6) l'avis de Monsieur le Juge de Paix Directeur d'Esch-sur-Alzette Jean-Marie HENGEN,
- 7) l'avis de Monsieur le Juge de Paix Directeur de Diekirch Paul GEISEN,
- 8) l'avis de Monsieur le Juge Directeur de la Jeunesse et des Tutelles de Luxembourg, Alain THORN,
- 9) des observations de Conseillers à la Cour d'appel exerçant les fonctions de magistrats d'appel en matière de protection de la jeunesse,

en formulant l'avis suivant:

Quant à l'objectif d'instaurer un exercice commun de l'autorité parentale en harmonisant les règles relatives à son exercice indépendamment du statut des parents, à part certaines réserves formulées notamment dans l'avis du Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch et dans celui du Procureur d'Etat près la même juridiction, le soussigné estime émettre, quant au principe de l'autorité parentale conjointe telle que régie par le projet de loi, un avis favorable en se ralliant à la motivation du juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement ainsi libellé:

„La nécessité d'une réforme de ces règles s'impose en raison de l'évolution des modes de vie, notamment multiplication des naissances hors mariage et l'existence d'un nombre de plus en plus important d'enfants vivant dans des familles recomposées, ainsi que la volonté d'assurer l'égalité tant entre tous les enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents, qu'entre les parents eux-mêmes.“

L'idée de l'autorité parentale conjointe s'induit d'ailleurs des dispositions des articles 2, 7, 8 et 9 de la Convention relative aux enfants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi luxembourgeoise du 20 décembre 1993.

Le législateur luxembourgeois est encore tenu à procéder à la réforme qui forme l'objet du projet de loi sous examen non seulement par l'arrêt de la Cour Constitutionnelle rendu le 26 mars 1999 sous le No 7/99 qui a déclaré l'article 380, alinéa 2 du Code civil non conforme à l'article 10bis(1) de la Constitution (article 11(2)) avant la révision constitutionnelle du 29 avril 1999, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant reconnu par les deux parents privativement à la seule mère suivi par l'arrêt de la Cour d'appel (civil) du 11 juillet 2001¹ se déterminant notamment par les motifs qu'il appartient au juge de trancher en application de l'article 380, alinéa 2 du Code civil qui n'enfreint pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme la question de l'exercice unilatéral ou conjoint de l'autorité parentale, compte tenu du principe de l'égalité entre les parents arrêté dans la décision constitutionnelle prévisée du 26 mars 1999, mais encore par l'arrêt de la Cour Constitutionnelle rendu le 12 décembre 2008 sous le No 47/08 qui a dit les articles 302 alinéa premier et 378 alinéa premier du Code civil non conformes à l'article 10bis(1) de la Constitution dans la mesure où ils

¹ Pasicrisie XXXII, 96

n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs.

Il se dégage par ailleurs des travaux préparatoires du projet de loi No 5155 portant réforme du divorce, que tant le Conseil d'Etat en son avis du 16 mars 2004 (projet de loi No 5155² en „Considérations générales“ p. 3 „*Il est nécessaire que la notion de responsabilité parentale conjointe des deux parents soit valorisée dans le texte. Ainsi, en vertu du principe de l'égalité des deux parents à exercer les droits et assumer les devoirs concernant leurs enfants, l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents devrait constituer la règle légale tandis que l'exercice unilatéral devrait être l'exception ...*“) que le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg en son avis du 19 novembre 2003² ainsi que l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand en son avis du 4 décembre 2003³ se prononcent pour le principe de l'autorité parentale conjointe généralisée.

Un argument de poids à introduire la réforme réside également dans le fait que les législations nationales relatives à la responsabilité ou autorité parentale ont évolué en ce sens, c'est-à-dire une responsabilité parentale conjointe, et que le système prévu dans le projet de loi aura le mérite d'harmoniser notre loi nationale avec celle de nombreux pays de l'Union Européenne ayant adopté le principe de l'autorité parentale conjointe (France, Belgique, Allemagne, Pays-Bas, Grande-Bretagne) ainsi qu'il est relevé dans l'exposé des motifs du projet de loi No 5867 p. 6 sous examen et dans l'Avis précité de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand du 4 décembre 2003, p. 4.

Le Code civil français tel que modifié, dont les auteurs du projet de loi sous examen se sont largement inspiré, en énonçant en son article 371-1

„L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.“

est marqué à l'évidence par l'influence de la Convention de New York sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁴.

Les auteurs du projet de loi luxembourgeois, en maintenant les termes de l'actuel article 371 repris sans modification sauf le remplacement d'autorité par responsabilité à l'alinéa 2, transposent à l'article 372 du Code civil figurant au projet de loi les alinéas 1 et 3 prévus de l'article 371-1 du Code civil français, mais transposent à l'alinéa 1er la définition de l'autorité parentale y désignée de responsabilité civile figurant à l'Article 2 sous 7 du Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. L'article 372 alinéa 1er se lit donc comme suit dans le projet de loi:

„La responsabilité parentale est l'ensemble des droits et des devoirs, ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant (al. 1 de l'article 371-1 français), conférés à une personne physique ou morale sur base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et de visite.“

Ce texte suscite plusieurs observations:

1) Tant dans l'intitulé que dans les différents articles du projet de loi, la notion d'„autorité parentale“ est remplacée par celle de „responsabilité parentale“ comme découlant d'après les auteurs du projet de loi directement des réformes en matière de responsabilité parentale au niveau international et, plus spécialement, au niveau européen⁵.

Le Conseil d'Etat avait en son avis du 12 janvier 1993⁶ concernant la loi du 20 décembre 1993 approuvant la Convention de New York sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, opiné en faveur

2 Projet de loi 5155¹ p. 14 sous Section III – Des conséquences du divorce pour les enfants sous Art. 271 al. 1er et suivants

3 Projet de loi 5155⁶ sous Article 271

4 Enc. Dalloz Répertoire de procédure civile v° Autorité parentale No 4

5 voir Projet de loi No 5867 pp. 13 et 14

6 Projet de loi 3608¹ p. 6

du terme „responsabilité parentale“ en se ralliant à une proposition afférente du Conseil d'Etat français.

Madame la juge des tutelles Béatrice Kieffer se prononce en son avis prévisé aux pages 1-2 sous „Considérations générales“ en faveur du maintien de la notion d'„autorité parentale“ en motivant son choix en se basant notamment sur un rapport élaboré lors des travaux préparatoires de la réforme de la législation française par la Commission DE KEUWER-DEFOSSEZ.

„Tant la loi belge que la loi française maintiennent le terme d'autorité parentale, la doctrine française s'exprimant à ce sujet comme suit:

„En même temps, l'article 371, inchangé, rappelle que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère et marque à la fois le bilatéralisme des devoirs et le souci de maintenir ou de restaurer l'autorité morale représentée par les parents et qu'exprime précisément ce terme d'autorité parentale qui n'a pas été remplacé, malgré des propositions en ce sens, par le terme de responsabilité parentale.“

En conclusion, la hiérarchie entre normes internationales et normes nationales n'oblige pas un Etat de faire un choix entre notions similaires, surtout si comme en l'espèce elles sont circonscrites et délimitées par une panoplie de dispositions légales régissant la matière, ce d'autant plus que ces règles visent une même finalité consacrée sur le plan international, celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'y ajoute que sur le plan juridique la notion de responsabilité est susceptible de créer des confusions et des ambiguïtés et il n'y a qu'à renvoyer à ce sujet à l'article 1384, alinéa 2 du Code civil. Par ailleurs, toute autorité, bien comprise, implique la notion de responsabilité.

Le soussigné estime en conclusion, sans vouloir exclure péremptoirement l'option de „responsabilité parentale“, qu'il y a lieu de maintenir la notion de l'autorité parentale en l'état dans tous les textes du projet.

2) L'article 372 alinéa 1er du Code civil diffère, ainsi que sus-reproduit, au projet de loi du deuxième alinéa de l'article 371-1 du Code civil français, les auteurs justifiant la formulation retenue par le fait qu'elle s'aligne sur le droit communautaire.

Tant l'avis précité (p. 2 et 3) de Madame la juge des tutelles de Luxembourg que celui (p. 12) de Madame le substitut du parquet de Luxembourg se prononcent en faveur du texte français.

Le soussigné a tendance à se rallier aux arguments développés en les prédits avis, la loi française considérant les différentes fonctions exercées dans l'intérêt de l'enfant comme modalités d'exercice de l'autorité parentale sans reprendre la notion de droit de garde⁷ qui, si on voudrait le retenir devrait être déterminé dans la loi par les différentes fonctions y inhérentes.

La loi belge (art. 371 et suivants du Code civil) n'emploie non plus la notion de droit de garde suite aux réformes législatives récentes.

Par ailleurs, la deuxième partie de la première phrase est vague, mal agencée et ne fait qu'anticiper sur des dispositions ultérieures tout en englobant les droits et obligations à l'égard des biens des enfants dans le chapitre traitant exclusivement des droits et des obligations à l'égard de la personne des enfants.

Il est proposé en conséquence de donner à l'article 372 du projet de loi intégralement la teneur de l'article 371-1 du Code civil français.

L'article 372-1 du projet de loi correspondant à l'article 371-2 du Code civil français ne donne pas lieu à observation sauf à renvoyer à son égard au commentaire des articles.

Idem de l'article 373 du projet de loi correspondant à l'article 371-3 du Code civil français.

L'article 374 du projet de loi assouplit, pareillement à l'article 371-4 du Code civil français, les relations personnelles de l'enfant avec ses ascendants et des tiers, parents ou non.

Tout en renvoyant au commentaire des articles, deux observations semblent de mise:

- 1) Le texte du projet de loi prévoit en son alinéa 2, contrairement au texte français, une condition supplémentaire pour que le juge des tutelles puisse être saisi, à savoir le désaccord des parents. Cette condition supplémentaire permet d'éviter des litiges portés devant le juge compétent, le ministère public ne semblant pas pouvoir agir d'après ce texte en cas d'accord des parents. Or, il n'est pas à

⁷ Enc. Dalloz Répertoire de droit civil v° Autorité parentale No 62

exclure que des parents imposent à leur(s) enfant(s) des relations avec des tiers contraires aux intérêts de(s) enfant(s). Le commentaire des articles est d'ailleurs muet quant à ce point. Il est donc proposé de s'en tenir intégralement au texte français de l'article 371-4.

- 2) Il est bien entendu qu'en cas de litige sur base de l'article 374, l'article 377 alinéa final s'applique d'après lequel „*Le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l'article 388-1.*“

Les auteurs du projet de loi n'ont pas repris, ce qui semble un oubli, la disposition de l'article 371-5 du Code civil français aux termes duquel „*L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs*“, disposition qu'il y a lieu, de l'avis du sous-signé, d'insérer dans le projet de loi, éventuellement comme alinéa premier de l'article 374.

Les articles 375, 375-1 et 375-3 du projet de loi sous le chapitre 1er, section II, ne donnent pas lieu à observations. Ces dispositions correspondent aux articles 372, 372-2 et 373-1 du Code civil français.

Quant à l'article 375-2 du projet de loi correspondant à l'article 373 du Code civil français, il y a lieu d'observer ce qui suit:

Le parquet de Luxembourg en son avis juge la notion de „tout autre cause“ trop imprécise et vague (le texte actuel: art. 376 1° du Code civil contient une énumération précise à cet égard). Tout comme les auteurs du projet de loi la doctrine française ne semble pas, relativement à la notion in fine de l'article 373 du Code civil français, formuler d'objection⁸, notion laissée à l'appréciation du juge, comme le note la juge des tutelles de Luxembourg en son avis.

A noter que manifestement le législateur a entendu voir donner une interprétation restrictive à cette notion „ou de toute autre cause“ la condition essentielle de l'application de l'article 375-2 étant que l'un des parents est hors d'état de manifester sa volonté, le mettant dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale⁹.

Cela est encore confirmé par le fait que le seul éloignement d'un parent ne saurait suffire à lui seul pour l'application de l'article 375-2 du projet de loi, ce terme, comme le relève la juge des tutelles de Luxembourg, ayant été écarté du texte légal. Ne sont donc pas visés ceux éloignés du domicile commun pendant de longues périodes ou régulièrement en raison de leur travail (marins, personnes travaillant sur de grands chantiers à l'étranger).¹⁰

A relever que dans un souci de concordance des textes l'article 213 alinéa 2 actuel du Code civil, identique à l'article 376 1° actuel du Code civil, doit être modifié de sorte à avoir la même teneur que l'article 375-2 prévisé du projet de loi.

Les articles 376 à 376-3 du projet de loi sous le chapitre 1er, section III, traitant de l'exercice de l'autorité (responsabilité) parentale par les parents séparés correspondent aux articles 373-2, 373-2-1 alinéas 1, 2 et 4, 373-2-2 alinéas 1 et 2 et 373-2-5 et ne donnent pas lieu à observation.

- 1) Toutefois le projet de loi ne prévoit pas de disposition identique ou similaire à celle de l'article 373-2-1 alinéa 3 du Code civil français au sujet du droit de visite du parent auquel l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été confié et prévoyant une modalité d'exercice du droit de visite ainsi formulée:

„Lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ce parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet.“

Même si, de l'avis du soussigné, le juge pouvait déjà actuellement apporter pareils aménagements à l'exercice du droit de visite en cas de difficultés particulières à cet égard entre parents, l'insertion de cette disposition spécifique prévisée dans l'article 376-1 présenterait une utilité certaine.

- 2) En second lieu, si l'article 376-2 alinéa 2 du projet de loi précise, tout comme l'article 373-2-2 alinéa 2 du Code civil français, que „*Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont*

⁸ Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale Nos 151-154

⁹ Jurisclasseur Civil Code Art. 371-378 fasc. 10 sous b No 101((18)2003)

¹⁰ voir pour une personne détenue Civ. 1re 8 novembre 1982 Gaz. Pal. 1983, 2, 517 note Massip

fixées par la convention homologuée visée à l'article 378 ou, à défaut, par le juge compétent en vertu de l'article 372“, ne sont cependant pas reprises dans le projet de loi les modalités spécifiques de pension alimentaire énoncées aux articles 373-2-2 alinéas 3 et 4, ainsi qu'aux articles 373-2-3 et 373-2-4 du Code civil français.

Le soussigné laisse le soin au législateur de déterminer si ces modalités spécifiques sont à insérer, comme en France, au projet de loi ou à laisser à l'appréciation des parents et donc à fixer en la convention visée à l'article 378 ou, à défaut, à laisser à l'appréciation du juge sur proposition d'une des parties.

En ce qui concerne un autre point, qui semble mériter attention, consiste en la modification de la pension alimentaire. Les auteurs du projet de loi se sont contentés de renvoyer à ce sujet au commentaire de l'article 376-2 à l'article 378-6 du projet de loi.

3) Il semble au soussigné, dans un souci de clarté et pour éviter toute discussion à ce sujet, d'édicter à ce sujet un article 376-4 de la teneur suivante:

Le montant, les modalités et les garanties de la pension alimentaire visée à l'article 376-2, de même que la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant majeur visée à l'article 376-3, peuvent être modifiés ou complétés à tout moment par le juge compétent en vertu de l'article 377, à la demande du parent à qui l'exercice de l'autorité parentale à été confié, du tiers auquel l'enfant est confié, du ministère public ou de l'enfant majeur.

4) Le parquet de Luxembourg estime en son avis insuffisant pour être trop vague le critère de l'intérêt de l'enfant pour permettre au juge de décider en vertu de l'article 376-1 alinéa 1 du projet de loi de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents et propose d'insérer les situations dans lesquelles les auteurs du projet de loi ont envisagé, en les énumérant dans le commentaire des articles, l'exercice de l'autorité parentale par un seul des père et mère.

L'énumération des situations au commentaire des articles, telle que formulée, a un caractère non limitatif. Le juge en décidant in concreto peut toujours tenir compte de ce qui est dit dans les travaux préparatoires, mais le texte de l'article 376-1 du projet de loi est suffisamment clair et correspond d'ailleurs au texte français, à savoir l'article 373-2-1, au sujet duquel il est dit qu'il ressort de ses dispositions que leur application est subsidiaire par rapport à l'autorité parentale conjointe et fonction du seul intérêt de l'enfant.¹¹

L'article 374 alinéa 2 du Code civil belge, traitant de la même question et qui s'énonce comme suit:

„A défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge compétent peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère.“

limite l'hypothèse, où il peut être décidé de confier en cas de séparation des parents l'exercice de l'autorité parentale à un seul des père et mère dans l'intérêt de l'enfant uniquement au cas de désaccord entre parents sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale ou lorsque l'accord en question entre parents paraît contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette solution légale semble critiquable alors que, d'une part, il peut y avoir d'autres causes où l'intérêt de l'enfant commande l'exercice exclusif de l'autorité parentale par un parent en dehors des désaccords et accords entre parents sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale et que, d'autre part, un désaccord entre parents sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale ne doit pas nécessairement aboutir à confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents.

Le soussigné conclut qu'il y a lieu de maintenir le texte sous examen à savoir l'article 376-1 alinéa 1er du projet de loi tel qu'il y figure actuellement.

Le projet de loi sous examen traite dans la Section IV du Chapitre 1er du Titre IX de l'intervention du juge des tutelles.

S'ils semblent suivre le législateur français, il faut noter que dans les articles 373-2-6 à 373-2-13 du Code civil français les dispositions y figurant ne concernent que les attributions du juge des tutelles

¹¹ Jurisclasseur Civil Code Art. 371 à 387 fasc. 10 sous 2 a) No 98 ((17)2003)

(juge aux affaires familiales) relatives aux questions lui soumises dans le cadre des chapitres Ier et II du Titre IX du Livre Ier du Code civil français relativement à la personne et aux biens de l'enfant, les auteurs du projet de loi sous examen n'entendent pas seulement régler dans la Section IV l'intervention du juge des tutelles relative aux questions lui soumises dans le Titre IX du Livre Ier du Code civil comprenant entre autres le chapitre sur l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et le chapitre sur l'autorité parentale relativement aux biens des enfants, mais aussi nombre d'autres questions au sujet desquelles le juge des tutelles voit ses attributions non seulement élargies, mais se voit conférer des attributions, constituant un vaste litige, qui jusqu'à présent étaient de la compétence d'autres organes judiciaires, entre autres de la compétence du juge de la jeunesse (art. 302 Code civil) et surtout de la compétence du juge de paix en matière d'obligations et de pensions alimentaires (not. art. 376-2, 377, 378 et 378-6 du projet de loi), de sorte que dans les différents avis des autorités judiciaires des questions de principe sont soulevées touchant non seulement la compétence et la procédure devant le juge des tutelles, mais encore et surtout le problème d'une réorganisation judiciaire à laquelle il est **impératif de procéder dans le projet de loi sous examen** sous peine d'être acculé à une impossibilité d'appliquer les dispositions du projet en raison d'un nombre nettement insuffisant de magistrats pour régler le nouveau contentieux de la compétence du juge des tutelles des mineurs.

Il y a donc, de l'avis du soussigné, lieu d'insérer les dispositions relatives à l'intervention du juge des tutelles entre l'Art. I et l'Art. II du projet de loi et la question se pose si ces dispositions ne devraient pas figurer plutôt au Nouveau Code de procédure civile plutôt qu'au Code civil, s'agissant de questions de compétence et de procédure.

La section V traite de l'intervention des tiers.

L'article 379 repris de l'article 373-3 du Code civil français ne donne pas lieu à observation.

Tout au plus y a-t-il lieu d'ajouter à la suite des alinéas 2 et 3 prévoyant la possibilité de confier l'enfant à un tiers un alinéa final disposant: „*Le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant en vertu de l'article 388-1 du Code civil*“.

Les articles 380, 380-1, 380-2 et 381 correspondent aux articles 373-4, 373-5, 374-1 et 374-2 du Code civil français¹².

Quant au Chapitre III traitant de la délégation de l'autorité parentale

Le projet de loi prévoit quelques modifications au texte qui a été introduit par la loi du 18 avril 1984 dans le Code civil.

En ce qui concerne la délégation de l'autorité parentale qui peut être volontaire ou forcée, il est renvoyé au Jurisclasseur Civil Code fasc. 30 (2004).

L'article 387-1 du projet de loi n'est pas modifié à part le remplacement du terme d'autorité parentale par celui de responsabilité parentale. Le texte luxembourgeois se termine à raison et contrairement au texte de l'article 376 du Code civil français par le bout de phrase suivant maintenu à bon droit au texte du projet de loi „*et lorsque cette renonciation ou cette cession n'est pas contraire aux intérêts de l'enfant*“.

Au projet de loi l'article 387-2 est maintenu sauf à remplacer les termes de „garde“ par „droits et obligations de la responsabilité parentale“ et de „pactes“ par „accord“ et comme le juge des tutelles connaît des litiges relatifs à l'exercice et aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, il est indiqué de suivre le législateur français ayant remplacé en l'article 376-1 du Code civil français le terme d'„un tribunal“ par „un juge aux affaires familiales“ (au projet de loi actuel „Un juge des tutelles“).

Il est proposé de remanier les articles 387-3 et 387-4 du projet de loi, le premier visant la délégation volontaire, le deuxième la délégation forcée comme suit:

Pour éviter l'ambiguïté existant également dans le texte français, l'article 387-3 alinéa premier doit commencer comme suit: „Les père et mère ensemble ou celui d'entre eux qui a seul l'exercice de l'autorité parentale ...“¹³ de sorte que l'article 387-3 alinéa premier traitant de la délégation volontaire se lira comme suit:

Les père et mère ensemble ou celui d'entre eux qui a seul l'exercice de l'autorité parentale (le tuteur autorisé par le conseil de famille ou l'administrateur public), peuvent, lorsque les circons-

12 voir sur l'intervention des tiers Jurisclasseur Civil Code Art. 371 à 387 fasc. 10 sous c) 1) 102 et suivants ((18)2003)

13 Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale No 302 et suivants p. 45 (2004)

tances l'exigent, saisir le juge (des tutelles) en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un particulier digne de confiance ou à un établissement agréé à cette fin par arrêté grand-ducal.

Le soussigné propose, sous réserve de l'énoncé de l'article 378-3 alinéa 1er ci-avant, de remplacer à l'article 387-3 du projet de loi les dispositions y figurant par celles de l'article 377 du Code civil français et à l'article 387-4 du projet de loi les dispositions y figurant par celles de l'article 377-1 du Code civil français en remplaçant à l'article 384 alinéa 2 l'article 372-2 au texte français par l'article 375-1 du projet de loi sous examen et à l'article 384 alinéa 3 l'article 373-2-11 au texte français par l'article 378-4 du projet de loi sous examen.

Les articles 387-5 à 387-8 ne donnent pas lieu à observation, sauf qu'à l'article 387-7 alinéa 2 le tribunal est à remplacer par le juge des tutelles (aux affaires familiales).

Quant au chapitre III traitant du retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, le terme de retrait remplace celui de déchéance.

L'alinéa premier de l'article 387-9 traite du retrait par un jugement pénal en reprenant le texte français afférent de l'article 378 alinéa premier ainsi que l'alinéa 2 du même article relatif aux ascendants autres que les père et mère.¹⁴

On peut se demander pourquoi, si on a ajouté le crime ou le délit commis par leur enfant, on n'a pas maintenu dans la première phrase „ou à l'aide de la personne de leur enfant“, alors que la portée de deux notions peut être différente et pourquoi on n'a pas non plus maintenu dans la première phrase „ou descendant“.

L'alinéa 2 de l'article 387-9 du projet de loi, repris de l'article 378-1 alinéa 1 du Code civil français, ne donne pas lieu à observation. La dernière phrase est reprise du texte luxembourgeois actuel.

L'alinéa 3 de l'article 387-9, à part qu'il se prononce sur la compétence de la juridiction habilitée à être saisie de l'action en retrait, à savoir le tribunal d'arrondissement de même qu'en France (tribunal de grande instance), désigne également les personnes ayant qualité pour agir, question qui se pose en général aussi et en particulier au sujet des personnes susceptibles de saisir le juge des tutelles, question sur laquelle il y a lieu de revenir.

Le soussigné estime que dans l'alinéa 3 il faudrait non seulement donner qualité à part à ceux y énumérés, à un membre de la famille ainsi que le prévoit l'article 378-1 alinéa 3 du Code civil français, mais aussi à un tiers auquel l'enfant est confié en conformité des dispositions figurant sous la Section V du Chapitre 1er examinées plus haut.

L'alinéa premier de l'article 387-10 du projet de loi correspondant à l'article 379 du Code civil français soulève seulement la question pourquoi en cas de retrait total n'a pas été retenue au texte l'exclusion de la succession prévue au point 5 de l'article 387-10 alinéa 2 actuel du Code civil, ainsi que l'incapacité générale d'être tuteur, subrogé tuteur ou membre d'un conseil de famille prévue à l'alinéa 3 de l'article 387-10 actuel du Code civil, les peines prononcées pour les infractions visées à l'article 387-9 alinéa 1er du projet de loi ne correspondant pas nécessairement à celles entraînant l'interdiction afférente prévue aux articles 11. 5) et 12.

Les articles 387-10, 387-11 et 387-13 ne donnent pas lieu pour le surplus à commentaire, à part que le délai d'un an prévu à l'article 387-13 pour introduire une demande de réintégration des droits, malgré l'exigence de circonstances nouvelles à justifier et même si prévu par le texte français, semble trop court, un délai de deux ans à trois ans au moins semblant plus raisonnable, ceci dans l'intérêt bien compris de l'enfant auquel il faut garantir une certaine stabilité du milieu dans lequel il vit.¹⁵

Quant au Chapitre II De l'autorité parentale relativement aux biens des enfants

Ce chapitre en suivant l'ordre du Code civil français devrait figurer comme chapitre IV au lieu de former le chapitre II du Titre IX, c'est-à-dire après les chapitres sur la délégation et le retrait.

Les articles 382, 385, 386 et 387 ne sont pas changés.

¹⁴ Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale No 337

¹⁵ Avis de Monsieur le Juge Directeur de la Jeunesse et des Tutelles de Luxembourg, p. 5 troisième alinéa (Dans le même ordre d'idée ... page 6, 2 premiers alinéas)

L'article 383 en son alinéa premier a été rendu nécessaire, comme indiqué au commentaire des articles, par le fait que l'autorité parentale commune constitue le principe dorénavant cet alinéa correspondant à l'article 383, alinéa premier, du Code civil français.

Dans le même ordre d'idées, il y a lieu également de reprendre textuellement l'alinéa 2 de l'article 383 du Code civil français qui s'énonce ainsi:

„La jouissance légale est attachée à l'administration légale: elle appartient soit aux deux parents conjointement, soit à celui des père et mère qui a la charge de l'administration.“

Titre X De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation

Une observation essentielle et de principe est de mise avant l'examen des textes modifiés du projet de loi:

Si les auteurs du projet de loi attribuent une compétence nouvelle et quasi générale au juge des tutelles relativement au contentieux en rapport avec les dispositions du Titre IX en insérant au Chapitre I une Section IV intitulée – De l'intervention du juge des affaires familiales – comprenant les articles 373-2-6 à 373-2-13 ce qui pose des problèmes de réorganisation judiciaire évoqués plus haut et sur lesquels le soussigné entend se prononcer ultérieurement, le Titre X n'est pas modifié à cet égard, alors qu'il a toujours été le domaine du juge des tutelles.

Le soussigné n'entend pas formuler d'observations particulières au sujet des modifications des articles 389, 389-1, 389-2, 389-4, 389-5, 389-6, 389-7, 390 alinéa 1 et 443 pour autant qu'elles ne sont que l'expression de la réforme mise en oeuvre par le projet de loi sous examen.

L'article 389 correspond à l'article 389 du Code civil français.

L'article 389-1 correspond à l'article 389-1 du Code civil français.

L'article 389-2 correspond à l'article 389-2 du Code civil français.

L'article 389-4 correspond à l'article 389-4 du Code civil français.

L'article 389-5 correspond en sa substance à l'article 389-5 du Code civil français.

Il y aurait lieu d'ajouter au troisième alinéa in fine „en conformité des articles 459 alinéa premier et 466 du Code civil“.

L'article 389-6 correspond à l'article 389-6 du Code civil français, sauf la dernière phrase non prévue au texte français qui est superflue au vu de l'article 389-4.

L'article 389-7 correspond à l'article 389-7 du Code civil français.

Idem de l'article 390 alinéa 1.

L'article 443-2° du Code civil doit s'énoncer comme suit au vu du Titre X Chapitre IV du projet de loi:

„ceux contre lesquels a été prononcé un retrait de l'autorité parentale“.

Les dispositions légales relatives à l'adoption (Art. I 10 du projet de loi) telles que modifiées au projet de loi ne donnent pas lieu à commentaire, ces modifications n'étant que l'expression de la réforme mise en oeuvre par le projet de loi sous examen.

L'article 108 du projet de loi (Art. I 11) relatif au domicile du mineur est repris de l'article 108-2 du Code civil français. A noter qu'en cas de domiciles distincts des père et mère, le domicile découle de la résidence, notion importante en matière de droit interne et du droit international privé par rapport à la compétence des juridictions et qui constitue une des modalités substantielles de l'exercice de l'autorité parentale.¹⁶

Le troisième alinéa de l'article 108 relatif au domicile du majeur incapable reprend l'article 108-3 du Code civil français.

L'article 1384 alinéa 2 du Code civil (Art. I 13 du projet de loi) relatif à la présomption de responsabilité des père et mère du chef du dommage causé par leurs enfants mineurs reprend la disposition modifiée de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil français sauf à utiliser la formule *„par leurs enfants mineurs résidant avec eux“* au lieu de la formule française *„par leurs enfants mineurs habitant avec eux“*.

¹⁶ L'exercice de l'autorité parentale par Laurence Gareil 2004 en collection Bibliothèque de Droit Privé T 413 Nos 161-199 L.G.D.J. 2004

Or, la matière des présomptions de responsabilité civile édictées par l'article 1384 du Code civil a évolué continuellement au vu d'une jurisprudence très abondante à laquelle la jurisprudence luxembourgeoise s'est quasi intégralement ralliée. Il est donc imprudent de s'écarter, ne fût-ce que d'un iota, de la terminologie légale française au risque d'engendrer des débats inextricables d'interprétation en la jurisprudence luxembourgeoise et par voie de conséquence de discussions dilatoires n'ayant pour seule fin que de prolonger les litiges.¹⁷

L'objet de l'Art. I 14 du projet de loi consiste à substituer à la compétence du tribunal d'arrondissement en cas de refus des parents de consentir au mariage de leur enfant mineur la compétence du juge des tutelles à l'article 160bis.

*

Il y a lieu à ce stade de l'examen du projet de loi No 5867 de développer certaines considérations générales relatives à la compétence en la matière et par voie de conséquence à des problèmes y inhérents d'organisation judiciaire.

Si en France le Titre X du Code civil traitant de l'administration légale et de la tutelle est placé sous le contrôle du juge des tutelles appelé à trancher et à prendre des décisions gracieuses et contentieuses, il en est autrement du Titre IX relatif à l'autorité parentale dans lequel domaine s'exerce la compétence du juge aux affaires familiales.

En France s'est créé progressivement une juridiction familiale dont la genèse, l'objet, l'évolution et le champ d'application ou compétence peuvent être décrits comme suit:

„§ 4. – La juridiction familiale

18.– Création progressive d'un juge familial. – Conscient de la particularité du droit de la famille, le monde judiciaire a ressenti de plus en plus fort l'inadaptation des juridictions de droit commun, pour intervenir en ce domaine. Il y aurait aujourd'hui une sorte d'incongruité à faire trancher ces matières par le même juge qui statue sur les brevets ou la responsabilité des architectes ...

C'est pourquoi la tendance récente a été de spécialiser certains magistrats dans ces matières afin que leur intervention ne soit plus la pure manifestation d'un pouvoir de décision, mais se nuance de la recherche d'une solution qui ne soit pas purement juridique, mais qui fasse également appel à des éléments psychologiques, sociologiques, etc.

Le juge des enfants est apparu le premier, le magistrat spécialisé dans ce qui concerne les difficultés d'éducation de l'enfant, notamment dans leurs aspects „disciplinaires“.

Puis des chambres de la famille ont été créées dans certaines juridictions, qui ont permis, en 1975, l'apparition du juge aux affaires matrimoniales, qui doit régler, par un mélange de décision et de conciliation, les difficultés apparaissant lors du divorce ou après celui-ci. Plus récemment, provenant en particulier du Canada, sont apparues l'idée et la pratique de recourir en la matière aux services de médiateurs.

Ces „essais“ ont abouti à la création, par la loi du 8 janvier 1993, du „juge aux affaires familiales“, entré en fonction en mars 1994 (art. 64 de la loi). Ce „JAF“, membre spécialisé du tribunal de grande instance, regroupe entre ses mains les compétences autrefois éclatées entre le juge des tutelles, le juge aux affaires matrimoniales et le tribunal de grande instance ou son président: conflits en cours de mariage, contentieux du divorce, questions de nom et d'autorité parentale, mise en oeuvre des obligations alimentaires, sont de son ressort. Seuls continuent de lui échapper les procès relatifs à l'état de l'enfant (filiation ou adoption), qui doivent être jugés de façon collégiale par le tribunal de grande instance, et les mesures d'assistance éducative qui restent du juge des enfants.“¹⁸

A. Le soussigné estime dès lors en premier lieu que le juge, qui aux termes de l'article 377 du projet de loi est compétent pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre du Titre IX du Livre Ier du Code civil, ne devrait pas être le juge des tutelles compétent au sujet du Titre X, mais en reprenant la qualification française le juge aux affaires familiales qui figurerait parmi les juges de

¹⁷ Litec Code civil 2006 sous article 1384 III Responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs 63) Condition de cohabitation p. 796

¹⁸ Alain Bénabent Droit Civil La Famille 10e éd. à jour au 25 janvier 2001 sous Introduction p. 11, Litec

l'actuel tribunal de la jeunesse et des tutelles, institué par l'article 15 modifié de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, et serait à intitulé dorénavant de tribunal de la jeunesse, aux affaires familiales et des tutelles.

Notons qu'aux termes de l'article 15, alinéa 5, les juges de ce tribunal se suppléent mutuellement. Le législateur belge a rendu compétent le juge de la jeunesse pour régler les questions relatives à l'autorité parentale¹⁹.

Quant à la compétence du juge aux affaires familiales en rapport avec d'autres juridictions dont l'objet est au sens large „l'intérêt de l'enfant“ il peut y avoir des situations où les compétences semblent en concurrence, tel p. ex. avec le juge de la jeunesse, question évoquée indirectement par M. le Juge Directeur du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles²⁰ en rapport avec la procédure du retrait qui est également une mesure de protection de l'enfant²¹ mais relève d'après la loi du tribunal d'arrondissement et non du juge aux affaires familiales.

Quant à la compétence du juge de la jeunesse, elle prime en principe celle du juge aux affaires familiales et celle des autres juridictions statuant sur l'exercice de l'autorité parentale au cas où le juge de la jeunesse agit dans le cadre de sa compétence définie par les articles 2 et 7 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse et, en vertu de l'article 11 de la même loi, le placement par le juge de la jeunesse opère de plein droit transfert de l'exercice de l'autorité parentale.

B. A part la proposition de qualifier le juge dont relève la compétence de régler les questions relatives à l'autorité parentale de juge aux affaires familiales, la question essentielle est celle de l'étendue à conférer à sa compétence.

I. En France, ainsi que précité, cette juridiction spécialisée regroupe entre ses mains les conflits en cours de mariage, le contentieux du divorce, les questions de nom et d'autorité parentale, la mise en oeuvre des obligations alimentaires.

Il serait somme toute logique et dans un souci de clarté et de sécurité juridique de régler en un seul corps de loi l'ensemble des compétences de la juridiction (juge) des affaires familiales en s'inspirant des solutions adoptées par le législateur français.

Monsieur le Vice-Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à l'époque actuellement Conseiller à la Cour supérieure de Justice, Roger Linden, avait opiné en ce sens du moins au sujet du contentieux relatif au divorce (No 5155³, p. 3) en se prononçant comme suit:

„Le projet ne fait pas de distinction spécifique en ce qui concerne les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond. Cette approche est-elle délibérée? Est-ce à dire qu'un seul juge sera compétent pour statuer tant sur les mesures provisoires que sur le fond du litige en ce y compris les mesures accessoires définitives? N'y a-t-il pas lieu dans ce cas à institution d'un juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions relevant de l'après-divorce?“ – question que soulève aussi Madame le Juge des tutelles de Luxembourg en son avis relatif au projet de loi sous examen à la page 6, 3e alinéa et suivants.

Il y aurait lieu en tout cas, tel que le relèvent aussi les auteurs du projet de loi sous examen, de coordonner les dispositions afférentes correspondantes des deux projets de loi portant réforme du divorce (No 5155) et relatif à la responsabilité parentale (No 5867). Même si les auteurs du projet de loi n'ont pas conféré au juge aux affaires familiales l'étendue des attributions dont il dispose en France, ils ont cependant étendu sa compétence au-delà du Titre IX du Livre I du Code civil à deux domaines

1) Le juge des tutelles, qui serait à désigner comme préexposé de juge aux affaires familiales, se voit conférer les compétences actuelles du juge de la jeunesse relatives à l'article 302 alinéa 2 du Code civil qui disposerait *„En cas de divorce prononcé sur base des articles 229, 230 et 231 et en cas de divorce par consentement mutuel (à conformer au nouveaux textes du divorce suite à la réforme de celui-ci) le juge aux affaires familiales (version actuelle „le tribunal de la jeunesse“) pourra*

¹⁹ voir avis de M. le Juge Directeur du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles aux pages 8 et 9 sous „Compétences du juge des tutelles et non pas du juge de la jeunesse“

²⁰ avis pages 5-6

²¹ Enc. Dalloz Répertoire de Droit Civil v° Autorité parentale No 346

toujours dans la suite déterminer, modifier ou compléter les modalités d'exercice de l'autorité parentale (la responsabilité parentale) pour le plus grand avantage des enfants“.

- 2) Le juge aux affaires familiales se voit attribuer de larges pouvoirs en se voyant conférer la compétence par le projet de loi de trancher les demandes dérivées de l'obligation spécifique d'entretien et d'éducation des enfants et de pensions alimentaires au sujet desquelles en l'état actuel l'article 4.1° du Titre préliminaire du Nouveau Code de procédure civile attribue compétence au juge de paix.

Le soussigné entend reproduire à ce sujet, en raison de leur intérêt, les développements afférents contenus dans l'avis de Monsieur le Juge de Paix Directeur de Diekirch:

„1. En l'état actuel, l'art. 4,1° du NCPC attribue compétence au juge de paix pour connaître de toutes demandes en pension alimentaire, à l'exception de celle se rattachant à une instance en divorce ou de séparation de corps. Rentrent donc dans cette compétence notamment aussi les demandes dérivées de l'obligation spécifique d'entretien et d'éducation des enfants, obligation que la jurisprudence a rattachée à l'article 203 du Titre V, chap. 5 du Code Civil, que les parents soient mariés ou non et que la filiation soit établie à l'égard d'un seul ou des deux. Or, sans modifier les deux dispositions précitées, le projet reprend cette obligation alimentaire spécifique qui peut se prolonger même au-delà de la majorité dans les art. 372-1, 376-2 et 376-3 nouveaux du Titre IX, chap. 1er du Code Civil et, à l'art. 377, attribue compétence au juge des tutelles pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre dudit titre. Si, comme on peut le supposer, – bien que ni le projet lui-même ni le commentaire des articles n'en touche un mot –, l'intention des auteurs du projet est d'opérer sur ce point un transfert de compétence des justices de paix aux juges des tutelles et, en appel, du tribunal d'arrondissement à la Cour d'appel, une reformulation de l'art. 4,1° du NCPC et de l'art. 203 du Code Civil s'imposerait pour obvier au spectre d'une compétence concurrente des deux types de juridiction en la matière.

Ceci étant, et quels que puissent être les mérites réels ou supposés d'un tel transfert de compétence, il convient aussi de relever les inconvénients manifestes qu'il comporterait.

- a) *Il impliquerait tout d'abord un éparpillement supplémentaire des compétences en matière alimentaire qui déjà présentement se partagent entre le juge de paix, le juge des référés (pendant l'instance de divorce), le tribunal d'arrondissement (à l'issue du divorce) et leurs juridictions d'appel respectives avec toutes les complications et imbrications bien connues des praticiens.*
- b) *Vu l'ampleur du contentieux concerné, – qui constitue près de 9/10ièmes du contentieux alimentaire global traité par les justices de paix lequel ne fait d'ailleurs que croître –, le transfert de compétence envisagé rendrait en outre inévitable une réadaptation sensible de l'organisation judiciaire, puisque la décharge de travail en résultant au niveau des justices de paix devrait être compensée par un renforcement notable des effectifs des tribunaux des tutelles, voir même de la Cour, dont pour les raisons esquissées en introduction la tâche risque de toute façon de croître même en l'absence d'un tel transfert.*
- c) *L'expérience pratique démontre que, de plus en plus, le contentieux alimentaire dont sont saisies les justices de paix n'est plus un contentieux autonome mais a tendance à devenir un contentieux accessoire de celui des saisies-arrêts sur salaires et rémunérations. Ainsi c'est souvent quand après une période d'inactivité dont il était ou non responsable, un débirentier retrouve un emploi et le crédientier pratique alors une saisie-arrêt sur salaire pour obtenir paiement à la fois du terme courant et des arriérés entre-temps accumulés d'une pension ou de contributions alimentaires qu'il s'était antérieurement vu allouer par une décision de justice, que le premier sollicitera une réduction, le cas échéant même rétroactive, de ces pensions ou contributions, puisqu'il se trouve acculé à une situation financière inextricable du fait que les arriérés absorbent la partie saisissable de son revenu dont ils sont prélevés tandis que la partie théoriquement insaisissable sera amputée du terme courant. Comme il est compétent pour connaître à la fois de la saisie-arrêt et de la demande en réduction, – qui plus d'une fois est d'ailleurs justifiée –, le juge de paix est actuellement en mesure de solutionner relativement vite et par un seul jugement des cas pareils. Avec le transfert de compétence envisagé et comme dans la majorité des hypothèses ce sont des contributions pour enfants qui sont en cause, tel ne serait plus le cas à l'avenir, puisque le juge de paix devrait renvoyer le saisi à se pourvoir devant le juge des tutelles par une demande séparée et en attendant la décision de ce dernier, devrait se borner à surseoir à statuer sans même pouvoir accorder de mainlevée provisoire de la saisie pratiquée. Ainsi, le transfert de compétence envisagé aurait pour double effet de multiplier les instances judiciaires et de pro-*

longer indûment des situations dramatiques qui récemment encore ont été relevées par le médiateur.“

La plupart des autres avis des autorités judiciaires abondent dans le même sens.

Ainsi Madame le Juge de Paix Directeur de Luxembourg, après avoir rendu attentif à la compétence du juge de paix à l’art. 4.1° du Nouveau Code de procédure civile, observe que la solution prévue au projet de loi relative aux obligations alimentaires aurait l’avantage de regrouper toutes les questions relatives à la responsabilité parentale, y compris les pensions alimentaires, devant un même juge, mais aurait néanmoins l’inconvénient d’engendrer deux procédures parallèles en cas de demande de pension alimentaire à titre personnel et au profit des enfants. Cette problématique serait de l’avis du soussigné évité évidemment en majeure partie si on attribuait à la juridiction aux affaires familiales les mêmes compétences qu’en France comme relevé plus haut.

Il est renvoyé quant aux tâches actuelles déjà importantes du juge des tutelles aux tâches qui s’y ajouteraient du fait des compétences nouvelles instaurées par le projet de loi, à la problématique de l’article 4.1° du Nouveau Code de procédure civile, au volume en général du contentieux à charge du juge des tutelles suite à la réforme envisagée et des transferts de contentieux que de même au sujet de la reprise du système français du juge (tribunal des affaires matrimoniales) aux avis de Madame le Juge des tutelles de Luxembourg²², de Monsieur le Président du tribunal d’arrondissement de Diekirch, page 2 à page 3 jusqu’aux alinéas 5-6 s’énonçant comme suit:

„Vu l’ampleur du contentieux à confier à la juridiction des Tutelles, une réorganisation de l’organisation judiciaire s’imposerait d’urgence“ (c’est-à-dire d’après le soussigné elle s’imposerait **dans le projet de loi lui-même**). *„Il faudra envisager un renforcement important des effectifs des Tribunaux des Tutelles et de la Cour Supérieure de Justice“*,

de Monsieur le Procureur d’Etat de Diekirch²³ et du Juge Directeur de la Jeunesse et des Tutelles à Luxembourg²⁴.

Si donc, pour conclure sur ce chapitre de la nécessaire réorganisation de l’organisation judiciaire, au cas où le projet de loi serait adopté en l’état, il y aurait d’abord lieu de modifier l’article 4.1° du Nouveau Code de procédure civile, en y ajoutant sous „à l’exception“ notamment les articles 302, 372-1, 376-2, 376-3, 377, 378 et 378-1 du Code civil (articles modifiés).

Sous toutes réserves et de façon tout-à-fait approximative à défaut de données suffisamment valables on pourrait évaluer au tribunal d’arrondissement de Luxembourg (si on n’y comprend les juges statuant en matière de divorce, de mesures provisoires et accessoires en la matière) les postes de juges aux affaires familiales, suite aux compétences nouvelles relatives à la personne et aux biens des mineurs au Titre IX à deux, éventuellement trois en dehors de ceux nécessités pour statuer sur les obligations alimentaires actuellement du ressort du juge de paix. On peut évaluer les juges de paix traitant actuellement de ces obligations alimentaires qui relèveraient du juge aux affaires familiales de un à deux à Luxembourg, d’un à Esch/Alzette. L’article 302 du Code civil resterait de la compétence du tribunal de la jeunesse, des affaires familiales et des tutelles sauf qu’il y aurait lieu de prévoir un juge aux affaires familiales, le nombre de juges de la jeunesse diminuant en conséquence. Il y a dans ce contexte également lieu de tenir compte que les juges de ce tribunal se suppléent mutuellement. Le tableau des magistrats subirait donc sous les réserves qui s’imposent les modifications suivantes:

- Justice de Paix de Luxembourg: - 1 à 2 titulaires
- Justice de Paix d’Esch/Alzette: - 1 titulaire
- Tribunal de la Jeunesse aux affaires familiales et des tutelles:
 - 1 juge directeur de la jeunesse et des tutelles
 - 1 juge de la jeunesse
 - 2 + 2 ou 1 + 1 = 5 (4) juges aux affaires familiales
 - 1 juge des tutelles pour mineurs (Livre I Titre X du Code civil)
 - 1 juge des tutelles pour majeurs

22 p. 5 sous V. De l’Intervention du juge des tutelles – p. 6 jusqu’à l’avant-dernier alinéa

23 pages 2, 4 premiers alinéas sous 3

24 page 7 Cumul des questions de pension alimentaire et du droit à entretenir des relations personnelles (article 372 du Code civil)

à envisager un juge des tutelles supplémentaire, les tâches des deux juges des tutelles progressant continuellement.

En général ces chiffres relatifs aux juges aux affaires familiales ne constituent que des minima de même que la diminution des juges de paix envisagée peut être problématique au regard de la progression constante des affaires dans les différents domaines concernés.

Quant à la Cour d'appel, il est renvoyé d'abord aux observations jointes du 20 décembre 2007 de conseillers à la Cour d'appel visées dans l'introduction du présent avis sous 9).

Au vu de ces observations et au vu du nombre d'affaires nouvelles dont la Cour sera saisie, si les compétences prévisées du juge aux affaires familiales, telles que prévues dans le projet de loi, seraient retenues ainsi qu'au vu des appels en matière d'administration légale et de tutelle (Titre X du Livre Ier du Code civil) une chambre serait à créer (président de chambre, premier conseiller, conseiller) qui porterait la dénomination de chambre de la jeunesse, aux affaires familiales et des tutelles de la Cour d'appel. Dans ce contexte il y aurait lieu d'examiner l'incidence de la réforme sur la diminution du nombre d'appels des tribunaux d'arrondissement en matière notamment d'obligations et de pensions alimentaires. Le soussigné entend à ce sujet relever qu'à son avis la réforme gagnerait en homogénéité, si la réforme du divorce avec les changements de compétence tels qu'en France serait votée en même temps.

Commentaires relatifs au Titre IX Chapitre Ier Section IV

Il est proposé de donner à la Section IV l'intitulé suivant: De l'intervention du juge aux affaires familiales. Une question générale se pose, c'est celle de savoir si cette Section IV traitant de compétence de procédure ne devrait pas ranger au Nouveau Code de procédure civile et ne viser que le Titre IX.

L'article 377 du Projet de loi correspondant à l'article 373-2-6 du Code civil français sauf les alinéas 2 et 5 ajoutés qui sont approuvés, ne donne pas lieu à commentaire, sauf qu'à l'alinéa 1er il y a lieu de biffer, comme prédit, la référence au Titre X.

Contrairement à l'avis du parquet de Luxembourg, il n'y a pas lieu de biffer „notamment“ à l'alinéa 4, alors qu'il ne vise en particulier qu'une des mesures de l'alinéa 3 permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun des parents.

L'article 378 du projet de loi correspondant à l'article 373-2-7 ne donne pas lieu à commentaire.

L'article 378-1 du projet de loi correspondant à l'article 373-2-8 du Code civil français soulève le problème des personnes ayant qualité pour agir en la matière y visée, c'est-à-dire pour voir statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Ne sont visés que les parents et le ministère public. Si le but de l'autorité parentale conjointe consiste à assurer l'intérêt de l'enfant en lui permettant pour son bien-être des liens non conflictuels avec les père et mère, cette réforme comporte cependant le risque d'une multiplication des litiges entre parents relativement à l'enfant.

A ce sujet, même l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand, pourtant favorable à l'autorité parentale conjointe, a émis en son avis sur le projet de loi portant réforme du divorce ses appréhensions sur un accroissement des litiges que serait susceptible d'engendrer la réforme sur l'autorité parentale conjointe.²⁵

C'est pour éviter la multiplication des litiges que le législateur français, que les auteurs du projet de loi sous examen entendent suivre sur ce point, limite la qualité d'agir de deux façons:

- 1) seules les personnes que la loi désigne ont qualité pour agir²⁶,
- 2) ces personnes qui peuvent agir directement sont limitées aux parents et au ministère public²⁷.

Le ministère public joue un rôle d'intermédiaire en ce qu'il peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

Ce pouvoir du ministère public est considéré comme exorbitant et critiqué en certains avis.

Ainsi le Président du tribunal d'arrondissement de Diekirch estime qu'

²⁵ Projet de loi No 5155⁶ p. 4, 6 derniers alinéas

²⁶ Enc. Dalloz Répertoire de Procédure civile v° Autorité parentale Nos 65 et suivants

²⁷ à l'article 302 alinéa 2 du Code civil figurent les mêmes

„Il n'est pas opportun que le Ministère Public devienne juge de l'opportunité de la mise en oeuvre ou non d'une instance devant le juge des tutelles (juge aux affaires familiales), car l'intervention de l'Etat dans la vie familiale doit rester l'exception“.²⁸

Le Procureur d'Etat de Diekirch s'exprime dans un sens analogue en exposant en son avis:

„L'article 378-1 introduit un droit d'action élargi au ministère public, pouvant même être saisi par un tiers.

Cette disposition est certes contenue au modèle français. D'après le commentaire des articles „la saisine du juge par le ministère public semble utile en cas de carence des parents“.

Cette seule constatation n'est pas convaincante. En effet l'intervention de l'Etat dans la vie des familles doit rester exceptionnelle. Or, la disposition générale se réfère à la notion de carence, ce qui veut dire absence d'agir. Or, les parents peuvent avoir de bonnes raisons pour s'abstenir d'agir.

*La mise en oeuvre pratique de la disposition peut s'avérer très hasardeuse. La proposition franchit encore un pas de plus en faisant du ministère public l'avocat de tiers ce qui paraît exagérer le rôle du ministère public et ce qui, au niveau de l'exécution des décisions (p. ex. contribution à l'entretien) comporte des problèmes non abordés et résolus du projet“.*²⁹

A relever toutefois que contrairement à l'avis du Procureur d'Etat cité la matière de l'autorité parentale est communicable aux termes de l'article 183 du Nouveau Code de procédure civile tel que modifié par la loi du 25 juin 2004, alors qu'elle est d'ordre public et forme un des éléments de l'état des personnes³⁰.

Finalelement Monsieur le Juge de Paix Directeur de Diekirch formule des critiques semblables quant à l'étendue des pouvoirs du ministère public en le considérant dans le cadre du contexte en question du projet de loi en particulier comme une restriction indue du libre accès à la justice.³¹

Le soussigné estime que la finalité de l'autorité parentale conjointe étant de garantir l'intérêt de l'enfant, le ministère public en agissant en justice devant le juge des affaires familiales devrait avoir pour objectif essentiel cette finalité

Il y a lieu cependant de revenir en général sur la problématique que soulève le texte français quant à la limitation des personnes ayant légalement qualité pour agir. La jurisprudence et la doctrine françaises ne semblent pas s'en tenir à cette limitation très restrictive et semblent adopter une attitude plus large à cet égard.³²

Le soussigné entend à cet égard, sans entendre formuler de propositions, soulever certaines questions:

- a) Ne pourrait-on pas envisager un droit d'agir sous certaines conditions et dans certaines limites aux membres de la famille en ligne directe et à ceux en ligne collatérale du second degré seulement, en clair aux ascendants et frères et soeurs?³³
- b) N'y aurait-il pas lieu d'accorder un droit d'action à certains tiers ayant eu ou ayant des attaches avec l'enfant manifestement dans l'intérêt de l'enfant sous certaines conditions et dans certaines limites strictes ainsi ceux auxquels l'enfant a été confié sur une période prolongée ou est confié en conformité en particulier des dispositions figurant sous la Section V du Chapitre Ier du Titre IX.³⁴
- c) Quant à l'enfant mineur, la doctrine française semble reconnaître, à la suite de la loi de 2002, à l'enfant mineur dans certains cas qualité pour agir.³⁵

L'article 388-1 du Code civil, interprétant restrictivement l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, permet à l'enfant mineur capable de discernement d'être entendu dans toute procé-

²⁸ avis dernière page

²⁹ avis p. 4 premiers alinéas

³⁰ Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale No 31 et suivants

³¹ Avis point 3 dernière page

³² Enc. Dalloz Répertoire de Droit civil v° Autorité parentale Nos 65 à 72

³³ Dalloz précité Nos 67-68

³⁴ Dalloz précité No 69

³⁵ Dalloz précité No 70

dure suivant les règles figurant à cet article du Code civil et à l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile.³⁶

L'article 388-1, tel qu'introduit par la loi du 20 décembre 1993, disposait, dans son paragraphe 4, que „*lorsque dans une instance concernant un mineur les intérêts de celui-ci apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, un administrateur ad hoc lui est désigné par le juge saisi de l'instance ou par le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3*“.

Ce texte a été proposé par le Conseil d'Etat³⁷, qui l'a repris du droit français, où il figure toujours³⁸.

Son objet³⁹ est de permettre au mineur, qui est, en principe, incapable d'agir lui-même en justice, mais ne peut, s'il peut agir, le faire qu'en étant représenté par ses représentants légaux, de se faire représenter, pour agir, par un représentant indépendant dans les cas où il y a opposition d'intérêts par rapport à ses représentants légaux. Il y a controverse en France sur la question de savoir si le texte suppose à titre de condition que le mineur soit partie à un litige et qu'il ait besoin d'être représenté ou s'il permet au mineur de devenir partie, et de se faire alors représenter par un administrateur ad hoc, dès lors qu'il se trouve en opposition d'intérêt avec ses représentants légaux⁴⁰.

Toujours est-il que le texte concerne l'action en justice par un mineur. Il se distingue ainsi du simple droit d'être entendu, consacré par l'article 388-1 actuel du Code civil, dans le cadre duquel il n'acquiert précisément pas la qualité de partie.

Le texte a donc un objet totalement différent du simple droit d'être entendu en justice.

Dans le cadre du projet de loi No 4081, ayant donné lieu à la loi du 27 juillet 1997 ayant modifié l'article 388-1 en question, le Commission juridique de la Chambre des Députés a proposé, dans le cadre d'un amendement transmis en date du 10 juin 1997 au Président du Conseil d'Etat, de remplacer l'article 388-1 par un texte qui ne contient plus la disposition en question⁴¹. Dans le commentaire de cet amendement, il n'est fait aucune observation spécifique sur l'abandon de cette disposition.

Le Conseil d'Etat, dans son avis y relatif, du 24 juin 1997, fait certaines observations sur cet amendement et propose certaines modifications de texte, ainsi que l'introduction au Code de procédure civile d'un article 881-15 tenant spécifiquement compte des aspects procéduraux de l'audition de l'enfant en justice⁴². En revanche, il ne donne pas non plus le moindre commentaire sur l'abandon de la disposition en question.

L'on cherchera enfin en vain de tels commentaires dans le rapport de la commission juridique⁴³.

Bref, la disposition a été abrogée sans explication ni commentaire.

Le droit luxembourgeois se trouve ainsi en contradiction avec le droit français, qui prévoit toujours, dans son article 388-2 du Code civil, figurant au chapitre du Code civil traitant de la minorité, de la disposition en question. Le droit français comporte de même, à l'article 389-3 du Code civil, à la section traitant de l'administration légale, une disposition similaire, une telle disposition figurant également à notre article 389-3. Cette dernière disposition est spécifique à la question de l'administration légale des biens des enfants. Elle ne paraît donc pas remplacer le texte plus général qui était initialement prévu dans notre article 388-1, et qui existe toujours en droit français.

Le législateur paraît donc, par inadvertance, avoir abrogé un texte qui aurait toutefois eu une utilité certaine et qu'il faudrait réintroduire en précisant la portée.

En conclusion, le soussigné estime que le mineur capable de discernement a qualité pour agir dans des cas, circonstances et conditions à définir avec précision ou lorsque ses intérêts apparaissent en opposition avec ceux de ses père et mère ou ceux exerçant l'autorité parentale à son égard.

Il est suggéré, pour éviter tout abus, que le mineur devrait adresser une demande sans formalité soit au ministère public, soit au juge aux affaires familiales aux fins d'agir (ou d'intervenir à une action).

³⁶ Loi 27 juillet 1997

³⁷ Doc. parl. No 3608¹, page 10

³⁸ Article 388-2 du Code civil français

³⁹ JCL Civil, Art. 388-1 à 388-2, en annexe

⁴⁰ Idem, No 79

⁴¹ Doc. parl. No 4081⁶

⁴² Doc. parl. No 4081⁷

⁴³ Doc. parl. No 4081¹⁰

Le ministère public devrait soumettre toute demande, qui lui paraît susceptible d'être raisonnablement déclarée recevable et fondée au juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales saisi lui-même ou saisi par le ministère public pourrait faire droit à la demande aux fins d'agir (ou d'intervenir à une action), sur conclusions du ministère public, et désigner en conséquence un administrateur ad hoc. Le ministère public, saisi d'une demande d'un mineur, resterait toujours libre d'agir lui-même soit devant le juge des affaires familiales, soit devant le juge de la jeunesse si les conditions de la compétence de celui-ci sont remplies.

La décision prévisée du juge aux affaires familiales ne serait pas susceptible d'un recours, le mineur pouvant toutefois réitérer sa demande sans délai ou après un délai à fixer par le législateur.

Il semble au soussigné que ce mécanisme souple serait dans l'intérêt du mineur tout en évitant des abus.

Le mineur devrait bénéficier du droit de l'assistance judiciaire dont les modalités seraient à fixer par la loi ou par règlement grand-ducal.

L'enfant majeur a qualité pour agir en obtention d'aliments sans être représenté.⁴⁴

L'article 378-2 sur la résidence de l'enfant correspond à l'article 373-2-9 du Code civil français sauf qu'en droit luxembourgeois (d'après le projet de loi) la résidence alternée prévue à l'article 378-2 du projet de loi n'est possible qu'en cas d'accord des parents, en cas de désaccord le juge fixant la résidence de l'enfant au domicile de l'un des parents.

Le soussigné approuve la solution du projet de loi en se ralliant aux développements de Madame le juge des tutelles de Luxembourg ainsi formulés:

„Il est jugé adéquat que les auteurs du présent projet de loi n'ont pas suivi l'exemple de la réforme française qui prévoit que, même en cas de désaccord entre les parents, le juge peut ordonner une résidence alternée, ne serait-ce qu'à titre provisoire. Depuis lors, des études ont été effectuées en France qui établissent les méfaits qu'un recours généralisé et imposé à la résidence alternée peut avoir sur le bien-être psychologique des enfants, surtout en bas âge.

Il résulte des dossiers relevant actuellement de la compétence du juge des tutelles qu'une résidence alternée est difficilement praticable si les parents ne sont pas persuadés que cette pratique correspond à l'intérêt de leur enfant.“⁴⁵

de même qu'il y a lieu de se rallier à l'observation de la même quant au maintien de la terminologie utilisée dans le texte luxembourgeois de résidence habituelle

„Concernant la terminologie, des auteurs français critiquent l'utilisation du terme de résidence habituelle et préfèrent le terme de „modalités d'hébergement“. Etant donné que la compétence du juge des tutelles est fondée sur la résidence de l'enfant et qu'elle permet de déterminer le parent qui bénéficiera des allocations familiales, il semble préférable de maintenir le terme de résidence habituelle sans que l'on ne doive l'assimiler au parent gardien.“⁴⁶

Si les articles prévisés 377 à 378-2 règlent la compétence *ratione materiae* du juge aux affaires familiales, le projet de loi ne semble pas déterminer la compétence territoriale ou compétence *ratione loci* ainsi que le font remarquer le Président du tribunal d'arrondissement et le Procureur d'Etat de Diekirch en leur avis, ce dernier renvoyant à l'article 1070 du Nouveau Code de procédure civile français⁴⁷.

En l'ouvrage précité Dalloz⁴⁸ la question est traitée sous les numéros 78-80 dont le No 80 est reproduit ci-après:

„80. L'article 1070 prévoit, au premier chef, la compétence du „juge aux affaires familiales du lieu où se trouve la résidence de la famille“. Dans le cas où „les parents [et non plus les époux] vivent séparément“, le texte prévoit la compétence du „juge du lieu de résidence de l'époux avec

44 Trib. Lux. (appel civil) 25 avril 1996, Pas. XXX p. 94; Jurisclasseur Civil Code Art. 203-204 (Notarial Répertoire v° Aliments) Fasc. 10 Obligation parentale d'entretien, I Composantes et caractères, A. Sujets de l'obligation, 2° Créanciers b) Enfants majeurs Nos 19 et ss; Civ. 2e 7 mars 1962, Bull. civ. 1962, II, No 272; M.-J. Gebler L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs poursuivant leurs études, D. 1976, chron. p. 131; J. Hauser L'obligation civile d'entretien des jeunes majeurs in L'enfant, la famille et l'argent, L.G.D.J. 1991, p. 164

45 avis p. 7 al. 1-3

46 avis p. 7 al. 4

47 avis du Procureur d'Etat de Diekirch p. 4 al. 4 et 5

48 Enc. Dalloz Répertoire de procédure civile v° Autorité parentale

lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice commun de l'autorité parentale ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité"; dans les autres cas, la compétence du „juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure“. L'article 1070, alinéa 2, prévoit ensuite l'hypothèse d'une demande conjointe, pour maintenir la règle selon laquelle le juge compétent „est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre“. L'alinéa 3 précise cependant que, „lorsque la demande porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs“, généralisant ainsi la règle qui figurait auparavant dans l'article 1072 relatif aux contentieux de l'après-divorce. Enfin, l'alinéa 4 reprend la règle (art. 1071 ancien) selon laquelle la compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée.“

Il n'est pas sans intérêt de rendre attentif aux solutions retenues par les instruments internationaux ou les règlements communautaires réglant en droit international privé les conflits de juridiction.

A part les Conventions relatives au détournement d'enfant, la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection de l'enfant donne en son article 5 compétence aux autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant.

Le Règlement CE 2201/2003 du 27 novembre 2003⁴⁹ retient en son article 8 comme règle générale de compétence le même critère du lieu de la résidence habituelle de l'enfant en y apportant dans les articles 9 à 15 qui suivent des dérogations.⁵⁰

Le soussigné suggère, en ordre principal, que le législateur luxembourgeois retienne la compétence du lieu de la résidence habituelle de l'enfant, en ordre subsidiaire adopte les règles de compétence préexposées retenues par le législateur français.

L'article 378-3 du projet de loi reprend textuellement l'article 373-2-10 du Code civil qui traite de la conciliation, mais surtout de la médiation.

Deux remarques s'imposent à ce sujet:

- a) Comme le juge aux affaires familiales peut désigner un médiateur, il importe qu'il puisse désigner un médiateur spécialisé en matière familiale. Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg fait observer en son avis relatif au projet de loi portant réforme du divorce⁵¹ sous Art. 246 que „N'est pas non plus réglée la question des personnes habilitées à faire une telle médiation et de leurs qualifications professionnelles“. Il serait donc indiqué de prévoir que la loi ou un règlement grand-ducal édicte les conditions de formation et autres que doit remplir le candidat médiateur pour être admis et que la loi ou le règlement organise à ces fins une procédure d'agrément, le juge ne pouvant désigner que des médiateurs agréés.
- b) Le soussigné suggère de suivre la proposition formulée dans l'avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg sur le projet de loi portant réforme du divorce⁵² tendant à introduire pour les motifs développés dans l'avis dans le Nouveau Code de procédure civile les articles 131.1 à 131.15 traitant de la médiation figurant dans le Nouveau Code de procédure civile français qui s'appliqueraient dans le cas de l'article 378-3 alinéa 2 du projet de loi sous examen.⁵³

L'article 378-4 du projet de loi correspond à l'article 373-2-11 du Code civil français, la juge des tutelles de Luxembourg observant à raison en son avis que la liste figurant à l'article 378-4 n'est pas exhaustive et que le juge peut prendre en considération d'autres éléments.

L'article 378-5 du projet loi correspondant à l'article 373-2-12 du Code civil français traite de l'enquête sociale. Cette disposition est critiquée tant par Madame le juge des tutelles que par Madame le substitut du parquet de Luxembourg en ce que le projet de loi prévoit la possibilité, sur demande d'une partie, d'une contre-enquête. Ces critiques méritent d'être reproduites in extenso.

⁴⁹ Bruxelles IIbis

⁵⁰ voir aussi article 20 de la loi relative à la protection de la jeunesse du 10 août 1992

⁵¹ No 5155¹ p. 8

⁵² No 5155¹ p. 8 sous Article 246

⁵³ voir aussi directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

Avis du juge des tutelles, page 7 alinéa final:

„L'article 378-5 prévoit la possibilité d'ordonner une enquête sociale. Etant donné qu'au Luxembourg les enquêtes sociales sont réalisées par le Service Central d'Assistance Sociale, contrairement à la France où les enquêtes sont réalisées par des associations privées, la réalisation d'une contre-enquête est difficilement réalisable dans la mesure où elle serait réalisée par le même service. Il semble que ce texte ait été copié sur le texte français sans tenir compte de la spécificité nationale liée à l'organisme qui réalise la mesure d'instruction. Il serait dès lors indiqué de supprimer le renvoi à la contre-enquête pour éviter des recours abusifs de la part d'un des parents à cette mesure d'instruction qui finalement serait réalisée par le même service. A noter que l'alinéa 5 de l'article 378-4 serait également à modifier en ce sens.“

Avis du substitut, page 3 point 3:

„L'article 378-5 énonce que si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

Cette possibilité prévue par le projet de loi va sûrement être la source de problèmes pratiques, alors que la question se posera qui devra élaborer les enquêtes et surtout les contre-enquêtes? Déjà à l'heure actuelle, le service SCAS, chargé de réaliser les enquêtes sociales, ne parvient pas toujours à effectuer dans des délais imposés, les enquêtes sociales qui lui sont confiées, faute de combattants.

Par ailleurs, j'estime qu'une contre-enquête en matière de la responsabilité parentale est superflue. Il y aura toujours un parent qui se sentira traité de manière injuste et arbitraire. Or, c'est tout de même le juge des tutelles qui a ordonné l'enquête et en conséquence, il s'agit donc d'une enquête qui préserve le principe du contradictoire et de l'égalité de tous devant la loi.“

La question ainsi soulevée est très délicate. Il est d'abord manifeste que si le service du SCAS a procédé à une enquête sociale, aucun de ses membres ne saura procéder à une contre-enquête.

Il faudrait donc comme pour les médiateurs agréer des enquêteurs sociaux présentant les qualifications professionnelles requises. Il y a lieu de redouter qu'en cas de contre-enquête, l'enquêteur social en charge cherchera surtout à relever les points présumés faibles et sujets à critique de l'enquête principale, ce qui d'une part engendrera de la frustration chez le SCAS, organe fournissant en matière d'enquêtes sociales un travail de qualité et soulèvera la question d'une troisième enquête pour départager les précédentes tant certaines parties que certains avocats raffolant d'attiser continuellement des querelles souvent mesquines et de faire traîner les procès en longueur, ce qui n'est certainement pas dans l'intérêt du mineur.

En dehors d'une contre-enquête il y a toujours moyen de demander sur des points de l'enquête contestée un complément d'enquête et dans des cas délicats souvent une expertise s'impose notamment sur une question d'ordre médicale ou psychique.

Le débat contradictoire exige-t-il en la matière la possibilité légale d'une contre-enquête?⁵⁴

Quant au respect du contradictoire en rapport avec l'enquête sociale voir Enc. Dalloz Répertoire de procédure civile, v° Autorité parentale

No 82 *De façon générale, il est demandé au juge aux affaires familiales pour toutes les questions qui lui sont soumises, de veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ...*

No 97 *Respect du contradictoire Le principe du contradictoire ne s'impose pas à l'enquêteur mais se manifeste cependant sous une forme atténuée, par la nécessité de communiquer les résultats de l'enquête aux parties et la possibilité qu'elles ont de demander une contre-enquête;*

No 99 *Demande de contre-enquête ... La contre-enquête n'est pas obligatoire. Mais si le juge ne fait pas droit à cette demande de contre-enquête, il doit cependant répondre aux conclusions du parent qui l'a réclamée.⁵⁵*

En conclusion, le législateur se déterminera par rapport à la question soulevée en décidant ce qu'en droit il appartiendra.

⁵⁴ voir art. 23 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse

⁵⁵ Cass. 1er civ. 6 février 1996 D. 1996, 621, note Massip

L'article 378-6 du projet de loi correspondant à l'article 373-2-13 du Code civil français ne donne pas lieu à observations, sauf qu'il est renvoyé quant aux personnes ayant qualité pour agir aux développements ci-avant sous l'article 378-1 du projet de loi.

Pour finir, le soussigné estime indiqué de formuler plusieurs observations sur la procédure à prévoir devant le juge aux affaires familiales, en insistant plus particulièrement à ce que la procédure soit simple et unique, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'éviter une multiplication de procédures.

Pour éviter qu'elle engendre des problèmes aboutissant à des incidents retardant son cours, il y a lieu de s'inspirer de procédures existantes qui ont fait leurs preuves.

Les auteurs du projet de loi attribuant compétence au juge des tutelles prévoient la procédure devant le juge des tutelles, réglée aux articles 1047 et suivants du Code de procédure civile à part les actions relativement à la délégation et au retrait de l'autorité parentale, ces actions ne donnant pas lieu à observation.

Le soussigné estime que la procédure **en première instance** pourrait, sous réserve des modifications qui s'imposent au vu de la matière, tel le droit d'agir du ministère public, s'inspirer des articles 1 et 9 du règlement grand-ducal du 31 juillet 1979 déterminant la procédure à suivre devant le tribunal de la jeunesse, lorsqu'il est saisi en application de l'article 302, alinéa 2 du Code civil.

La procédure d'appel pourrait s'inspirer des articles 1049 et 1050 du Nouveau Code de procédure civile.

La procédure, tant en première instance qu'en instance d'appel, devrait se caractériser par ce qui suit:

- 1) Les audiences ne sont pas publiques, seule la décision est rendue en audience publique (à modifier à cet égard l'article 4 du règlement et prévoir la non-publicité des audiences en instance d'appel).
- 2) La procédure de l'instruction et des débats est sommaire, c'est-à-dire sans formalités (ex.: pas de conclusions) et orale. Les parties peuvent évidemment verser en cours de débat des notes de plaidoiries de leur initiative ou le cas échéant à la demande de la juridiction, en particulier si une question épineuse en droit ou en fait est soulevée ou se pose.
- 3) Il n'y a en principe pas de signification par voie d'huissier, mais seulement des notifications par la voie du greffe, qui valent convocation et font courir les délais de recours, sauf en matière de cassation.
- 4) Les juridictions peuvent, même d'office, ordonner l'exécution provisoire de leurs décisions.

La dernière question qui se pose est celle s'il y a lieu de prévoir une procédure de référé telle qu'en France.

A ce sujet, le soussigné estime qu'il y a lieu d'éviter une multiplication de procédures susceptibles, à part les autres inconvénients, d'aboutir à des décisions contradictoires. Il serait plus utile de prévoir, en cas d'urgence, à apprécier par le juge, une convocation à bref délai.

Le Procureur Général d'Etat,
Jean-Pierre KLOPP

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

I. Considérations générales

Le présent projet de loi a pour objectif d'instaurer un droit commun de l'autorité parentale en harmonisant les règles relatives à son exercice indépendamment du statut des parents.

La nécessité d'une réforme de ces règles s'impose en raison de l'évolution des modes de vie, notamment multiplication des naissances hors mariage et l'existence d'un nombre de plus en plus important d'enfants vivant dans des familles recomposées, ainsi que de la volonté d'assurer l'égalité tant entre tous les enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents, qu'entre les parents eux-mêmes. En effet, les règles actuelles de l'exercice de l'autorité parentale ont été organisées à partir du modèle de la famille parentale légitime, unie et mononucléaire. Or, au fil du temps, les principes d'égalité ont été consacrés dans de nombreuses conventions internationales et rappelés par la Cour européenne des droits de l'homme. Sans oublier que, par un arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle le 26 mars 1999, l'article 380, alinéa 1er, 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 au principe d'égalité entre hommes et femmes consacré à l'article 11(2) de la Constitution.

Les auteurs de ce projet ont choisi de remplacer les termes „autorité parentale“ par ceux de „responsabilité parentale“. Ils ont ainsi voulu tenir compte de l'influence croissante du droit communautaire dans le domaine du droit de famille qui utilise le terme de „responsabilité parentale“.

Il convient tout d'abord de relever que la convention européenne visée traite de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions rendues en cette matière et ne porte aucune uniformisation des lois nationales relatives à l'autorité parentale qui gardent leur propre terminologie.

Etant donné que le présent projet est dans une large mesure inspiré des réformes intervenues en France, ses auteurs indiquent dans le commentaire des articles que le texte français a maintenu le terme d'autorité parentale, au motif que la réforme date de 2002 et que l'entrée en vigueur du règlement du Conseil du 27 novembre 2003 (Bruxelles IIbis) est postérieure. Or, il résulte des travaux préparatoires de la loi française que cette explication n'est pas exacte.

En effet, lors des travaux préparatoires de la réforme de la législation française en 2002, une commission composée d'universitaires, de magistrats, d'avocats, d'un notaire et d'un psychanalyste a été mise en place par le Ministre de la Justice (Commission DEKEUWER-DEFOSSEZ) avec la mission de déposer un rapport contenant des propositions de réformes. A l'époque, certains ont critiqué le terme d'autorité parentale pour être une connotation autoritaire et pour mettre l'accent sur les droits des parents en faisant abstraction de leurs devoirs et responsabilité.

D'autres ont entendu aligner le droit national sur les conventions internationales telles que la convention internationale des droits de l'enfant.

Cette Commission était cependant d'avis qu'il était préférable de conserver le terme d'autorité parentale, au motif „qu'il traduirait mieux le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents“. Elle a également estimé que le terme de responsabilité était particulièrement ambigu, étant donné qu'en droit, il avait des significations très précises, responsabilité civile et pénale, mais aussi que, dans le langage courant, il a de très fortes connotations telles que contentieux, dommage, préjudice. Afin que les parents mènent à bien la mission qui leur est donnée, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité, mais il convient d'insister sur les pouvoirs qui leurs appartiennent pour y arriver: il y a responsabilité parce qu'il y a autorité.

Souvent les dossiers qui sont soumis aux juges et notamment au juge de la jeunesse montrent qu'il est important de réaffirmer cette autorité, surtout à l'égard des parents eux-mêmes.

II. De la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant

L'article 371, alinéa 1, du code civil selon lequel l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère est maintenu. Lors de la réforme française, certains auteurs l'ont jugé archaïque et ont souhaité le voir supprimer, d'autres ont souhaité une réciprocité d'honneur et de respect entre parents et enfants. Or, cet alinéa a été maintenu pour les mêmes raisons que celles qui ont justifié le maintien du terme d'autorité parentale, à savoir la nécessité d'affirmer l'autorité des parents.

Comme le présent projet de loi a pour objectif de mieux reconnaître les droits de l'enfant (enfant associé à la prise de décisions le concernant en fonction de son âge et de son degré de maturité ou droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants ou des tiers tels qu'un beau-parent ou une demie-fratrie), il est également important de souligner que comme toute personne juridique, l'enfant n'a pas que des droits, mais aussi des obligations, dans un premier plan à l'égard de ses parents.

Le nouvel article 372 du code civil donne une définition de la responsabilité parentale. Il s'agit de la même définition qui figure dans le règlement européen.

A noter que le texte français reprend l'essentiel de cette définition, mais y apporte une précision qui me semble importante. L'alinéa 2 ajoute, en effet, que l'autorité appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant (idem article 371, alinéa 2, du nouveau code civil luxembourgeois) pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Compte tenu du fait que la notion de l'intérêt de l'enfant est une notion vague, il est opportun de préciser la mission que le législateur entend donner aux parents dans le texte de loi. Le cas échéant, l'alinéa 2 de l'article 371 devrait figurer avec la précision précitée comme alinéa 2 dans l'article 372.

L'article 372 dispose encore que la responsabilité parentale comprend le droit de garde et de visite. Les auteurs du projet de loi ont estimé qu'il était préférable de s'aligner sur les dispositions contenues dans les législations européennes et internationales plutôt que de suivre l'exemple de la France qui ne fait plus référence à la notion de garde.

Dans la mesure où le projet de loi a pour objectif de mettre sur un pied d'égalité le père et la mère, il peut paraître paradoxal de dire que la responsabilité ou l'autorité parentale est commune tout en renvoyant aux notions de droit de garde et de visite qui, dans la pratique, appartiendront soit à l'un soit à l'autre parent.

En effet, l'exercice en commun de l'autorité parentale implique non seulement un droit de visite et un droit de garde, mais aussi un devoir de garde de l'un et l'autre parent. Ce n'est que par abus de langage que l'on parle encore de droit de visite et d'hébergement.

Lors des formations à l'Ecole Nationale de la Magistrature auxquelles j'ai assistées, les titulaires ont insisté sur la nécessité de ne plus utiliser ces termes qui devraient être remplacés par celui de „modalités d'hébergement ou droit à entretenir des relations personnelles“. Il ressort encore des cas actuellement soumis au juge des tutelles dans le cadre de l'article 380 du code civil que l'utilisation des termes de droit de garde et de visite risque d'être mal interprétée par les particuliers qui entendent ainsi réintroduire une hiérarchie entre le parent qui exerce la garde de l'enfant et celui qui n'exerce qu'un simple droit de visite. En supprimant ce renvoi, aucun des parents n'aura le sentiment d'avoir la garde de l'enfant au détriment de l'autre parent.

Le renvoi aux termes de droit de garde et de visite peut également paraître superfétatoire, étant donné que les articles relatifs à l'intervention du juge des tutelles ne précisent pas qu'il doit statuer sur le droit de garde et de visite. Le juge sera amené à statuer sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale.

En introduisant l'alinéa 3 dans l'article 372, les auteurs du projet de loi ont entendu répondre à l'obligation formulée à l'égard des Etats contractants par la convention internationale des droits de l'enfant. Dans la mesure où un enfant capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant, il a été jugé utile de consacrer ce principe au sein de la famille elle-même.

Le nouvel article 372-1 consacre expressément l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants quelque soit leur statut juridique. Jusqu'à l'heure actuelle, cette obligation alimentaire n'était pas réglementée pour les enfants naturels.

Les nouvelles dispositions de l'article 374 constituent une reformulation des anciennes dispositions à partir de l'enfant. Les anciennes dispositions sont formulées de façon à la fois négative et ambiguë. Les droits accordés aux grands-parents apparaissent comme des droits qui s'imposeraient aux parents et ceux accordés aux tiers comme des restrictions aux pouvoirs des père et mère.

Est ainsi affirmé le droit propre de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants qui ne peut être mis en échec que par l'intérêt de l'enfant. L'accent est mis sur le droit de l'enfant et il ne s'agit dès lors plus d'un droit des grands-parents qu'ils exercent contre les père et mère.

Concernant les relations entre l'enfant et le tiers, les nouvelles dispositions n'obligent plus ce dernier à établir des circonstances exceptionnelles pour pouvoir maintenir une relation avec l'enfant. Elles ne

limitent plus les droits des tiers à un simple droit de correspondance ou de visite. Le seul critère à prendre en considération est l'intérêt de l'enfant.

III. Des principes généraux de l'exercice de la responsabilité parentale

Le nouvel article 375 relatif à la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale généralise l'exercice en commun de l'autorité parentale.

La seule exception légale vise le cas de l'enfant qui n'a pas sa filiation établie à l'égard de ses deux parents endéans un délai d'un an ou dont la filiation a dû être établie judiciairement.

Dans les deux cas, il est estimé qu'un établissement tardif ou forcé du lien de filiation peut traduire un intérêt limité du parent envers son enfant et on peut légitimement se poser la question pour quelle raison ce parent devrait automatiquement exercer l'autorité parentale à son égard par le simple fait de la reconnaissance.

En tout état de cause, dans ces deux hypothèses, un exercice commun de l'autorité parentale est envisageable lorsque les parents en font la déclaration devant le juge des tutelles ou en cas de décision judiciaire à intervenir à la requête d'un des parents.

Les nouvelles dispositions de l'article 375-2 sont rédigées en des termes plus généraux. Hormis l'incapacité et l'absence, la perte de l'exercice de l'autorité parentale intervient pour „toute autre cause“, notion laissée à l'appréciation du juge. La suppression de l'hypothèse de l'éloignement montre la volonté du législateur de généraliser l'exercice en commun de l'autorité parentale, même si les parents résident à des endroits éloignés l'un de l'autre.

IV. De l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés

Les nouvelles dispositions de l'article 376 affirment l'exercice en commun de l'autorité parentale malgré la séparation des parents. Il est souhaité que le couple parental survive au couple conjugal. L'article rappelle le devoir de chacun des parents de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et de respecter les liens de ce dernier avec l'autre parent. Ce rappel répond aux exigences de la convention internationale des droits de l'enfant. Il arrive souvent qu'en cas de séparation des parents, l'un d'entre eux se retire de la vie de l'enfant et n'ait plus qu'un contact sporadique avec celui-ci. Il est dès lors opportun d'inscrire le devoir pour chacun des parents de maintenir des relations personnelles avec son enfant dans la loi, même s'il n'est pas assorti de sanction en cas de non-respect.

La traduction concrète de l'obligation imposée à un parent de respecter les liens de l'autre parent avec l'enfant est de l'informer au préalable en cas de changement de résidence susceptible de modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. La pratique montre que les décisions de déménagements à l'étranger prises par un parent seul sont des situations qui peuvent avoir des conséquences traumatisantes pour l'enfant tant pendant la période pendant laquelle le déménagement est planifié que par la suite. Il est dès lors important d'affirmer cette obligation dans la loi pour éviter des situations qui risquent d'être mal vécues par l'enfant. Le respect de cette obligation a l'avantage d'éviter un éventuel conflit de juridiction et le recours à la procédure judiciaire instituée par les conventions internationales en cas de déplacement illicite d'un enfant.

Il existe des situations dans lesquelles l'intérêt de l'enfant recommande un exercice exclusif de l'autorité parentale. Il est dès lors important que cette possibilité soit maintenue dans la nouvelle loi. L'article 376-1 reprend les anciennes règles concernant le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent qui ne peut être supprimé que pour motifs graves. Ce parent conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Une précision y est ajoutée, qui est jugée opportune, à savoir l'obligation pour le parent qui exerce l'autorité parentale d'informer l'autre parent des choix importants relatifs à la vie de l'enfant. La pratique actuelle montre que souvent le parent, qui exerce seul l'autorité parentale, ne transmet plus d'informations à l'autre parent sur les décisions importantes concernant l'enfant pour l'évincer de sa participation à la vie de l'enfant. Ceci a des conséquences inévitables sur la relation que l'enfant entretient avec ce parent.

Etant donné que le nouvel article 376 est censé viser la séparation de tous les parents, mariés ou non, il faut que le projet de loi portant réforme du divorce soit reformulé pour tenir compte des nouvelles dispositions instituant l'exercice en commun de l'autorité parentale en règle générale.

V. De l'intervention du juge des tutelles

Le nouvel article 377 donne compétence générale au juge des tutelles pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre des titres IX et X du livre Ier, sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation.

Actuellement, cette compétence est limitée aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite et d'hébergement à l'égard d'un enfant naturel.

Dorénavant, le juge des tutelles aura à connaître des demandes basées sur l'article 302 du code civil, celles en paiement d'une pension alimentaire pour les enfants nés hors mariage ainsi qu'en révision des pensions alimentaires fixées par le tribunal prononçant le divorce.

Afin que les droits des justiciables ne soient pas spoliés, il faudra que cette augmentation de compétences du juge des tutelles aille de pair avec un accroissement du nombre de juges des tutelles. Actuellement, il existe deux juges des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, un pour les mineurs, un pour les majeurs, et un juge des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Diekirch qui gère les tutelles pour mineurs et majeurs.

Les délais de convocation devant le tribunal des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans le cadre de l'article 380 du code civil sont à l'heure actuelle de l'ordre de quatre mois. Il serait regrettable que ce délai ne soit augmenté en raison de cet accroissement de compétences. Il ne faut pas oublier que, dans la majorité des cas, le parent qui réclame un droit de visite et d'hébergement se voit refuser ce droit jusqu'à l'audience où l'affaire paraîtra pour une première fois. De plus, les dossiers relatifs à l'article 380 du code civil concernent souvent des enfants en très bas âge dont les parents n'ont jamais cohabité, respectivement des enfants qui, pendant une longue durée, n'ont pas eu de contact avec l'un de leurs parents. Le contact avec le parent avec lequel ils ne cohabitent pas doit souvent être instauré ou rétabli de façon progressive, impliquant que le dossier ne peut être clôturé à l'issue de la première audience. Souvent, plusieurs audiences sont nécessaires avant de pouvoir mettre en place un système généralisé de droit de visite et d'hébergement, voire un exercice conjoint de l'autorité parentale. Etant donné que, dans l'intérêt de l'enfant, le juge des tutelles cherche avant tout à concilier les parents en essayant de leur prendre conscience de l'importance de leur rôle personnel dans le bon déroulement d'un droit de visite, il serait regrettable que les dossiers ne doivent être bouclés à l'issue d'une seule audience afin de pouvoir faire face aux nombreuses compétences qui lui sont données.

Pour illustrer le nombre d'audiences consacrées à un même dossier, il convient de relever que le nombre de nouveaux dossiers en 2008 est moins élevé que celui en 2007, mais qu'à la date du 15 octobre 2008 le nombre de jugements rendus par le tribunal est le même qu'à la fin de l'année 2007. Quarante jugements viendront probablement s'ajouter à ce nombre.

Le fait de donner compétence à un seul juge pour régler le volet de la pension alimentaire et celui des modalités d'exercice de l'autorité parentale peut être jugé opportun dans la mesure où de toute façon les deux questions sont intimement liées dans la tête de nombreux justiciables. Elle a également l'avantage de clarifier les rapports entre les parents dès leur séparation et d'éviter des situations de chantage entre parents qui tôt ou tard aboutiront devant un juge.

Lors des débats dans le cadre de la fixation du droit de visite et d'hébergement d'un des parents, le juge des tutelles a pu se rendre compte que les justiciables ont des difficultés à comprendre les raisons pour lesquelles ils doivent s'adresser à des juges différents pour régler les conséquences patrimoniales de leur séparation à l'égard de l'enfant et l'aspect du maintien des relations personnelles avec l'enfant. Dans l'une des procédures, leur présence à l'audience est de mise tandis que dans l'autre ils n'ont pas besoin de se présenter et peuvent se faire représenter par un avocat.

Il faudrait également réfléchir à la question si le moment n'est pas venu d'instituer un juge nouveau en droit luxembourgeois en suivant l'exemple de la France, à savoir le juge aux affaires familiales. A ce titre, il est renvoyé à l'avis que Monsieur Roger LINDEN, président de la section divorce du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a rédigé le 8 mars 2004 dans le cadre du projet de loi portant réforme du divorce. Ce projet, qui a été déposé le 15 mai 2003, n'a toujours pas été voté. Comme ce projet ne fait pas de distinction spécifique entre les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond, cet avis soulève la question de la nécessité d'instituer un juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions relevant de l'après-divorce.

Or, comme le présent projet de loi, qui est censé être suivi par un projet de loi sur la filiation dont le dépôt est annoncé pour le premier semestre 2008, entend abolir la distinction entre la filiation légitime et naturelle, la création du juge aux affaires familiales irait dans le même sens et éviterait des contradictions avec le projet de loi sur la réforme du divorce.

Actuellement, le juge des tutelles semble être une sorte de „juge fourre-tout“ dont on entend accroître les compétences tandis que la création du juge aux affaires familiales correspondrait à une vision plus générale d’harmoniser les règles relatives à l’autorité parentale pour tous les enfants quelque soit le statut matrimonial de leurs parents et couvrirait l’ensemble du droit de la famille.

Les nouvelles dispositions des articles 378 et 378-1 prévoient deux modes de saisine du juge des tutelles. En premier lieu, le juge des tutelles pourra être saisi par les parties pour homologuer la convention par laquelle elles organisent les modalités d’exercice de l’autorité parentale et fixent la contribution à l’entretien et à l’éducation de l’enfant, sous réserve que le consentement des parties ait été donné librement et que l’accord préserve l’intérêt de l’enfant. En second lieu, le juge des tutelles pourra être saisi par les parties ou par le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers à l’effet de statuer sur ces deux points.

L’article 378-2 inaugure en ce qu’il introduit la notion de la résidence alternée dans la loi. Celle-ci n’est cependant possible qu’en cas d’accord des parents. En cas de désaccord, le juge des tutelles fixe la résidence de l’enfant au domicile de l’un des parents.

Il est jugé adéquat que les auteurs du présent projet de loi n’ont pas suivi l’exemple de la réforme française qui prévoit que, même en cas de désaccord entre les parents, le juge peut ordonner une résidence alternée, ne serait-ce qu’à titre provisoire. Depuis lors, des études ont été effectuées en France qui établissent les méfaits qu’un recours généralisé et imposé à la résidence alternée peut avoir sur le bien-être psychologique des enfants, surtout en bas âge.

Il résulte des dossiers relevant actuellement de la compétence du juge des tutelles qu’une résidence alternée est difficilement praticable si les parents ne sont pas persuadés que cette pratique correspond au mieux à l’intérêt de leur enfant.

Concernant la terminologie, des auteurs français critiquent l’utilisation du terme de résidence habituelle et préfèrent le terme de „modalités d’hébergement“. Etant donné que la compétence du juge des tutelles est fondée sur la résidence de l’enfant et qu’elle permet de déterminer le parent qui bénéficiera des allocations familiales, il semble préférable de maintenir le terme de résidence habituelle sans que l’on ne doive l’assimiler au parent gardien.

L’article 378-3 introduit la possibilité de la médiation dans la loi. Cet article consacre ainsi la pratique qui s’est instituée en jurisprudence depuis la création des Centres de Médiation Familiale en 2002. Très souvent, le juge des tutelles renseigne les parties sur le fonctionnement de la médiation et les avantages de cette institution, à savoir une possibilité extra-judiciaire d’éliminer leur conflit, de rétablir une relation de confiance et de respect, ainsi que d’élaborer des accords qui tiennent compte des besoins spécifiques de l’enfant et des parents. Dans l’hypothèse où les parties acceptent d’y avoir recours, une médiation familiale est ordonnée par le juge. Dans certains cas, il arrive même que le juge ordonne une telle mesure dans des situations dans lesquelles les parents ne sont pas totalement convaincus par son utilité. Ceci les oblige à se rendre auprès d’un médiateur pour décider en connaissance de cause s’ils souhaitent entamer une médiation ou pas. Le présent texte donne une base légale à la pratique du tribunal.

L’article 378-4 énumère les éléments que le juge doit prendre en considération lorsqu’il doit prendre sa décision. Cette liste n’est pas exhaustive et le juge peut prendre en considération d’autres éléments.

L’article 378-5 prévoit la possibilité d’ordonner une enquête sociale. Etant donné qu’au Luxembourg, les enquêtes sociales sont réalisées par le Service Central d’Assistance Sociale, contrairement à la France où les enquêtes sont réalisées par des associations privées, la réalisation d’une contre-enquête est difficilement réalisable dans la mesure où elle serait réalisée par le même service. Il semble que ce texte ait été copié sur le texte français sans tenir compte de la spécificité nationale liée à l’organisme qui réalise la mesure d’instruction. Il serait dès lors indiqué de supprimer le renvoi à la contre-enquête pour éviter des recours abusifs de la part d’un des parents à cette mesure d’instruction qui finalement serait réalisée par le même service. A noter que l’alinéa 5 de l’article 378-4 serait également à modifier en ce sens.

L'article 378-6 prévoit la possibilité pour les parents ou le ministère public de demander à tout moment que les dispositions contenues dans une convention homologuée soient modifiées ou complétées.

VI. De l'intervention des tiers

Les nouvelles dispositions des articles 379 et 380 innovent en ce qu'elles introduisent la possibilité pour le juge, dans des circonstances exceptionnelles, de confier l'enfant à un tiers si l'intérêt de l'enfant l'exige. Cette possibilité pouvait auparavant être envisagée par le juge saisi d'une demande en divorce ou, par la suite, par le juge de la jeunesse.

Dans des circonstances exceptionnelles, le juge, qui est amené à prendre une décision sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, peut également décider, du vivant même des parents, de ne pas le confier au survivant en cas de décès du parent qui exerce l'autorité parentale en désignant la personne à laquelle l'enfant sera provisoirement confié.

Dans ces deux hypothèses, les père et mère, respectivement l'un d'entre eux, continuent à exercer l'autorité parentale, le tiers auquel est confié l'enfant accomplit tous les actes relatifs à sa surveillance et à son éducation. Le juge pourra décider que le tiers auquel est provisoirement confié l'enfant devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

En droit français, le statut du tiers a été introduit lors de la réforme du droit de la famille en 2002. A l'époque, les auteurs du projet de loi ont envisagé la création d'un statut du beau-parent. Cette idée a cependant été abandonnée par la Commission DEKEUWER-DEFOSSEZ au profit d'un statut plus général du tiers. A noter qu'au courant du mois de juin 2008, un avant-projet de loi relatif au statut du beau-parent a été déposé en France.

Actuellement, il existe des situations dans lesquelles des tiers, surtout des grands-parents, assument l'éducation de leurs petits-enfants sans qu'ils ne disposent de pouvoirs juridiques relatifs à la personne de ceux-ci. Ils doivent, soit saisir le juge des tutelles en vue de l'ouverture d'une tutelle, soit déposer une demande au tribunal d'arrondissement en vue de la délégation de l'autorité parentale.

La pratique montre que les tiers, qui assurent l'éducation de l'enfant, introduisent souvent des procédures de tutelle pour qu'ils puissent accomplir les actes usuels liés à la scolarité de l'enfant et toucher les allocations familiales. Il arrive que le parent, qui exerce l'autorité parentale, s'y oppose, malgré le fait que pendant des années il n'ait pas assuré l'éducation de son enfant. Ce parent ne désire pas perdre l'autorité parentale. Même si la procédure de la délégation parentale ne requiert pas l'office d'un avocat, la requête doit remplir plusieurs conditions, de sorte qu'elle est plus lourde que celle instaurée par le projet de loi. Les nouvelles dispositions constituent une solution plus souple sans dépouiller les parents des droits et devoirs d'autorité parentale. Il s'agit plutôt d'une collaboration entre les parents et le tiers.

Se pose la question de savoir s'il n'est pas opportun de préciser que le tiers, qui se voit confier l'enfant, est en droit de toucher les allocations familiales. Cette précision permettrait d'éviter que la Caisse des allocations familiales refuse le paiement à un tiers, au motif qu'il ne s'agit pas d'une tutelle telle qu'elle l'exige actuellement.

La possibilité donnée au juge de décider du vivant des parents et dans des circonstances exceptionnelles de ne pas confier l'enfant au survivant en cas de décès du parent qui exerce l'autorité parentale vise l'hypothèse du parent mourant qui désire que l'enfant demeure dans son milieu habituel de vie. Etant donné que cette possibilité n'est donnée au juge que dans des situations exceptionnelles et dans l'hypothèse d'un exercice de l'autorité parentale par un seul parent, elle ne peut être utilisée par un des parents pour évincer le survivant de ses droits.

Se pose enfin la question de savoir s'il n'est pas opportun d'élargir les pouvoirs du tiers afin de lui permettre d'accomplir sa mission. Etant donné que ce tiers n'exerce que les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, il risque d'être paralysé en cas de refus ou très souvent de désintérêt de la part des parents. Il serait dès lors opportun d'insérer dans la loi la possibilité pour le juge d'investir, à l'avance ou en cas de difficulté, le tiers du pouvoir d'accomplir tel acte ou telle catégorie d'actes relatifs à la personne de l'enfant.

Dans certains cas, il convient d'aller plus loin et de confier à un tiers l'exercice de l'autorité parentale par le biais de la délégation de l'autorité parentale.

Les articles relatifs à la délégation de l'autorité parentale ont été remaniés afin de tenir compte des nouveaux termes introduits dans la loi. Ainsi, le terme de „garde“ a été remplacé par celui de „droits et obligations de la responsabilité parentale“. Une ajoute a été faite à l'alinéa 1 de l'article 387-3 en ce qu'en cas de partage de l'exercice de la responsabilité parentale avec le tiers délégataire, celui-ci bénéficie à l'égard des tiers de bonne foi, de la présomption d'avoir agi avec l'accord du délégant pour les actes usuels de la responsabilité parentale relativement à la personne de l'enfant.

L'article 387, alinéas 1 et 2, continue d'utiliser le terme de „renoncer“. Or, la pratique montre que parfois les parents ont des réticences lorsqu'ils sont confrontés à des demandes d'ouverture de tutelle parce qu'ils pensent qu'ils abandonnent leur enfant ou qu'ils ont peur que les tiers ne soient de cet avis. Il serait dès lors préférable de remplacer le terme de „renoncer“ par celui de „déléguer“ qui a une connotation moins péjorative. Ceci s'inscrirait dans la perspective des auteurs du projet qui, dans le chapitre IV, ont substitué au terme de „déchéance“, à connotation péjorative, le terme de retrait.

VII. Des cas où il y a lieu soit à l'administration légale, soit à la tutelle

Ces articles ont été remaniés afin de tenir compte du principe général de l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'administration légale pure et simple est devenue le principe. Ainsi, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. A défaut d'accord entre les parents, le juge des tutelles doit autoriser l'acte. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale. L'administrateur légal sous contrôle judiciaire doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

Les autres modifications des dispositions légales n'appellent pas de commentaire particulier.

*

DEPECHE DU PRESIDENT DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(31.10.2008)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

J'ai l'honneur de vous transmettre en annexe l'avis du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch concernant le projet de loi No 5867 sur la responsabilité parentale.

Veillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma très haute considération.

Diekirch, le 31 octobre 2008

Le Président du Tribunal,
Paul KONSBRUCK

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH

A la lecture du projet de loi No 5867 quelques observations d'ordre général s'imposent.

Dans notre société, il est un fait que tout ce qui a trait à „l'autorité“ est décrié comme étant dépassé et obsolète. On l'a vu au niveau scolaire, la tendance actuelle est à la „pédagogie inclusive“ et les spécialistes en la matière bercent les élèves et les parents dans de faux espoirs.

Le projet de loi s'engage dans la même voie en abolissant „l'autorité parentale“ pour la remplacer par le principe de la responsabilité parentale selon lequel il est dans l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, même lorsqu'ils sont divorcés ou séparés, et en voulant harmoniser les conditions d'exercice de la responsabilité parentale.

L'idée fondamentale réside dans le fait que le couple parental, quelque soit son statut, doit survivre au-delà de la dislocation du couple pour assurer l'équilibre affectif et matériel de l'enfant.

La pratique a montré que c'est le conflit entre les parents qui gangrène la situation des enfants et constitue un obstacle à leur épanouissement, peu importe s'ils sont investis de l'autorité parentale ou assument leur responsabilité parentale.

La meilleure formule est et reste celle à laquelle les deux parents adhèrent puisqu'une solution consentie bénéficiera de leur bienveillance alors qu'une solution imposée risque d'être boycottée par l'un ou l'autre.

Il faut se rendre à l'évidence que la coparentalité n'est possible et bénéfique que s'il existe entre parents une entente minimale et si ceux-ci adhèrent à des conceptions semblables concernant l'éducation des enfants.

Le projet de loi s'est largement inspiré de la législation française (loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, modifiée par la loi du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, modifiée par la loi portant création du juge aux affaires familiales (JAF) et celle du 4 mars 2002 concernant l'autorité parentale).

Ce que l'on peut regretter, c'est que l'exposé des motifs n'examine pas les difficultés d'application des différentes lois sur le terrain français.

Quel sera le rôle joué par la Convention de New York du 26 janvier 1990 qui trouve depuis 2005 une application directe devant les juridictions françaises et quelle sera la position à adopter en cas de conflit entre la législation internationale et les dispositions légales internes?

Il incombera au juge (quel juge) de prendre une décision en se laissant guider par l'intérêt de l'enfant qui est parfois difficile à évaluer, compte tenu de la prise en considération de son degré de maturité, de son état psychique et d'autres éléments.

La cerise sur le gâteau dans le projet de loi vise à centraliser le contentieux relatif à la responsabilité parentale entre les mains du juge des tutelles sans même avoir envisagé la mise en place d'une institution telle qu'elle existe en France – le juge aux affaires familiales.

Au Luxembourg, depuis une dizaine d'années, le système de la garde conjointe sur les enfants naturels a engendré un contentieux de plus en plus vaste, envenimé souvent par les rancunes personnelles des parents.

Il est évident que l'extension de la coparentalité aux enfants légitimes entraînera un nombre croissant de litiges devant être traité par le Juge des tutelles qui actuellement est déjà submergé par le contentieux des majeurs en curatelle et en tutelle et par le contentieux concernant les enfants naturels.

La situation du Tribunal des Tutelles à Diekirch deviendra ingérable, d'autant plus que le juge des tutelles sera en outre compétent pour les litiges concernant le transfert du droit de garde après divorce (art. 302 du Code Civil) de même que pour les mesures d'assistance éducative actuellement du domaine du Tribunal de la Jeunesse.

En France, l'article 375 prévoit certes le système d'instauration de mesures d'assistance éducative, mais elles sont assurées par le Juge aux Affaires Familiales dont la création n'est pas prévue dans l'actuel projet de loi.

Le volet des pensions alimentaires a été confié dans le passé à la compétence exclusive des juges de paix (article 4, 1^{er} Nouveau Code de Procédure Civile) à l'exception de la compétence se rattachant à une instance en divorce ou de séparation de corps.

Il faut inclure dans cette compétence toutes les demandes relatives à l'obligation d'entretien et d'éducation dans le cadre de l'article 203 du Code Civil, peu importe le statut des père et mère.

L'article 376 prévoit que les père et mère **doivent** maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Quid des sanctions à appliquer aux père et mère en cas de non-respect de ces obligations?

L'article 377 prévoit que cette compétence sera transférée au Tribunal des Tutelles et cette accumulation de compétences entraînera une compétence concurrente des deux juridictions sans parler d'un éparpillement supplémentaire des compétences en matière d'aliments entre le Tribunal de Paix, le juge des référés (en cours d'instance de divorce), le Tribunal d'Arrondissement (divorce au fond) et les juridictions d'appel respectives.

Vu l'ampleur du contentieux à confier à la juridiction des Tutelles une réorganisation de l'organisation judiciaire s'imposerait d'urgence.

Il faudra envisager un renforcement important des effectifs des Tribunaux des Tutelles et de la Cour Supérieure de Justice.

S'y ajoute que l'article 377 règle la compétence *ratione materiae* du Juge des Tutelles, mais omet de définir la compétence *ratione loci*. Cette omission risque de créer des problèmes majeurs car l'enfant n'a plus de domicile légal, mais seulement une résidence qui peut changer d'un arrondissement judiciaire dans un autre, voire même à l'étranger. Quelles sont les règles de procédure applicables devant le Tribunal des Tutelles?

L'article 378-1 du projet, le Juge des Tutelles ne peut être saisi que par les parents ou par le Ministère Public, qui lui-même peut être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale ainsi que sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

L'article 378-1 introduit un droit d'action élargi au Ministère Public qui peut même être saisi par un tiers. Cette intervention est motivée par la constatation que „le juge peut être saisi par le Ministère Public en cas de **carence** des parents“.

Cette motivation est trop vague.

Qu'en est-il des grands-parents voulant exercer leur droit de visite à l'égard de leurs petits-enfants et leurs droits de recours contre les parents défaillants?

Qu'en est-il des enfants majeurs voulant agir contre les parents refusant de financer leurs études?

Il n'est pas opportun que le Ministère Public devienne juge de l'opportunité de la mise en oeuvre ou non d'une instance devant le juge des tutelles, car l'intervention de l'Etat dans la vie familiale doit rester l'exception.

Dans la législation française, l'intervention du Ministère Public est limitée au seul cas de la déchéance de l'autorité parentale, tandis que le projet prévoit une extension des pouvoirs du Ministère Public.

Bref, le projet de loi présente de multiples lacunes et il convient de reconsidérer sérieusement la question de l'organisation judiciaire telle qu'elle fonctionne à l'heure actuelle, outre les autres problèmes juridiques qui se posent dans le cadre de ce projet de loi.

Diekirch, le 29 octobre 2008

Le Président du Tribunal,
Paul KONSBRUCK

*

AVIS DU PARQUET DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(8.7.2008)

OBSERVATIONS

Les principaux buts recherchés par le présent projet de loi, à savoir la coparentalité, l'exercice en commun de la responsabilité parentale par les père et mère, qu'ils soient mariés ou non, divorcés ou séparés et l'égalité entre familles semblent être une bonne chose, alors qu'ils correspondent plus à la réalité de nos jours, où les familles recomposées ou encore les familles hors mariage deviennent de plus en plus fréquentes et nombreuses.

Par ailleurs le principe de la coparentalité permet d'établir et d'assurer un équilibre entre les père et mère et entre leurs responsabilités, équilibre qui avant ce projet de loi n'existait pas vraiment, surtout lorsqu'on était en présence d'enfants naturels, ou encore d'enfants dont les parents avaient divorcé.

Le projet de loi suscite cependant certaines remarques ou observations.

- L'article 372, 1er alinéa donne une définition de la responsabilité parentale.

Il convient de noter que cette définition, bien qu'elle soit reprise comme telle de la Convention dite Convention Bruxelles IIbis, est illogique en ce sens qu'on y parle d'abord des droits et devoirs

résultant d'une décision judiciaire, pour ensuite seulement mentionner ceux conférés en vertu d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur (entre parties). J'estime que les droits et devoirs résultant d'une décision judiciaire doivent être énumérés en dernier lieu, surtout si on s'en tient à l'exposé des motifs et au commentaire des articles du présent projet de loi, selon lesquels le but et les nouveautés de la présente loi (p. ex. les conventions entre parties) sont de responsabiliser les parents et privilégier les accords parentaux homologués („les accords parentaux homologués sont le mode privilégié de règlement des conflits familiaux“).

La définition comprend une deuxième phrase qui énonce: „il comprend **notamment** le droit de garde et de visite“.

J'estime qu'un texte de loi et surtout une définition figurant dans un texte de loi doit être claire et explicite de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'y apporter des précisions, voire des illustrations à titre d'exemple.

La deuxième phrase de cet alinéa est à mes yeux superflue car il semble évident que le droit de garde et de visite soient inclus dans le terme de „responsabilité parentale“: Un tel rajout prête à confusions et à discussions.

Par ailleurs il convient de noter que presque tous les textes actuels, où les termes de „droit de garde“ figuraient, ont été modifiés et remplacés par „les modalités d'exercice de la responsabilité parentale“.

Il semble donc quelque peu étrange que d'un côté on modifie les anciens textes qui contiennent les termes de „droit de garde“ et que d'un autre côté on insère précisément ces mêmes mots dans une définition qui par leur essence doit être claire et précise.

- L'article 375-2 prévoit que peuvent être privés de leur responsabilité parentale, les père et mère hors d'état de manifester leur volonté, en raison de leur incapacité, de leur absence ou de toute autre cause.

Le commentaire des articles prévoit que „certains motifs“ peuvent constituer „toute autre cause“, sans autre précision.

J'estime que cette notion de „toute autre cause“ non autrement explicitée par le commentaire des articles est trop imprécise et vague. Il s'agit là d'une notion fourre-tout qui prêterait sans aucun doute à discussions et litiges.

- L'article 376-1 prévoit une exception au nouveau principe de coparentalité.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge des tutelles (juge compétent en vertu de l'article 377) peut confier l'exercice de la responsabilité parentale à l'un seul des parents. Le commentaire des articles prévoit un certain nombre de situations dans lesquelles l'exercice par un seul des parents est envisageable. S'agit-il d'une liste exhaustive ou non, et ne faudrait-il pas le cas échéant prévoir d'insérer cette liste dans le texte de loi lui-même, afin d'éviter autant que possible des litiges sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par „l'intérêt de l'enfant“?

Enfin l'alinéa 2 du même article prévoit que „pour des motifs graves“, le juge des tutelles (juge compétent en vertu de l'article 377) peut refuser l'exercice du droit de visite et d'hébergement à celui des parents qui n'exerce pas la responsabilité parentale. Ici encore, l'expression „pour des motifs graves“ n'est pas claire et précise et le commentaire des articles ne donne pas davantage de renseignements ou précisions.

L'alinéa 3 de l'article 376-1 énonce que le parent privé de la responsabilité parentale conserve cependant un droit et devoir de surveillance de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Ici, il faudra faire attention à ce que ce droit et devoir de surveillance de l'entretien et de l'éducation de l'enfant ne devienne pas un droit et devoir de surveillance ou de contrôle de l'ex-partenaire qui s'est vu confier la responsabilité parentale.

Le terme de „surveillance“ ne me semble pas tout à fait approprié en l'espèce. Ne devrait-on pas parler plutôt d'un droit ou devoir d'être informé sur l'entretien et l'éducation de son enfant?

- L'article 377 traite des compétences du juge des tutelles.

Il prévoit dans son alinéa 4 que le juge des tutelles peut **notamment** ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire du Grand-Duché sans l'autorisation des deux parents.

Tout comme pour l'article 372, j'estime que le mot „notamment“ ne doit pas figurer dans un texte de loi. Un texte de loi doit être clair et précis et ne pas devoir se justifier par des exemples. Je laisserai tout simplement de côté le mot „notamment“.

- L'article 378 prévoit que le juge des tutelles peut refuser l'homologation de la convention élaborée entre parties, si le consentement des parents n'a pas été donné librement.

La question qui se pose est de savoir, comment concrètement le juge des tutelles veut constater et surtout vérifier si le consentement des parents a ou non été donné librement?

- L'article 378-5 énonce que si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

Cette possibilité prévue par le projet de loi va sûrement être la source de problèmes pratiques, alors que la question se posera qui devra élaborer les enquêtes et surtout les contre-enquêtes? Déjà à l'heure actuelle, le service SCAS, chargé de réaliser les enquêtes sociales, ne parvient pas toujours à effectuer dans des délais imposés les enquêtes sociales qui lui sont confiées, faute de combattants.

Par ailleurs, j'estime qu'une contre-enquête en matière de la responsabilité parentale est superflue. Il y aura toujours un parent qui se sentira traité de manière injuste et arbitraire. Or, c'est tout de même le juge des tutelles qui a ordonné l'enquête et en conséquence, il s'agit donc d'une enquête qui préserve le principe du contradictoire et de l'égalité de tous devant la loi.

- Enfin, selon l'article 387-9 peuvent se voir retirer totalement ou partiellement la responsabilité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant. Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part de responsabilité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants.

Le présent alinéa prête à confusion. En effet, faut-il lire que le même retrait („ce retrait“) de la responsabilité parentale au père ou à la mère en vertu d'un jugement pénal est applicable aux ascendants? Qu'en est-il alors du principe de l'effet personnel des peines en matière pénale et surtout, comment ce retrait pourrait-il s'opérer à l'égard des ascendants qui n'ont pas été partie au procès pénal? Ce retrait, saurait-il leur être opposable et quelles seraient le cas échéant les voies de recours pour les ascendants?

J'estime, au vu du commentaire des articles, qui dit que dans certains cas, les ascendants peuvent se voir également retirer totalement la responsabilité parentale pour la part de responsabilité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants, qu'il ne s'agit donc pas du même retrait. Or, dans ce cas, il faudrait peut-être clarifier le texte de loi en ce sens.

Martine LEYTEM

Substitut

AVIS DU PARQUET DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH

(22.10.2008)

Le projet de loi relatif à la responsabilité parentale s'est très largement inspiré de la législation française dont le texte de base est la loi 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale qui a subi plusieurs modifications par des lois subséquentes dont en particulier celle du 8 janvier 1993 instituant le juge aux affaires familiales et celle du 4 mars 2002 (2002-305) relative à l'autorité parentale.

Une telle approche facilite le travail du praticien du droit dans la mesure où il peut se référer à une jurisprudence abondante et une pratique acquise.

L'exposé des motifs reste cependant muet quant à d'éventuelles difficultés rencontrées en France.

Il est en particulier évident que reste posé le problème de savoir si les dispositions de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant peuvent, selon les articles concernés, être invoquées directement par les parties devant une juridiction nationale, tout comme les dispositions légales projetées peuvent entrer en conflit avec des droits garantis par ladite convention qui consacre divers droits strictement personnels: liberté d'expression, de pensée, de conscience et de religion, non-immixtion dans la vie privée ou dans la correspondance de l'enfant.

Ces droits personnels peuvent le cas échéant entrer en conflit avec le choix des parents dont les droits dérivent de la responsabilité parentale. Il appartiendra, comme si souvent, au juge de décider en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Ceci pose d'ailleurs l'épineux problème du poids et de l'importance qu'il convient de donner, surtout dans le cadre d'un conflit familial, à l'enfant selon son âge et sa constitution psychique.

Notons que le projet sous avis diffère de son modèle sous certains points:

- 1) En France l'institution continue à être désignée par „*autorité parentale*“ alors que notre projet parle de „*responsabilité parentale*“.

L'exposé des motifs justifie le choix de la nouvelle terminologie, sans incidence sur le fond: il est sous-entendu que l'exercice de toute autorité comporte des obligations en contrepartie des droits.

- 2) La législation française prévoit dans ses articles 375 et suivants des mesures d'assistance éducative.

Le corolaire en est que leur application est assurée par le juge aux affaires familiales et non pas, comme dans notre système, du moins comme une espèce d'équivalent par le juge de la jeunesse.

- 3) L'application cohérente de la législation française est assurée par le juge aux affaires matrimoniales.

On se demande pour quelle raison nous en restons à une reprise „*partielle*“ du système français dont nous reprenons la partie „*théorique*“ et non pas la partie „*pratique*“ (l'organisation judiciaire).

Ceci est regrettable dans la mesure où l'application de la loi, dans un domaine extrêmement délicat et important, dépendra de la capacité des juridictions pour traiter un contentieux qui est (et deviendra) de masse qu'il ne convient pas de „*refiler*“ au juge des tutelles (quelle tutelle exerce-t-il sur les parents?).

Si je prends en considération la situation du juge des tutelles au tribunal d'arrondissement de Diekirch, force est de constater que la situation deviendra ingérable, surtout si on considère que d'autres projets de lois dans le domaine „*extra*“-judiciaire viendront largement compliquer la tâche (pouvoir du juge-contrôleur dans le cadre du placement en service psychiatrique fermé – projet No 5856).

Il est regrettable que le projet ne contienne aucune évaluation quant à l'importance du contentieux respectivement du transfert du contentieux existant (en particulier au niveau des affaires de pensions alimentaires) vers le juge des tutelles.

REMARQUES PONCTUELLES

1. Dispositions générales

- Quant à la terminologie on constatera que le terme „l'enfant“ vise selon le cas l'enfant mineur et l'enfant majeur resp. l'enfant mineur seul. Ceci est à l'occasion précisé. Encore que cela ne soit qu'un détail (et même si le texte français a servi de modèle) il conviendrait de faire la distinction si l'enfant mineur est seul visé (p. ex. art. 373).

- La responsabilité parentale comporte in concreto et pour la vie quotidienne les droits et devoirs suivants: droit et devoir de résidence, de surveillance, d'éducation et de protection de la santé de l'enfant.

Le droit de surveillance comporte en particulier l'obligation de veiller (et de contrôler) sur les allées et venues, les relations et la correspondance (sous réserve des conventions internationales et des droits des tiers).

Le droit et devoir d'éducation se rapporte à l'éducation scolaire, professionnelle, religieuse, civique, politique etc.

Cet élément pose le problème de l'appartenance de l'enfant (ou des parents) à une secte. Quid si les parents sont d'accord pour lui faire confier leur enfant?

Si les deux parents ne sont pas d'accord, le juge des tutelles pourrait être saisi. Sinon, et selon notre droit, le juge de la jeunesse aurait compétence pour intervenir en cas de mise en danger de l'enfant.

La santé de l'enfant peut poser problème en cas d'urgence (témoins de Jehova, divergence entre parents).

Le cas de l'interruption volontaire de grossesse d'une mineure est réglé en France par l'article L 2212-7 du code de la santé publique qui autorise la femme mineure non émancipée à garder le secret à l'égard de ses parents ce alors que jusqu'à la loi du 4 juillet 2001 le droit de consentir à l'interruption volontaire de grossesse était considéré comme prérogative de l'autorité parentale (sauf motif médical). Cela mériterait réflexion.

On constatera au demeurant que les dispositions de l'article 371-5 du code civil français (principe de la non-séparation des fratries) ne sont pas reprises au projet.

2. De l'exercice de la responsabilité parentale par les parents séparés

Aux termes de l'article 376 les père et mère sont obligés à maintenir des relations personnelles avec l'enfant. Ceci veut dire que l'enfant est titulaire du droit afférent. Il est cependant difficilement concevable que l'enfant puisse faire valoir ce droit en justice malgré l'opposition du parent en cause.

3. De l'intervention du juge des tutelles

- En complément de ce qui a été dit sur l'importance du contentieux amenant le magistrat à intervenir dans la vie familiale dans des situations de conflits humainement délicats et des situations de crise aiguë, je constate que le volet organisationnel des juridictions n'est pas abordé.

Par rapport aux genres d'affaires dont sera saisi le magistrat, qui devrait être spécialisé dans son domaine de compétence, on constatera que toutes les affaires alimentaires seront transférées de la justice de paix vers le juge des tutelles.

L'éparpillement des compétences subsistera: compétence du juge des référés, juge de la jeunesse, juge des tutelles, ce qui me semble devoir être évité.

- L'article 378-1 introduit un droit d'action élargi au ministère public, pouvant même être saisi par un tiers.

Cette disposition est certes contenue au modèle français. D'après le commentaire des articles „la saisine du juge par le ministère public semble utile en cas de carence des parents“.

Cette seule constatation n'est pas convaincante. En effet, l'intervention de l'Etat dans la vie des familles doit rester exceptionnelle. Or, la disposition générale se réfère à la notion de carence, ce qui veut dire absence d'agir. Or, les parents peuvent avoir de bonnes raisons pour s'abstenir d'agir.

La mise en oeuvre pratique de la disposition peut s'avérer très hasardeuse. La proposition franchit encore un pas de plus en faisant du ministère public l'avocat de tiers ce qui paraît exagérer le rôle du ministère public et ce qui, au niveau de l'exécution des décisions (p. ex. contribution à l'entretien) comporte des problèmes non abordés et résolus du projet.

En tout état de cause, en l'absence de disposition afférente, les affaires soumises au juge des tutelles sur base des dispositions de l'article 378 ne semblent pas communicables.

- La section IV ne contient aucune disposition quant à la compétence territoriale du juge des tutelles.

En France la compétence territoriale du juge aux affaires familiales est réglée à l'article 1070 du code de procédure civile: lieu de résidence de la famille; si les parents vivent séparément: résidence soit du parent chez qui réside habituellement l'enfant en cas d'exercice commun de l'autorité parentale, soit de celui qui l'exerce seul ou, dans les autres cas, du défendeur, ou en cas de requête conjointe, de l'une ou l'autre des parties.

4. Du retrait total ou partiel de la responsabilité parentale

Le retrait total de la responsabilité parentale en cas de condamnation des père et mère soit comme auteurs ou comme complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de leur enfant (mineur) respectivement par leur enfant pose le problème de la compétence au niveau de la juridiction (pénale ou civile).

Le texte est repris de la législation française. La jurisprudence française estime que la déchéance constitue non pas une peine, mais une mesure de protection à l'égard de l'enfant.

Il est encore décidé que les juridictions civiles peuvent se fonder sur l'article 378 (art. 387-9 du projet) pour prononcer le retrait lorsque la juridiction pénale n'a pas usé de la faculté inscrite à l'article 378.

Rien ne s'oppose donc à ce que l'ensemble du contentieux relatif au retrait de la responsabilité parentale soit soumis à la juridiction civile.

Si d'un côté la solution retenue évite un deuxième procès, il n'est pas erroné d'estimer qu'il ne convient pas de surcharger le procès pénal d'aspects non pénaux, surtout s'ils rendent nécessaire des moyens d'enquête étrangers au droit pénal (p. ex. enquête sociale etc.).

N'oublions pas que le retrait est facultatif.

Diekirch, le 22 octobre 2008

Le Procureur d'Etat,
Jean BOUR

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX DE LUXEMBOURG

De façon générale, la Justice de paix de Luxembourg accueille positivement la réforme projetée. Une réforme de cet aspect du droit civil s'imposait. Le présent projet a pour but d'apporter des améliorations notables dans le domaine de la responsabilité parentale.

Ainsi, l'article 372-1, visant les parents et non plus les époux, apporte notamment une consécration légale au principe jurisprudentiel de la contribution de tout parent à l'entretien et à l'éducation de son enfant que celui-ci soit né pendant le mariage ou hors mariage. Cette disposition consacre également le principe de la continuation de cette obligation en cas de besoin à la majorité de l'enfant.

Le domaine des pensions alimentaires à verser par un parent à son enfant en cas de séparation suscite toutefois quelques interrogations dont la réponse ne semble ressortir ni de l'exposé des motifs ni du commentaire des articles.

Ainsi, une lecture combinée des articles 376-2, 377, 378 et 378-6 conduit à s'interroger sur la compétence judiciaire en matière de pensions alimentaires octroyées aux enfants. En effet, ces dispositions semblent donner compétence au juge des tutelles pour connaître de ces demandes.

En l'état actuel, l'article 4 1° du Nouveau Code de Procédure Civile donne compétence exclusive au juge de paix pour connaître de toute demande en pension alimentaire à l'exception de celles se rattachant à une instance en divorce ou séparation de corps. Si le présent projet de loi tend effectivement à instaurer une compétence au profit du juge des tutelles, ne conviendrait-il dès lors pas de procéder à la modification de ce texte?

Ceci aurait bien entendu l'avantage de regrouper toutes les questions relatives à la responsabilité parentale, y compris les pensions alimentaires, devant un même juge, mais aurait néanmoins l'inconvénient d'engendrer deux procédures parallèles en cas de demande de pension alimentaire à titre personnel et au profit des enfants.

Par ailleurs, ne conviendrait-il pas également de préciser à l'article 376-2 que la pension alimentaire pourrait, le cas échéant, être directement versée à l'enfant majeur dans le besoin apte à gérer son argent? Une telle précision éviterait ainsi que la pension alimentaire ne transite systématiquement par l'autre parent ou par un tiers.

Finalement et compte tenu du projet de réforme du divorce – intimement lié au présent projet de loi, mais qui ne fait pas partie du présent avis et dont on ignore encore actuellement les tenants et aboutissants – il y aurait lieu de veiller à ce que l'article 377 du présent projet de loi, qui confie la compétence en matière de responsabilité parentale au juge des tutelles „sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation“, ne soit pas en contradiction avec une disposition de la nouvelle loi sur le divorce.

*

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

DEPECHE DU JUGE DE PAIX DIRECTEUR AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(16.9.2008)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

Ce projet de loi, qui vise avant tout à substituer la notion de „responsabilité parentale“ à celle d’„autorité parentale“ et – en cas de séparation des parents – le principe de l'exercice conjoint de la responsabilité parentale à celui de l'exercice exclusif de la responsabilité parentale par un seul parent, exercice exclusif qui reste cependant possible mais qui en tant qu'atteinte au principe de coparentalité est destiné à devenir exceptionnel, trouve l'approbation de la Justice de Paix d'ici.

Ledit texte ne concernant pas particulièrement les justices de paix, la Justice de Paix de et à Esch-sur-Alzette n'entend pas l'analyser en détail.

Veuillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma considération parfaite.

*Le Conseiller Honoraire à la Cour d'Appel,
Juge de Paix Directeur,
Jean-Marie HENGEN*

*

AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX DE DIEKIRCH

(16.9.2008)

Le projet de loi sous avis a en gros pour objet d'uniformiser les règles gouvernant le contenu et l'exercice de l'autorité parentale, désormais qualifiée de responsabilité parentale, se rapportant à des enfants mineurs dont la filiation naturelle ou légitime est établie à l'égard d'au moins un de ses parents, et, si elle l'est à l'égard des deux, de consacrer leur garde, ou plutôt leur responsabilité conjointe comme régime de droit commun, même au cas où ils seraient séparés. Par ailleurs, et hormis essentiellement l'hypothèse des mesures provisoires ou définitives accessoires à une instance en divorce, le projet vise à centraliser le contentieux relatif à la responsabilité parentale entre les mains du juge des tutelles. La justice de paix de Diekirch n'entend pas se prononcer autrement sur le fond même de la réforme préconisée, sauf à faire remarquer que l'application jurisprudentielle progressive depuis une douzaine d'années du régime de la garde conjointe aux enfants naturels dont les parents sont séparés a entraîné une véritable explosion du contentieux en la matière et que l'extension de ce régime aux enfants légitimes risque donc fort d'amplifier encore ce phénomène. Elle se bornera à certaines observations d'ordre procédural et à l'examen des dispositions du projet sous avis qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur les affaires qui lui sont dévolues, c.-à-d. sur le contentieux alimentaire.

1. En l'état actuel, l'art. 4,1° du NCPC attribue compétence exclusive au juge de paix pour connaître de toutes demandes en pension alimentaire, à l'exception de celle se rattachant à une instance en divorce ou de séparation de corps. Rentrent donc dans cette compétence notamment aussi les demandes dérivées de l'obligation spécifique d'entretien et d'éducation des enfants, obligation que la jurisprudence a rattachée à l'article 203 du Titre V, chap. 5 du Code Civil, que les parents soient mariés ou non et que la filiation soit établie à l'égard d'un seul ou des deux. Or, sans modifier les deux dispositions précitées, le projet reprend cette obligation alimentaire spécifique qui peut se prolonger même au-delà de la majorité dans les art. 372-1, 376-2 et 376-3 nouveaux du titre IX, chap. 1er du Code Civil et, à l'art. 377, attribue compétence au juge des tutelles pour régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre dudit titre. Si, comme on peut le supposer, – bien que ni le projet lui-même ni le commentaire des articles n'en touche un mot –, l'intention des auteurs du projet est d'opérer sur ce point un transfert de compétence des justices de paix aux juges des tutelles et, en appel, du tribunal d'arrondissement à la Cour d'appel, une reformulation de l'art. 4,1° du NCPC et de l'art. 203 du Code Civil s'imposerait pour obvier au spectre d'une compétence concurrente des deux types de juridiction en la matière.

Ceci étant, et quels que puissent être les mérites réels ou supposés d'un tel transfert de compétence, il convient aussi de relever les inconvénients manifestes qu'il comporterait.

- a) Il impliquerait tout d'abord un éparpillement supplémentaire des compétences en matière alimentaire qui déjà présentement se partagent entre le juge de paix, le juge des référés (pendant l'instance en divorce), le tribunal d'arrondissement (à l'issue du divorce) et leurs juridictions d'appel respectives avec toutes les complications et imbrications bien connues des praticiens.
- b) Vu l'ampleur du contentieux concerné, – qui constitue près de 9/10ièmes du contentieux alimentaire global traité par les justices de paix lequel ne fait d'ailleurs que croître –, le transfert de compétence envisagé rendrait en outre inévitable une réadaptation sensible de l'organisation judiciaire, puisque la décharge de travail en résultant au niveau des justices de paix devrait être compensée par un renforcement notable des effectifs des tribunaux des tutelles, voir même de la Cour, dont pour les raisons esquissées en introduction la tâche risque de toute façon de croître même en l'absence d'un tel transfert.
- c) L'expérience pratique démontre que, de plus en plus, le contentieux alimentaire dont sont saisies les justices de paix n'est plus un contentieux autonome mais a tendance à devenir un contentieux accessoire de celui des saisies-arrêts sur salaires et rémunérations. Ainsi c'est souvent quand après une période d'inactivité dont il était ou non responsable, un débiteur retrouve un emploi et le créancier pratique alors une saisie-arrêt sur salaire pour obtenir paiement à la fois du terme courant et des arriérés entre-temps accumulés d'une pension ou de contributions alimentaires qu'il s'était antérieurement vu allouer par une décision de justice, que le premier sollicitera une réduction, le cas échéant même rétroactive, de ces pension ou contributions, puisqu'il se trouve acculé à une situation financière inextricable du fait que les arriérés absorbent la partie saisissable de son revenu dont ils sont prélevés tandis que la partie théoriquement insaisissable sera amputée du terme courant. Comme il est compétent pour connaître à la fois de la saisie-arrêt et de la demande en réduction, – qui plus d'une fois est d'ailleurs justifiée –, le juge de paix est actuellement en mesure de solutionner relativement vite et par un seul jugement des cas pareils. Avec le transfert de compétence envisagé et comme dans la majorité des hypothèses ce sont des contributions pour enfants qui sont en cause, tel ne serait plus le cas à l'avenir, puisque le juge de paix devrait renvoyer le saisi à se pourvoir devant le juge des tutelles par une demande séparée et en attendant la décision de ce dernier, devrait se borner à surseoir à statuer sans même pouvoir accorder de mainlevée provisoire de la saisie pratiquée. Ainsi, le transfert de compétence envisagé aurait pour double effet de multiplier les instances judiciaires et de prolonger indûment des situations dramatiques qui récemment encore ont été relevées par le médiateur.

2. Si dans l'art. 377 nouveau du Code Civil, le projet sous avis règle la compétence *ratione materiae* du juge des tutelles, il omet cependant de définir sa compétence *ratione loci*. Or, une telle précision semble s'imposer puisqu'en cas de séparation de ses parents il n'est plus question dans le projet de domicile légal de l'enfant mineur mais seulement de sa résidence et que dans l'hypothèse de l'art. 378-2 même cette résidence peut alterner et donc se situer tantôt dans un arrondissement judiciaire ou même Etat, tantôt dans un autre.

3. D'après l'art. 378-1 tel que projeté du Code Civil, le juge des tutelles ne peut être saisi que par les parents ou par le ministère public, qui lui-même peut être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale ainsi que sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. L'on peut certes comprendre le souci des auteurs du projet d'éviter que des importuns puissent se mêler d'affaires de famille qui ne les regardent pas. On ne peut cependant pas les suivre dans la voie qu'ils ont choisie alors qu'elle constituerait dans diverses hypothèses une restriction indue du libre accès à la justice. A ce titre l'on pourrait citer notamment le cas des grands-parents désireux d'obtenir un droit de visite sur base de leur droit à des relations personnelles avec leurs descendants (à moins que l'art. 374 al. 1er du Code Civil du projet n'ait voulu faire du droit aux relations personnelles qu'un droit à sens unique), celui de l'enfant majeur qui entend actionner ses parents récalcitrants pour lui financer ses études ou encore celui des grands-parents qui, subvenant aux besoins et à l'entretien de leur petit-enfant sur base de l'art. 205 du Code Civil, veulent exercer leur recours contre le ou les parents défaillants. Dans tous ces cas en effet où les concernés ont un droit ou prétendent l'avoir, il paraît inadmissible de rendre le ministère public juge de l'opportunité de le mettre en oeuvre. A cela s'ajoute que la solution envisagée par les auteurs du projet laisse planer plus d'une incertitude quant à la position et aux droits des tiers dans le cadre d'une instance où leurs droits sont

en cause et que le parquet aurait introduit à leur instigation (accès au dossier, droit de conclure, voies de recours etc.).

Diekirch, le 16 septembre 2008

Le Juge de Paix Directeur,
Paul GEISEN

*

AVIS DU TRIBUNAL DE LA JEUNESSE ET DES TUTELLES

DEPECHE DU JUGE-DIRECTEUR DU TRIBUNAL DE LA JEUNESSE ET DES TUTELLES AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(9.1.2009)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

En mains votre demande d'avis concernant le projet de loi No 5867 relatif à la responsabilité parentale.

Le soussigné renvoie pour l'essentiel au commentaire très motivé et judicieux de Madame le juge des tutelles Béatrice KIEFFER et se limitera aux observations suivantes:

Le projet de loi en question introduit quelques innovations dont l'opportunité est largement reconnue.

Il en est ainsi de l'affirmation de l'obligation d'entretien à charge des parents naturels, de l'introduction de la faculté pour les parents séparés de convenir d'une résidence alternée et de l'introduction du principe de l'autorité parentale conjointe ou – pour reprendre les termes du projet – de la responsabilité parentale conjointe entre parents mariés ou non, séparés ou non.

En ce qui concerne les enfants naturels, cette dernière innovation était d'ailleurs non seulement opportune mais nécessaire, notre Cour constitutionnelle ayant, dans son arrêt du 26 mars 1999 (il y a bientôt dix ans!), estimé que l'attribution privative de l'autorité parentale sur un enfant naturel à la mère telle que prévue à l'article 380 alinéa 1er du code civil contrevenait au principe d'égalité entre hommes et femmes consacré à l'article 11 de la Constitution.

En revanche, bon nombre d'autres modifications paraissent discutables voire même très critiquables.

Remplacement de l'autorité parentale par la responsabilité parentale (art. 371 et s. du code civil)

En premier lieu, il est renvoyé aux observations de Madame le juge des tutelles concernant l'absence de nécessité juridique d'y procéder (au regard du droit international).

La responsabilité est l'obligation de réparer les conséquences dommageables d'un fait.

C'est sans doute le terme juridique le plus connu du grand public.

Le lecteur du commentaire des articles comprendra qu'il s'agit en fait pour les auteurs du projet de „responsabiliser“ davantage les parents, dans un sens plus large, en insistant sur leurs devoirs, leurs obligations et de marquer clairement, en bref, que l'enfant ne doit pas être traité comme un objet dont on a la propriété.

Pareille intention est certes louable!

Mais il y a fort à parier, d'une part, que cette nouvelle terminologie n'amènera pas ceux qui traitent leurs enfants comme des objets à s'en occuper dorénavant de manière responsable et, d'autre part, qu'elle ne fera que conforter de très nombreux parents dans la conception erronée qu'ils ont de leur rôle et qui est celle de „tiers payeurs“ par rapport à leurs enfants au lieu de se considérer comme leurs éducateurs et protecteurs.

Le commentaire des articles révèle qu'il convient de „mettre en oeuvre au sein de la famille une démocratie parentale“ (...) dans laquelle „les décisions qui concernent l'enfant doivent, dans la mesure du possible, recueillir son adhésion“ (sub article 372, page 14).

L'expérience des juges de la jeunesse (celle du soussigné s'étend sur onze ans) montre que le sujet de préoccupation majeur des autorités publiques dans le contexte qui nous occupe devrait être, bien au contraire, celui du manque d'autorité des parents plutôt que celui des excès d'autorité.

Dans un contexte d'affirmation „tous azimuts“ des droits multiples et multiformes de l'enfant, la sonnette d'alarme devrait être tirée par nos gouvernants face aux excès de „démocratie parentale“ où les parents se contentent de fournir à leurs enfants ce dont ils ont envie par inconscience ou lassitude de ne pas obtenir de leurs enfants cette fameuse „adhésion“ à ce qu'ils estiment nécessaire à leur bien-être.

Les conséquences de ces carences éducatives sont le pain quotidien des juges de la jeunesse et des multiples professionnels auxquels ils ont recours pour intervenir dans les familles de leurs justiciables: absentéisme scolaire chronique avec la complicité non seulement des parents mais aussi – je n'hésite pas à le dire – de certains médecins, obésité, mauvaise nutrition, alcoolisme, manque d'hygiène vestimentaire et corporelle, absence de manières élémentaires et d'égards pour autrui, agressivité physique et verbale, hyperactivité, délinquance, parasitisme social ...

Il est clair que l'absence ou le manque d'autorité des parents n'est pas la cause exclusive de ces situations problématiques. Mais elle en est sans doute la cause principale avec les carences affectives.

L'autorité parentale est affirmée, de manière indirecte, à travers certaines dispositions du projet de loi.

D'ailleurs, la responsabilité ne se conçoit pas sans autorité.

Etre un parent responsable, c'est savoir imposer une certaine autorité.

Autant l'affirmer et maintenir de manière symbolique la terminologie existante pour les motifs indiqués ci-dessus.

Il conviendrait enfin de maintenir la définition existante de l'*autorité parentale*, bien plus précise et complète que celle qu'il est proposé d'introduire.

**Remplacement de la *déchéance d'autorité parentale* par le
retrait de la *responsabilité parentale* et réduction du délai
de révision des décisions de justice de cinq ans à un an
(art. 387-9 et s. du code civil)**

Les auteurs du projet déclarent vouloir „substituer au terme déchéance, à connotation péjorative“ celui de retrait qui ferait davantage ressortir qu'il s'agit d'une mesure de protection de l'enfant plus que d'une „sanction prononcée contre les parents „fautifs“ “ (commentaire des articles, page 28).

Le soussigné ose espérer que les auteurs du projet de loi ont été les victimes d'une erreur consistant dans une confusion entre le *transfert* de l'exercice de l'autorité parentale qui s'opère par l'effet de la loi et plus précisément de l'article 11 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, d'une part, et la *déchéance* d'autorité parentale prononcée par un jugement civil ou pénal dans le cadre du chapitre IV du titre IX du livre 1er du code civil, d'autre part.

Tandis que le *transfert de l'exercice de l'autorité parentale* (première hypothèse) opère de manière automatique en vertu d'un jugement de placement de l'enfant auprès d'une personne de confiance et cela, en effet, indépendamment de toute notion de faute des parents et uniquement en considération du besoin de protection de l'enfant, la *déchéance d'autorité parentale* (deuxième hypothèse) quant à elle, repose très clairement sur une faute des parents et même une faute particulièrement grave.

Si les auteurs du projet en question n'avaient pas fait cette confusion, les propos du commentaire des articles reproduits ci-dessus seraient de nature à inspirer un sentiment de scandale et même de révolte à ceux qui savent les ignominies dont certains parents sont capables à l'égard de leurs enfants. S'il est vrai que ces cas sont – fort heureusement – assez rares, il n'en reste pas moins que les affaires de déchéance d'autorité parentale mettent toujours en lumière des actes ignobles commis par des titulaires d'autorité parentale, des fautes graves à l'égard des enfants dont ils avaient la charge.

Je ne voudrais pas être le juge qui aurait à expliquer à une petite fille victime de viols ou de sévices répétés qu'il serait excessivement „péjoratif“ de considérer que celui ou celle qui a brisé sa vie a fait quelque chose de mal, excessivement péjoratif d'affirmer qu'il aurait commis une faute à son égard

... Bien sûr, si cette même personne avait conduit son véhicule à une vitesse de 31 km/h dans une zone 30, ce serait une infraction méritant une peine et on ne s'embarrasserait pas de la connotation péjorative attachée à ces termes ni à qualifier son comportement de faute méritant une sanction, mais commettre des viols et autres sévices sur son propre enfant ...

Dans le même ordre d'idées, sans doute, le projet retient que la décision de retrait doit pouvoir être révisée tous les ans et non plus tous les cinq ans (art. 387-13 du code civil).

(Ce dernier délai paraissait déjà excessivement bref au soussigné.)

Autant dire que l'affaire serait l'objet d'une discussion interminable dont le moindre mal serait qu'elle occuperait inutilement les magistrats concernés pendant des années.

Les enfants victimes de pareils forfaits ont besoin avant tout de savoir ces forfaits clairement sanctionnés et ensuite de paix et de sécurité.

Ce n'est que dans ces conditions qu'ils sont en mesure de surmonter tant bien que mal le traumatisme qu'ils ont subi et de considérer comme anormal et répréhensible ce qu'ils ont subi.

Sait-on seulement à quel traumatisme supplémentaire on exposerait les victimes en les impliquant dans un débat judiciaire incessant dont les conséquences défavorables pour l'auteur sont, de surcroît, quasiment inexistantes?

Sait-on à quel risque on s'exposerait ainsi de voir ces victimes, plus tard, quand elles seront adultes, commettre des actes similaires ... parce qu'on a banalisé ce qu'elles ont eu à subir dans leur enfance?

Droit de visite des grands-parents et des tiers (art. 374 du code civil)

Il importe d'être conscient du fait qu'en cas de séparation conflictuelle des parents, le titulaire du droit de garde a souvent tendance à „régler ses comptes“ avec l'autre parent au moyen de pressions et autres manoeuvres destinées à priver l'autre parent et la famille de ce dernier – en première ligne, les grands-parents – de contacts réguliers avec l'enfant.

Aussi convient-il de considérer les déclarations de l'enfant avec circonspection, celles-ci étant souvent inspirées par le titulaire du droit de garde ou faites par l'enfant dans la croyance qu'il va perdre l'affection du titulaire du droit de garde s'il manifeste son désir de voir régulièrement l'autre parent respectivement la famille de celui-ci.

En conséquence, une trop grande flexibilité dans l'octroi d'un droit de visite n'est guère appropriée, le risque étant, concrètement, celui de voir l'enfant déclarer, de manière induite, qu'il ne veut plus voir régulièrement ses grands-parents du côté opposé à celui du titulaire du droit de garde (le plus souvent la mère) et qu'il veut en revanche voir régulièrement telle (et) ou telle personne proche du titulaire du droit de garde.

De trop nombreux droits de visite risquent fort d'entrer en concurrence entre eux et finalement de compromettre le maintien des relations de l'enfant avec le parent qui ne l'a pas habituellement chez lui, respectivement la famille de ce dernier, ce qui serait le contraire du but recherché par la présente réforme.

Le principe du maintien des relations de l'enfant avec ses grands-parents des côtés maternel et paternel et la primauté de ces relations sur d'autres devraient être clairement affirmés.

Autorisation du mariage (art. 160bis du code civil)

La faculté pour des filles mineures (article 144 du code civil, loi du 10 août 1992) de s'engager dans les relations du mariage devrait être supprimée pour des raisons de logique et de respect de l'égalité entre personnes des deux sexes.

Si l'on considère, d'une part, qu'un mineur d'âge n'a en général pas la maturité requise pour accomplir les actes juridiques de la vie civile, on peut difficilement soutenir par ailleurs qu'il aurait néanmoins celle de s'engager dans les liens du mariage qui est un acte juridique particulièrement important et lourd de conséquences.

D'autre part, si l'on refuse ce droit aux garçons, on doit également le refuser aux filles, sous peine de méconnaître le principe de l'égalité entre personnes des deux sexes.

**Cumul des questions de pension alimentaire
et de droit à entretenir des relations personnelles
(art. 377 du code civil)**

Il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de mêler ces deux sortes de questions.

L'importance des relations personnelles entre l'enfant et l'un de ses parents ne doit pas être dépendante de l'importance de la contribution financière.

Concrètement, les magistrats en charge de ces questions observent un phénomène aussi courant que regrettable qui consiste pour les titulaires du droit de garde (le plus souvent les mères) à se faire monnayer en termes de pension alimentaire le droit de visite de l'autre parent et, pour ce dernier, à ne plus payer de pension alimentaire dès lors qu'il se heurte à l'obstruction de l'autre parent lors de l'exercice de son droit de visite.

Le fait de séparer les deux questions entre deux juridictions favorise, bien que dans une mesure limitée, une prise de conscience des parents quant à l'indication de ne pas traiter le droit de visite et la pension alimentaire comme valeurs de transaction.

Compétence du juge des tutelles et non pas du juge de la jeunesse

Les questions de modifications du droit de garde et de visite après divorce relèvent actuellement de la compétence du *tribunal de la jeunesse* tandis que les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur un enfant naturel et les questions de droit de visite du parent auprès duquel l'enfant naturel ne réside pas habituellement relèvent de la compétence du *juge des tutelles*.

Les affaires de pension alimentaire relatives aux enfants naturels et, après divorce, aux enfants légitimes relèvent de la compétence du *juge de paix*.

Aux termes du projet, ces compétences seraient désormais concentrées entre les mains du juge des tutelles.

Le motif avancé est le suivant: „Le Gouvernement estime qu'il est plus cohérent de réunir les questions de la responsabilité parentale et d'administration légale des biens dans les mains d'une seule juridiction, de sorte que les questions y relatives, sous réserve des compétences déterminées en matière de divorce et de filiation, sont soumises au juge des tutelles“ (commentaire des articles, sub art. 377, page 22).

En premier lieu, il convient de savoir que les juges de la jeunesse (3 juges) et les juges des tutelles (1 pour les mineurs et 1 pour les majeurs) appartiennent à une seule et même juridiction, le tribunal de la jeunesse et des tutelles.

L'observation ci-dessus du commentaire des articles ne saurait donc valoir que pour ce qui est de la compétence de la justice de paix et non pas pour ce qui est de la compétence des juges de la jeunesse respectivement du tribunal de la jeunesse.

Il paraît quelque peu étrange que les auteurs aient choisi de donner compétence au juge des tutelles plutôt qu'au tribunal de la jeunesse.

On se serait plutôt attendu à ce que l'ensemble des affaires définies à l'article 377 du code civil tel que libellé dans le projet, y compris donc les affaires concernant des *enfants naturels*, soient confiées au tribunal de la jeunesse actuellement compétent pour les *enfants légitimes* et ayant une compétence plus large, concernant la majorité de nos justiciables.

En cas de modification des règles de compétence d'attribution, il faudrait, en tout cas, prévoir une augmentation du nombre des juges affectés aux tutelles mineurs, compte tenu des multiples nouveaux chefs de compétences qui seront attribués au juge des tutelles.

Veillez recevoir, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma parfaite considération.

Luxembourg, le 9 janvier 2009

*Le juge-directeur du tribunal
de la jeunesse et des tutelles,*

Alain THORN

OBSERVATIONS DE CONSEILLERS A LA COUR D'APPEL

DEPECHE DE CONSEILLERS A LA COUR D'APPEL AU PRESIDENT DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

(20.12.2007)

Monsieur le Président,

Les soussignés, les conseillers à la Cour d'appel Annette Gantrel, exerçant actuellement les fonctions de magistrat d'appel en matière de protection de la jeunesse, et Camille Hoffmann, ayant exercé ces fonctions jusqu'au mois de mai 2007, ont à coeur de vous informer des difficultés rencontrées quant à l'organisation des audiences de la chambre d'appel de la jeunesse et de vous soumettre quelques propositions afin d'améliorer le déroulement de ces audiences en attendant une réforme plus en profondeur.

Le nombre croissant des affaires ainsi que le temps requis pour les instruire font que les audiences sont surchargées et ne sont habituellement closes que vers 19 heures, voire même plus tard.

La chambre d'appel de la jeunesse est composée d'un conseiller, siégeant comme magistrat unique, qui connaît des appels des jugements rendus par les tribunaux de la jeunesse de Luxembourg et de Diekirch en matière de protection de la jeunesse (loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse) et en matière civile en application de l'article 302 du code civil (modification du droit de garde ou du droit de visite et d'hébergement institué par un jugement de divorce). La chambre d'appel de la jeunesse siège en principe une fois par mois, le 2e lundi de chaque mois.

Il faut relever que le conseiller siégeant en matière de protection de la jeunesse assume cette tâche à côté de ses fonctions habituelles au sein de la chambre de la Cour d'appel à laquelle il est affecté, tandis que les trois juges auprès du tribunal de la jeunesse et des tutelles de Luxembourg exercent leurs fonctions à titre exclusif.

Vous trouvez en annexe un tableau renseignant l'évolution du nombre des affaires depuis 1994/1995.

Le nombre des affaires implique que la chambre d'appel de la jeunesse doit traiter cinq à six affaires par audience. Comme ces affaires sont urgentes par nature, il ne peut être question de laisser se développer un résidu d'affaires en attente. Toutes les affaires doivent être instruites et jugées dans un bref délai.

L'ampleur de la tâche à laquelle se voit confrontée la chambre d'appel de la jeunesse ne peut être mesurée au seul nombre des affaires. C'est surtout l'envergure que les affaires ont prise qu'il importe de mettre en relief.

Le traitement des affaires est rendu très laborieux en raison de plusieurs facteurs:

- 1) Il y a d'abord l'accroissement du nombre des intervenants aux audiences, à savoir les avocats et les experts psychologues et psychiatres. L'assistance judiciaire connaît un développement considérable. Les mineurs comparaissent devant les juridictions de la jeunesse accompagnés de leur avocat. L'affluence au prétoire des psychologues, psychiatres, et autres professionnels en matière socio-éducative traduit une tendance de la société à la médicalisation des problèmes.
- 2) Les juridictions de la jeunesse doivent en principe procéder à l'audition des mineurs afin de recueillir les sentiments de ceux-ci. Le droit des mineurs ayant atteint l'âge de la raison d'être entendus par le juge existe évidemment dans les affaires de jeunesse, mais aussi dans les affaires civiles qui concernent les mineurs.
- 3) Il faut malheureusement constater que la multiplicité des services socio-éducatifs agissant sans coordination entre eux, et aux compétences mal définies, ne facilite pas la tâche du juge. L'efficacité de l'intervention des services et la cohérence des rapports d'enquête sociale souffrent du transfert continu des dossiers d'un(e) assistant(e) social(e) à un(e) autre au gré des nécessités de l'organisation interne de leur service. A cela s'ajoute que les relations entre différents services sont souvent conflictuelles. Ainsi, il se peut que dans une même affaire des rapports diamétralement opposés soient soumis au juge.
- 4) Il faut aussi rappeler le retard dans la mise à jour des textes relatifs à l'autorité parentale y compris l'article 380 du code civil dont l'inconstitutionnalité fut déclarée par un arrêt de la Cour constitutionnelle datant déjà du 26 mars 1999. Les justiciables se soumettent plus facilement à des lois

adaptées aux besoins sociaux. Une bonne loi a un effet apaisant. Or, la législation actuelle en matière d'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation de parents non mariés multiplie et aiguise le contentieux en raison des inégalités qu'elle crée entre parents dans leurs relations avec les enfants communs.

Les considérations ci-dessus mettent en évidence que l'envergure du contentieux dévolu à la chambre d'appel de la jeunesse exige une adaptation de l'organisation judiciaire en matière de protection de la jeunesse en instance d'appel.

Actuellement le début des audiences est fixé à 14 heures au lieu de 15 heures afin de gagner une heure d'audience supplémentaire. Les causes sont appelées successivement à l'heure du rendez-vous fixé aux parties pour leur affaire, afin d'éviter, dans la mesure du possible, les attentes fastidieuses aux avocats, aux enfants et aux parties, et de favoriser ainsi une évacuation plus sereine des affaires.

A court terme, pour assurer une évacuation d'un nombre croissant d'affaires dans un délai raisonnable, il est suggéré de créer un 3e poste de conseiller rouleur qui serait spécialement affecté à la chambre d'appel de la jeunesse. Un conseiller rouleur pourrait tenir deux audiences mensuelles.

Les soussignés insistent cependant sur le fait qu'il ne saurait être question, pour des conseillers affectés à plein temps à une chambre, de tenir deux audiences de jeunesse par mois. La perte de temps serait trop considérable et irait au détriment du travail dans la chambre.

Comme la charge de la chambre d'appel de la jeunesse constitue une fonction à responsabilité particulière, elle bénéficie du grade M4bis. Le conseiller rouleur se verrait partant attribuer cet avantage bien qu'il fût devancé par des collègues plus anciens en rang, classés au grade M4, sans bénéficier d'un grade de substitution.

Une réforme plus poussée devrait envisager la création d'une „chambre de la famille“ composée de trois conseillers, qui se verrait attribuer l'ensemble des matières relatives à l'état des personnes: divorces, filiations, adoptions, tutelles ainsi que la protection de la jeunesse et le contentieux visé à l'article 302 du code civil.

La fragmentation des compétences juridictionnelles telle qu'elle existe aujourd'hui est un „patchwork“ défiant toute logique. Ainsi les litiges relatifs à l'autorité parentale de parents mariés relèvent procéduralement du droit commun. Après divorce, la chambre d'appel de la jeunesse devient compétente. Si les parents n'étaient pas mariés, le litige relève de la procédure en matière de tutelles. Un même genre de litige peut ainsi être soumis à trois procédures différentes.

Aux termes de l'article 4, 1° du NCPC, le tribunal de paix connaît de toutes demandes en pension alimentaire, à l'exception de celle se rattachant à une instance en divorce ou séparation de corps. L'on pourrait envisager une autre exception à la compétence de principe du tribunal de paix, à savoir la demande alimentaire qui se rattache à une instance en modification ou en détermination du droit de garde des enfants introduite après divorce en application de l'article 302, alinéa 2, du code civil.

Cette nouvelle exception à l'article 4 du NCPC serait tout à fait dans la logique de cette disposition qui consacre le principe que la demande accessoire suit la demande principale quant à la compétence. En effet, de même qu'il appartient au tribunal statuant sur le divorce de connaître également des mesures accessoires et notamment des demandes alimentaires, ainsi le juge de la jeunesse devrait également pouvoir toiser la demande en contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants qui est l'accessoire de la demande en transfert du droit de garde. Cette solution de bon sens éviterait qu'une partie, après avoir obtenu le transfert du droit de garde devant le tribunal de la jeunesse, devrait ensuite encore saisir le tribunal de paix pour obtenir une pension alimentaire pour les enfants. Le lien procédural entre l'action relative à l'état des personnes et la demande alimentaire y accessoire est reconnu sur le plan européen par les règlements (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000, article 5, alinéa 2, et No 2201/2003 du 27 novembre 2003, point 11 du préambule. Par conséquent, tout plaide à toiser ensemble dans une même procédure et sans perte de temps et la demande relative au droit de garde et le volet alimentaire qui s'y rattache.

Espérant que la présente contribuera à adapter l'organisation judiciaire en matière de protection de la jeunesse en instance d'appel aux évolutions sociales, les soussignés vous prient d'agréer, Monsieur le Président, leurs salutations les plus distinguées.

*Camille Hoffmann
Annette Gantrel*

