

N^{os} 47.985
46.600
47.248

1. Projet de loi

relatif à la responsabilité parentale.

2. Proposition de loi

portant réforme de l'autorité parentale et instaurant la permanence du couple parental.

3. Proposition de loi

portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Avis du Conseil d'Etat

(17 mai 2011)

Par dépêche du 12 mars 2004, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, soumit à l'avis du Conseil d'Etat la proposition de loi portant réforme de l'autorité parentale et instaurant la permanence du couple parental, déposée à la Chambre des députés par le député Jacques-Yves Henckes en séance publique du 20 février 2004 (doc. parl. n° 5304).

Par dépêche du 6 avril 2006, le Conseil d'Etat se vit encore communiquer aux mêmes fins par le Premier Ministre, Ministre d'Etat, la proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, déposée à la Chambre des députés, en séance publique du 14 mars 2006 par la députée Marie-Josée Frank et le député Laurent Mosar (doc. parl. n° 5553).

Aux textes des deux propositions de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles. Par dépêche du 30 avril 2007, la prise de position du Gouvernement sur la proposition de loi n° 5553 a été communiquée au Conseil d'Etat. Par dépêche du 19 décembre 2008, une prise de position du Gouvernement sur la proposition de loi n° 5304 ainsi que sur une autre proposition de loi depuis lors retirée du rôle lui a encore été communiquée.

Par dépêche du 21 mars 2008 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi relatif à la responsabilité parentale, élaboré par le ministre de la Justice (doc. parl n° 5867).

Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Concernant le projet de loi sous rubrique, le Conseil d'Etat fut par ailleurs saisi:

- par dépêche du 26 janvier 2009, de l'avis du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg;
- par dépêche du 9 février 2009, des avis respectifs
 - du Procureur général d'Etat,
 - du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg,
 - du Tribunal d'arrondissement de Diekirch,
 - du Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg,
 - du Parquet du Tribunal d'arrondissement de Diekirch,
 - de la Justice de paix de Luxembourg,
 - de la Justice de paix d'Esch-Alzette,
 - de la Justice de paix de Diekirch,
 - du Tribunal de la jeunesse et des tutelles,
 - des observations de conseillers à la Cour d'appel;
- par dépêche du 7 décembre 2010, de l'avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand.

Considérations générales

Le projet de loi relatif à la responsabilité parentale vise à une réforme globale de l'autorité parentale afin de consacrer le principe de la coparentalité quel que soit le type de filiation et même au-delà de la séparation du couple parental. Il s'inscrit dans la lignée de la proposition de loi n° 5304 portant réforme de l'autorité parentale et instaurant la permanence du couple parental et de la proposition de loi n° 5553 portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui, elles aussi, visent à réformer certaines règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Le Conseil d'Etat examinera ces propositions avec le projet de loi sous avis dans la mesure où les dispositions proposées se recoupent avec celles du projet gouvernemental. Aussi, ne procédera-t-il pas à l'examen de ceux des articles figurant dans la proposition de loi n° 5553 qui ont trait au droit de la filiation, alors que le Gouvernement a annoncé dans l'exposé des motifs du projet de loi vouloir procéder à une réforme du droit de la filiation dans un projet à part.

Examen des articles

Article I

Point 1

Le projet de loi propose de remplacer les termes actuels d'« autorité parentale » par ceux de « responsabilité parentale » au Titre IX du Livre I^{er} du Code civil. Les auteurs expliquent vouloir aligner la terminologie de la législation luxembourgeoise à celle de la législation européenne et notamment au règlement (CE) n° 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, qui emploie le terme « responsabilité parentale ». Ils précisent en outre que

l'expression « responsabilité parentale » couvre non seulement la responsabilité relative à la personne de l'enfant, mais aussi celle relative aux biens de l'enfant. Plusieurs des avis émis par les autorités judiciaires de même que l'avis de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK) critiquent cette nouvelle terminologie. L'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg se réfère aux explications données par la commission De Keuwer-Defossez, mise en place par le ministre de la Justice français lors de la réforme de la législation relative à l'autorité parentale et se prononçant pour le maintien du terme « autorité parentale ». Selon cette commission, le terme d'autorité parentale « traduirait mieux le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents ». Elle a d'ailleurs relevé que le terme de responsabilité était particulièrement ambigu, étant donné qu'en droit il avait des significations très précises et a souligné qu'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 leur appartiennent pour y arriver: il y a responsabilité parce qu'il y a autorité. Lors de son examen de la proposition de loi relative à l'autorité parentale, la commission des lois du Sénat français a estimé que « Le terme de responsabilité sera plus réducteur: il gommerait le devoir d'exigence des parents à l'égard de leurs enfants et affaiblirait la signification du lien de filiation. » Par ailleurs, le Procureur général d'Etat a précisé que « 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 ».

Le Conseil d'Etat peut se rallier à toutes ces considérations qui plaident en fin de compte pour le maintien de la notion d'« autorité parentale » dans le futur texte de loi.

Point 2

L'abrogation des articles 371 à 381 du Code civil doit s'analyser en fait en modification desdits articles et doit figurer comme telle dans le dispositif prévu.

Des modifications au chapitre I^{er} (et non: Chapitre „1^{er}“, comme indiqué dans le projet) figurant au Titre IX du Livre I^{er} du Code civil sont opérées par le projet de loi et par les deux propositions de loi mentionnées ci-avant. Le Conseil d'Etat procédera à l'examen des différents articles du projet de loi, en tenant compte des diverses modifications découlant des deux propositions de loi.

Section I. – Dispositions générales

Art. 371

Ni le Gouvernement ni les auteurs de la proposition de loi n° 5553 n'entendent changer le libellé de l'actuel article 371 qui rappelle les devoirs des enfants envers leurs parents. Les deux textes proposent cependant d'ajouter en tant qu'alinéa 2 de cet article l'alinéa 1^{er} de l'actuel article 372. Ni le texte français ni le texte belge ne font un tel regroupement. Le Conseil d'Etat est d'avis que cet alinéa se rapportant à l'étendue dans le temps de l'autorité parentale devrait continuer à figurer sous l'article 372 qui définit le contenu de l'autorité parentale, comme le propose la proposition de loi n° 5304.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que les futures dispositions sur l'autorité parentale devraient se référer aux « parents » plutôt qu'aux « père et mère » alors que le projet de loi n° 6172 portant réforme du mariage et de l'adoption prévoit qu'une adoption pourra être demandée par deux conjoints ou partenaires de même sexe et que si ces deux personnes adoptent ensemble, elles seront investies en commun, à l'égard de l'adopté, de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui d'administrer les biens et de consentir au mariage de l'adopté. D'ailleurs, ce dernier projet de loi contient une disposition générale qui prévoit le remplacement des termes « père et mère » par ceux de « pères et mères » dans une série d'articles dont notamment les articles visés par le projet de loi et les propositions de loi sous avis et dans toute autre disposition faisant référence à l'autorité parentale de parents de sexe différent. Le Conseil d'Etat reviendra sur cette disposition dans son avis relatif audit projet de loi. D'ores et déjà, il se prononce en faveur du terme « parents » plutôt que de suivre les auteurs du projet de loi n° 6172 dans leur proposition.

Art. 372

A l'instar du Procureur général d'Etat, le Conseil d'Etat se prononce en faveur de l'adoption du libellé de l'article 371-1 du Code civil français en lieu et place du texte proposé par les auteurs du projet de loi à l'article sous revue. Ce libellé, qui est d'ailleurs repris par les deux propositions de loi, a l'avantage de préciser les devoirs incombant aux parents: protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. D'ailleurs, le Conseil d'Etat estime que dans le contexte du présent article il y aura lieu de se limiter aux droits et devoirs attribués de plein droit aux parents et de traiter les questions relatives aux droits et devoirs résultant d'une décision judiciaire ou d'accords parentaux sous les sections traitant plus spécifiquement de ces sujets.

En outre, comme le chapitre II du Titre IX reste conformément au texte actuel consacré aux dispositions relatives aux biens des enfants, il n'y a pas lieu d'anticiper sur les dispositions y relatives dans le chapitre réservé aux droits et devoirs concernant la personne de l'enfant.

Finalement, le Conseil d'Etat se prononce contre le maintien de la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} qui énonce que l'autorité parentale comprend notamment le droit de garde et de visite. Cette terminologie, qui n'est plus en phase avec le principe de la coparentalité, a d'ailleurs été supprimée dans les législations française et belge suite aux réformes

législatives récentes. Il a été relevé à juste titre dans certains des avis transmis au Conseil d'Etat que l'autorité parentale telle qu'envisagée implique un devoir de garde de l'un et de l'autre parent. En cas d'intervention du juge, ce dernier sera amené à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Art. 372-1

Cet article du projet de loi tend à généraliser l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation à tous les parents, quel que soit leur statut, qu'ils soient mariés ou non ou qu'ils soient séparés ou non. Il consacre le principe de la continuation de cette obligation au-delà de la majorité de l'enfant en cas de besoin. Cette disposition ne donne pas lieu à observation.

Art. 373

Le libellé proposé reprend le texte de l'article 371-3 du Code civil français et remplace les mots « maison paternelle » figurant à l'actuel article 373 par « maison familiale ». Il y a lieu de lire cet article avec l'article 108 du Code civil, qui sera également modifié par le projet de loi sous avis et qui implique l'obligation pour l'enfant de demeurer chez ses père et mère.

Art. 374

Cet article élargit conformément à l'article 371-4 du Code civil français les possibilités de relations de l'enfant avec ses ascendants et d'une manière générale avec des tiers. Contrairement au texte proposé par les auteurs des deux propositions de loi, le Gouvernement abandonne la notion de « motifs graves » figurant à l'actuel article 374 en s'appuyant sur la jurisprudence française selon laquelle ladite notion serait de nature à susciter des conflits au sein de la famille, traumatisants pour l'enfant. Le Conseil d'Etat peut suivre les auteurs du projet de loi en ce qu'ils remplacent la notion de « motifs graves » par le seul critère de l'intérêt de l'enfant et abandonnent la référence au juge des tutelles figurant dans l'actuel texte.

L'élargissement des possibilités de relations avec un tiers tient compte des tendances actuelles de recrudescence des familles recomposées. Contrairement à la disposition figurant à l'article 371-4 du Code civil français et reprise par les deux propositions de loi, les auteurs du projet de loi ne prévoient la saisine du juge des tutelles qu'en cas de désaccord des parents. Le Procureur général d'Etat fait état du risque que comporte la disposition en projet de voir imposer par les parents à leur enfant des relations avec des tiers contraires à ses intérêts. Il propose de reprendre le libellé exact du texte français qui attribue au juge le pouvoir de constater en tout état de cause l'intérêt de l'enfant. Le Conseil d'Etat se rallie à cette approche prudente.

Finalement, le Procureur général d'Etat plaide pour l'ajout d'une disposition similaire à celle prévue par l'article 371-5 du Code civil français qui prévoit que « l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution ». Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à voir inscrire une disposition en faveur du

maintien de l'unité de la fratrie dans le présent contexte. En effet, il est considéré que le maintien de l'unité de la fratrie a souvent des conséquences bénéfiques, car cette unité permet aux enfants de se soutenir mutuellement, dans une situation difficile pour eux.

Vu que le libellé du texte français a cependant été sévèrement critiqué par la doctrine qui l'a jugé de « droit mou », il serait utile de trouver une formulation plus contraignante.

Section II.- Des principes généraux de l'exercice de l'autorité parentale

Cette section du projet de loi contient les articles 375, 375-1, 375-2 et 375-3 qui s'alignent sur les articles 372, 372-2, 373 et 373-1 du Code civil français.

Art. 375

Le nouvel article 375 dans la version gouvernementale et dans la version des deux propositions de loi s'inspire largement de l'article 372 du Code civil français. Il énonce le principe que l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, quel que soit le type de filiation. Partant, l'autorité parentale sera désormais exercée en commun dès que la filiation de l'enfant né hors mariage est établie à l'égard de ses deux parents. Deux exceptions à ce principe concernent la reconnaissance tardive ou une déclaration judiciaire de la filiation en l'absence de reconnaissance tardive. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord au libellé proposé par le projet de loi.

Art. 375-1

Cet article reprend le libellé de l'actuel article 375-2, sauf à remplacer les termes « chacun des époux » par ceux de « chacun des parents ». Il ne donne pas lieu à observation.

Art. 375-2

L'article sous revue est calqué sur l'article 373 du Code civil français et remanie substantiellement les dispositions figurant actuellement à l'article 376 relatif à la perte de l'exercice de l'autorité parentale. Les trois cas de perte automatique prévus à l'article 376 seront réduits à ceux figurant actuellement sous le point 1°. En plus, la référence à la notion d'éloignement est supprimée alors que les auteurs estiment que, compte tenu des moyens de communication modernes, l'éloignement ne peut plus être un cas automatique de perte de l'exercice de l'autorité parentale. Le Conseil d'Etat peut se rallier à cette approche tout en appuyant la recommandation du Procureur général d'Etat d'aligner le libellé de l'article 213, alinéa 2 du Code civil à celui proposé sous le présent article et de supprimer le terme « éloignement ».

Conformément au texte français, les auteurs du projet de loi entendent supprimer le cas de perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale après une condamnation pénale du chef d'inexécution de son obligation

alimentaire envers l'enfant, tel que prévu par le point 2° de l'article 376 actuel. La commission des lois du Sénat français avait à l'époque de l'examen de l'article 373 du Code civil français observé que « la perte automatique de l'exercice de l'autorité parentale après une condamnation pour abandon de famille semble aller à l'encontre des buts poursuivis par le texte de favoriser la coparentalité. Est ainsi instituée une peine complémentaire automatique qui ne sera pas forcément adaptée. » Si les auteurs du projet adoptent le libellé de l'article 373 du Code civil français, ils expliquent cependant dans le commentaire de l'article 375-2 que le Gouvernement « entend reprendre, non pas le libellé précis du paragraphe 2° de l'actuel article 376, mais la philosophie: par exemple, le fait pour un parent d'entraver sans raisons et de manière répétée l'exercice de la responsabilité parentale de l'autre parent peut entraîner la perte de la responsabilité parentale dans son chef. » Les auteurs semblent déduire cette possibilité des termes « toute autre cause » figurant *in fine* du libellé proposé. Ils rejoignent la doctrine française qui considère que cette notion est laissée à l'appréciation du juge. Cependant, le Parquet de Luxembourg juge la notion de « toute autre cause » trop imprécise et vague. Mais le Procureur général d'Etat de conclure 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 parentale ».

A la lumière de ces considérations, le Conseil d'Etat estime que si les auteurs entendent, comme indiqué dans le commentaire de l'article, garder la philosophie de l'ancien point 2°, ils devront prévoir une disposition explicite comme le préconisent le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg et l'ORK. D'ailleurs, tant l'article 5 de la proposition de loi n° 5304 (article 376, point 2°) que l'article 7 de la proposition de loi n° 5553 (article 377) prévoient une disposition analogue.

Finalement, le Conseil d'Etat marque son accord à voir supprimer le point 3° de l'article 376 actuel qui se réfère à un jugement de déchéance et qui devient superfétatoire dans le contexte de la réforme.

Art. 375-3

Cet article, au libellé conforme à l'article 373-1 du Code civil français, reprend l'esprit de l'actuel article 377 et ne donne pas lieu à observation.

Section III.- De l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés

Les articles 376, 376-1, 376-2 et 376-3 du projet de loi s'inspirent largement des articles 373-2, 372-2-1 à 372-2-5 du Code civil français.

Tant le projet de loi que les deux propositions de loi convergent en ce qu'ils visent à établir des règles communes relatives à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents, qu'ils aient été mariés ou non. Le Conseil d'Etat se prononce en faveur de l'uniformisation prévue. Il renvoie aux observations formulées dans son avis complémentaire du 16

juillet 2010 sur le projet de loi portant réforme du divorce et, pour autant qu'il soit jugé opportun de maintenir des dispositions parallèles dans le cadre dudit projet, il insiste sur la mise en cohérence des différents textes en projet, pour éviter toute contradiction.

Art. 376

L'alinéa 1^{er} de cet article affirme que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale et rappelle ainsi la permanence du couple parental même après sa séparation. Il est vrai que les droits mêmes ne seront pas affectés par la séparation, mais les conditions de leur exercice peuvent être modifiées conformément aux articles subséquents.

L'alinéa 2 constitue un rappel des exigences de la Convention internationale des droits de l'enfant. Il contient l'obligation pour chaque parent de maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et de respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent. La proposition de loi n° 5553 fait figurer cette disposition à l'article qui traite de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale (art. 379-2) et donne au tribunal une obligation de veiller à ce que dans cette hypothèse l'enfant maintienne des liens personnels avec chacun de ses parents. Une telle approche s'avère trop réductrice dans la mesure où elle enlève une part de l'obligation des parents pour la confier au juge. Au-delà de l'obligation des parents, l'article 377 du projet de loi prévoit que le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Le Conseil d'Etat approuve l'optique différente adoptée par les auteurs du projet qui donnent au juge la mission de garantir le droit de l'enfant de maintenir des liens avec chacun de ses parents.

Le dernier alinéa rend obligatoire l'information préalable d'un parent en cas de déménagement susceptible de changer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. L'obligation prévue n'est pas sanctionnée, mais les auteurs du projet de loi estiment que le juge pourrait se servir d'un tel fondement textuel pour sanctionner les coups de force de l'un des parents. Les auteurs ont repris du texte français l'exigence d'une information en temps utile qui a été introduite pour éviter que l'information ne soit délivrée dans un délai si court que toute saisine du juge se révélerait matériellement impossible.

Art. 376-1

Cet article prévoit l'exercice unilatéral de l'autorité parentale qui désormais sera l'exception et non plus la règle. Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale garde certaines prérogatives. Il a un droit de visite et d'hébergement. Les auteurs rappellent dans ce contexte que selon l'article 376 ce parent a le droit de maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et a de ce fait un droit de communication. Le Conseil d'Etat souligne que suivant le texte gouvernemental il s'agit non seulement d'un droit, mais d'une obligation pour ce parent. L'ORK insiste d'ailleurs dans son avis relatif au projet de loi sur le droit de l'enfant d'être visité qui est le corollaire de cette obligation. Le devoir du parent privé de l'exercice de l'autorité parentale de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant,

énoncé à l'alinéa 3, découle de cette obligation de maintenir ses relations personnelles avec l'enfant. Une conséquence de cette obligation est le droit du parent d'être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant, et ceci non seulement par l'autre parent comme le prévoit la proposition de loi n° 5553. Dans le commentaire de l'article, les auteurs soulignent que les tiers, sous réserve du respect des règles du secret professionnel, doivent transmettre les informations concernant l'enfant à ce parent.

Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale devra respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 372-1, c'est-à-dire qu'il devra continuer à contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.

Le Procureur général d'Etat plaide pour l'insertion d'une disposition analogue à celle figurant à l'article 373-2-1, alinéa 3 du Code civil français relative à une modalité d'exercice du droit de visite du parent auquel l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été confié, à savoir l'organisation du droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet. Le Conseil d'Etat peut se rallier à cette approche, même si l'on peut admettre que le juge qui peut statuer en vertu de l'article 378-1 sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale a de toute façon la compétence pour y apporter un tel aménagement.

Art. 376-2

S'il est vrai que l'obligation des deux parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants prévue à l'article 372-1 perdure en cas de séparation, le régime de la contribution peut cependant changer. Du moment que les parents ne vivent plus avec l'enfant, l'obligation parentale d'entretien ne pourra, en principe, plus être exécutée en nature mais en valeur et prendra la forme d'une pension alimentaire.

Conformément à l'article 373-2-2, alinéa 2 du Code civil français, l'alinéa 2 du présent article retient que les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée ou, à défaut, par le juge des tutelles.

La proposition de loi n° 5304 reproduit en outre dans son article 378-2 les alinéas 3 et 4 de l'article 373-2-2 du Code civil français, que les auteurs du projet de loi n'ont pas repris. Il s'agit de modalités spécifiques à appliquer aux pensions alimentaires. Le Procureur général d'Etat a d'ailleurs soulevé la question si ces modalités sont à laisser à l'appréciation des parents, voire du juge. En outre, il estime nécessaire d'introduire un nouvel article 376-4 relatif à la modification de la pension alimentaire. Le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à un tel ajout même s'il peut sembler superfétatoire au vu de l'article 378-6 du projet de loi.

Art. 376-3

L'alinéa 2 de l'article 372-1 prévoit que l'obligation d'entretien et d'éducation envers un enfant ne cesse pas de plein droit à la majorité de l'enfant. Cet article permet à l'enfant majeur de ne pas avoir à intenter lui-

même une action contre un parent défaillant, mais laisser à l'autre parent la possibilité de le faire. Tout ou partie de cette contribution pourra être versée directement à l'enfant majeur.

Comme le Conseil d'Etat l'avait déjà soulevé dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010 relatif au projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce, les nouvelles dispositions prévues sous le présent article rendent superfétatoires les articles 271 et suivants relatifs aux pensions alimentaires, prévus par le projet de loi amendé par la commission parlementaire de la Chambre des députés dans la mesure où le présent projet de loi règle la situation de tous les parents séparés, y inclus les parents divorcés.

Section IV de l'intervention du juge des tutelles

Art. 377

D'après les auteurs du projet de loi, c'est le juge des tutelles qui réglera toutes les questions relatives à la responsabilité parentale qui lui sont soumises. Outre les questions ayant trait au Titre IX du Livre I^{er} du Code civil comprenant les dispositions sur l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et aux biens des enfants, le juge des tutelles se verra confier des attributions qui jusqu'à présent étaient de la compétence d'autres instances juridictionnelles (juge de la jeunesse, juge de paix), de sorte que c'est à bon droit que les autorités judiciaires consultées ont soulevé dans leurs avis le problème d'une réorganisation judiciaire allant de pair avec le présent projet. A noter que dans les deux propositions de loi la compétence est dévolue au Tribunal de la jeunesse. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat rappelle que dans son avis du 16 mars 2004 relatif au projet de loi portant réforme du divorce, il avait déploré que la question de l'institution de magistrats spécialisés dans le droit de la famille n'ait pas été approfondie et il avait renvoyé à l'institution d'un juge aux affaires familiales en France qui avait impliqué une réforme en profondeur des règles de procédure (doc. parl. n° 5155²). Le Conseil d'Etat peut se rallier à l'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui soutient que « 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 quel que soit le statut de leurs parents et couvrirait l'ensemble du droit de la famille ». Rejoignant la position de l'ORK dans son avis du 16 novembre 2010, le Conseil d'Etat plaide pour l'institution d'un juge spécialisé dans les affaires familiales. Le Gouvernement devra préciser l'étendue à conférer à la compétence de ce juge.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat relève que la numérotation et le libellé des articles visés à l'alinéa 2 se basent sur la législation actuelle qui est cependant en voie de modification notamment par le biais du projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce. Le Conseil d'Etat y reviendra lors de l'examen des points 12 et 14 de l'article I^{er} sous avis.

Les alinéas 3 et 4, qui sont une reproduction fidèle des alinéas 2 et 3 de l'article 373-2-6 du Code civil français, de même que l'alinéa 5 ne donnent pas lieu à observation.

Art. 378

Cet article prévoit la faculté de tous les parents de faire homologuer une convention par laquelle ils règlent les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le projet de loi portant réforme du divorce prévoit une disposition analogue en cas de divorce par consentement mutuel.

Art. 378-1

La disposition en projet est une copie conforme de l'article 373-2-8 du Code civil français et ne donne pas lieu à observation.

Art. 378-2

La rédaction de cet article permet d'inscrire le principe de la résidence alternée dans la loi, considérée comme une application concrète du principe de la coparentalité. Une disposition semblable figure dans la proposition de loi n° 5304 qui, quant à elle, suit le législateur français. Ce dernier prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner, à titre provisoire et pour une durée déterminée, une résidence alternée, même en cas de désaccord des parents. Tout comme le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le Conseil d'Etat considère l'approche adoptée par le Gouvernement plus adéquate.

Art. 378-3

Tant le projet de loi que la proposition de loi n° 5304 reprennent la disposition figurant à l'article 373-2-10 du Code civil français. Quant au recours à la médiation, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations émises dans son avis du 16 mars 2004 relatif au projet de loi portant réforme du divorce dans lequel il s'était déjà prononcé en faveur de l'application de modes alternatifs de règlement de conflits, comme notamment la médiation familiale. Tout en maintenant cette position, il insiste une fois de plus sur la mise en place d'un véritable statut pour la médiation qui devra se réaliser à travers le projet de loi n° 6272 portant transposition de la 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 en droit national et dont le Conseil d'Etat vient d'être saisi.

Art. 378-4, 378-5 et 378-6

Le projet de loi et la proposition de loi n° 5304 suivent fidèlement le législateur français et reproduisent en gros les dispositions des articles 373-2-11, 373-2-12 et 373-2-13 du Code civil français concernant l'énumération d'éléments non limitatifs sur lesquels les juges pourront se baser afin de déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, la possibilité d'effectuer une enquête sociale et les conditions de révision des conventions et décisions judiciaires relatives à l'exercice de l'autorité parentale. L'article 378-5 prévoit, à l'instar de la législation française, la possibilité d'une contre-enquête sociale. Tout comme le Tribunal d'arrondissement de

Luxembourg et le Parquet du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le Conseil d'Etat donne à considérer qu'au Luxembourg les enquêtes sociales sont réalisées par le Service central d'assistance sociale, dépendant du Parquet général, de sorte que l'intérêt d'instituer une contre-enquête qui serait effectuée par le même organe paraît discutable. Aussi, le Conseil d'Etat se prononce-t-il en faveur de la suppression du renvoi à une contre-enquête.

En ce qui concerne la modification d'une pension alimentaire, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 376-2.

Section V.- De l'intervention des tiers

Art. 379 à 381

Les articles 379 à 381 du projet de loi reproduisent les articles 373-3, 373-4, 373-5, 374-1 et 374-2 du Code civil français. Les deux propositions de loi prévoient également la possibilité de confier l'enfant à un tiers, si son intérêt l'exige. Les nouvelles dispositions visent à instituer pour des tiers, qui assurent l'éducation d'un enfant, une solution plus souple que le recours à la procédure de la délégation de l'autorité parentale ou l'ouverture d'une tutelle et qui a l'avantage de ne pas dépouiller les parents des droits et devoirs de l'autorité parentale.

L'article 379 du projet de loi précise, tout comme l'article 373-3 du Code civil français, que le tiers auquel l'enfant peut être confié devra de préférence être choisi dans sa parenté. Le Conseil de l'Ordre des avocats propose de supprimer cette disposition faisant valoir que « l'évolution sociologique fait qu'il y a aujourd'hui des familles recomposées, et qu'un mineur est susceptible d'avoir été éduqué par une personne avec laquelle il n'a pas de lien de parenté. Il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'écarter cette personne du choix des tiers à qui l'enfant peut être confié ». Comme le juge saisi d'une demande devra de toute façon choisir la tierce personne à laquelle l'enfant sera confié en vertu de l'intérêt de l'enfant, l'exigence du choix préférentiel parmi la parenté n'apporte aucune plus-value et pourrait, aux yeux du Conseil d'Etat, être supprimée.

L'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg soulève la question de l'attribution des allocations familiales dans l'hypothèse de l'intervention de tiers. Même si l'article 273 du Code de la sécurité sociale envisage d'ores et déjà cette hypothèse, le Conseil d'Etat estime qu'une révision de la législation sur les prestations familiales devrait aller de pair avec les modifications prévues par le projet de loi, notamment par rapport à la résidence alternée prévue à l'article 378-2. De même, ne faudrait-il pas adapter la législation en matière d'imposition?

Point 3

Il est proposé de modifier l'intitulé du Chapitre II figurant dans le Livre I^{er}, Titre IX de sorte à remplacer le terme « autorité » par « responsabilité ». Le Conseil d'Etat s'oppose à cette modification et renvoie à ses observations sous le point 1, relatives à cette terminologie.

Point 4

Au Chapitre II du Livre I^{er}, titre IX, les articles 383 et 384 concernant l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant sont modifiés en vue d'adopter, d'une part, la nouvelle terminologie de responsabilité parentale et, d'autre part, la nouvelle philosophie du projet instituant le même régime pour les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage. Si le Conseil d'Etat approuve la modification projetée pour mettre l'accent sur l'exercice en commun par les deux parents, qu'ils soient mariés ou non, de l'administration et de la jouissance des biens de leurs enfants mineurs, il renouvelle ses objections par rapport à l'adoption des termes « responsabilité parentale ».

Point 5

En ce qui concerne ce point visant à modifier l'intitulé du Chapitre III du Livre I^{er}, Titre IX, le Conseil d'Etat renvoie à ses objections formulées ci-avant.

Point 6

Les modifications prévues sous ce point concernent les dispositions relatives à la délégation de l'autorité parentale.

Art. 387-1

Pour les raisons développées ci-dessus, le Conseil d'Etat se prononce pour le maintien des termes « autorité parentale ».

Art. 387-2

Le Conseil d'Etat constate que seule la terminologie de cet article est modifiée. Il aurait une préférence pour le texte français, d'ailleurs repris par la proposition de loi n° 5553 à son article 8, en ce que celui-ci parle de « modalités de l'exercice de l'autorité parentale » au lieu de « droits et obligations de la responsabilité parentale ». A l'instar du Procureur général d'Etat, il se prononce en faveur du remplacement du terme « tribunal » par ceux de « juge de tutelles » ou, en cas d'institution d'un juge aux affaires familiales, par ces termes-ci.

Art. 387-3, 387-4, 387-5 et 387-6

Les auteurs du projet de loi proposent le maintien de l'actuel article 387-3, sauf à insérer une disposition relative aux actes usuels du tiers délégataire en cas de partage de l'exercice de l'autorité parentale. Aux articles 387-4, 387-5 et 387-6, la modification projetée qui se limite au remplacement des termes « autorité parentale » par « responsabilité parentale » est désapprouvée par le Conseil d'Etat.

Le terme « séparément » prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 387-3 doit nécessairement être compris comme celui entre les parents qui a seul l'exercice de l'autorité parentale. Par ailleurs, le Conseil d'Etat recommande

de reformuler les articles 387-3 et 387-4 en adoptant un libellé proche des articles 377 et 377-1 du Code civil français.

Le Code civil français comporte au chapitre de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant une section 2 intitulée « De l'assistance éducative ». Un ensemble de mesures peuvent être prises par le juge des enfants, lorsque la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé est en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises. Dans notre législation, de telles mesures sont prévues par la loi relative à la protection de la jeunesse du 10 août 1992 que le projet de loi n° 5351 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse vise à revoir sur certains points. Il y aura lieu de faire concorder l'esprit et la terminologie du présent projet avec le projet de loi n° 5351.

Point 7

Le Conseil d'Etat propose de reformuler l'intitulé du Chapitre IV comme suit: « Chapitre IV.- Du retrait total ou partiel de l'autorité parentale ».

Point 8

Art. 387-9

L'actuel article 387-9 est remplacé par un libellé proche des articles 378 et 378-1 du Code civil français.

L'alinéa 1^{er} de l'article 387-9 nouveau vise le retrait de l'autorité parentale par un jugement pénal. A cet égard, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées dans son avis complémentaire du 18 janvier 2011 relatif au projet de loi n° 6046 portant: 1. approbation

a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007

b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 mai 2000

c) du Procès-verbal de rectification du 14 novembre 2000 de l'Original du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 mai 2000

2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle.

A l'instar du Procureur général d'Etat, le Conseil d'Etat s'interroge sur les raisons qui ont amené les auteurs du projet à supprimer l'hypothèse prévue au texte de l'article 387-9 actuel, qui prévoit non seulement les condamnations du chef de faits commis sur la personne de l'enfant mais également « à l'aide de l'un de ses enfants ou descendants ». Le Conseil

d'Etat constate que les auteurs n'ont pas repris non plus le dernier cas de figure de l'article 378 français, à savoir le cas des parents auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent.

L'alinéa 2 vise le retrait de l'autorité parentale par un jugement civil. C'est dans le cadre d'une telle action que se situe l'alinéa 3 qui désigne les personnes ayant qualité pour agir en omettant le membre de la famille prévu par le texte français. Le Conseil d'Etat propose d'inclure et le membre de la famille et le tiers auquel l'enfant a été confié en vertu des dispositions figurant sous la section V.

Selon le Conseil d'Etat, il serait préférable de suivre le législateur français et de faire figurer les dispositions de l'alinéa 1^{er}, qui concernent le retrait de l'autorité pénale par voie d'un jugement pénal, et celles des alinéas 2 et 3 ayant trait au retrait de l'autorité parentale prononcé par un jugement civil, dans deux articles distincts.

Finalement, le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de la modification apportée à l'article 387-9. Il se prononce en faveur du maintien du système actuel ne prévoyant le retrait que par le seul juge civil.

Art. 387-10

Selon les auteurs du projet de loi, l'objet de cet article est de remplacer les dispositions actuelles par une formule plus générale englobant tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale. L'exclusion du droit de recueillir tout ou partie de la succession par application de l'article 746 du Code civil, prévue au point 5° de l'article 387-10 actuel, n'est plus reprise sans que le commentaire explique cette omission. A noter que le législateur belge a inséré une telle disposition à l'article 33 de la loi relative à la protection de la jeunesse. Encore une fois, le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value de l'article sous avis par rapport aux dispositions actuellement en vigueur. Il estime en effet que l'énumération des droits prévue par l'article 387-10 actuel est plus claire que la formule générale visant à englober tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale prévue par l'article sous avis et il plaide pour le maintien des dispositions actuelles.

Art. 387-11

Sans observation.

Art. 387-13

Le Gouvernement s'est inspiré de la législation française en exigeant des circonstances nouvelles dans le chef des personnes ayant encouru le retrait de l'autorité parentale qui demandent à se voir restituer les droits dont elles avaient été privées. En contrepartie, la demande en restitution peut être présentée après l'expiration d'un délai d'un an alors que le texte actuel prévoit un délai de cinq ans à compter du jour où la décision de retrait est devenue irrévocable. Selon les autorités judiciaires, ce délai serait trop court et il faudrait prévoir dans l'intérêt de l'enfant un délai plus long afin de lui garantir une certaine stabilité du milieu dans lequel il vit. Le retrait de

l'autorité parentale ne pouvant être prononcé que pour des faits graves, le Conseil d'Etat peut marquer son accord à un délai plus long en s'appuyant sur l'argumentation développée dans l'avis du Tribunal de la jeunesse et des tutelles selon laquelle les enfants victimes de pareils forfaits ont besoin de paix et de sécurité et doivent savoir que les forfaits seront clairement sanctionnés.

Le chapitre IV sur le retrait de l'autorité parentale démontre une fois de plus un éparpillement des compétences entre différentes juridictions – juge pénal, juge civil, juge des tutelles – et met en exergue la nécessité d'instituer un juge spécialisé dans les affaires familiales qui se verra attribuer une large compétence en matière de contentieux familial.

Point 9

Sous le Chapitre II du Livre I^{er}, Titre X, relatif à la tutelle, le projet de loi et la proposition de loi n° 5553 proposent l'adaptation de plusieurs articles aux nouvelles règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Les articles 389, 389-1 à 389-7 et 390, alinéa 1 proposés correspondent aux dispositions figurant sous les mêmes articles du Code civil français. Ils ne donnent pas lieu à observation, sauf à maintenir l'expression « autorité parentale ».

A l'article 443, point 2°, il y aura lieu de remplacer les termes « déchus de la responsabilité parentale » par « ceux contre lesquels un retrait de l'autorité parentale a été prononcé » pour rester conforme à la nouvelle terminologie du Chapitre IV.

Point 10

Ce point vise à apporter certaines modifications au Titre VII, Chapitre I^{er}, traitant de l'adoption simple. Le Conseil d'Etat insiste sur le maintien des termes « autorité parentale » aux articles 351, 351-2 et 360. Les auteurs du projet de loi et de la proposition de loi n° 5553 entendent généraliser l'exercice en commun de l'autorité parentale aux parents adoptifs. Par ailleurs, le Conseil d'Etat constate que le projet de loi n° 6172 portant réforme du mariage et de l'adoption vise à modifier substantiellement les dispositions relatives à l'adoption, y inclus les articles dont la modification est prévue par le point sous examen. Il examinera ces dispositions dans son avis relatif audit projet.

Point 11

Art. 108

Le libellé proposé à l'article 108 du Code civil reprend les termes des articles 108-2 et 108-3 du Code civil français. Le Procureur général d'Etat souligne que la notion de résidence figurant à cet article est une notion importante en matière de droit interne et du droit international privé par rapport à la compétence des juridictions et constitue une des modalités substantielles de l'autorité parentale. Le Conseil d'Etat n'a pas

d'observation à faire, sauf à renvoyer à ses observations sous l'article 371 en ce qui concerne la notion de père et mère.

Point 12

Art. 302

Les auteurs du projet de loi de même que ceux de la proposition de loi n° 5553 proposent une adaptation de cet article pour le rendre conforme aux nouvelles règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale établies par le projet et les propositions de loi. Cet article, qui figure actuellement sous le Chapitre IV « Des effets du divorce » du Titre VI « Du divorce », a cependant été supprimé par les amendements parlementaires apportés au projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce. Il en va de même de l'article 303, reformulé par la proposition de loi n° 5553.

La nouvelle Section IV.- « Des effets du divorce quant aux enfants » regroupant les articles 271 à 275 figurant dans le projet de loi n° 5155 amendé, reprennent certaines dispositions figurant sous la Section III du présent projet de loi. Le Conseil d'Etat estime que pour assurer une parfaite égalité de traitement dans le chef des enfants dont les parents se séparent, que les parents aient été mariés ou non, il y aura lieu de prévoir toutes les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation dans le présent projet de loi, que ce soient les règles relatives à la personne de l'enfant ou relativement à ses biens. Un renvoi à ces règles dans le cadre des dispositions sur les effets du divorce serait suffisant.

Point 13

Art. 1384, alinéa 2

Sous réserve de ses observations quant à la notion de « père et mère » sous l'article 371, le Conseil d'Etat se prononce en faveur du maintien des termes « autorité parentale ». Les auteurs du projet ne reprennent pas le terme « habitant » figurant au texte actuel et correspondant à la terminologie de l'article 1384 français, mais le remplacent par le mot « résidant », que les auteurs estiment plus adéquat. Comme le souligne le Procureur général d'Etat, il serait préférable de s'en tenir à la terminologie française afin d'éviter des débats inextricables d'interprétation.

Point 14

Le projet de loi n° 5914 ayant pour objet de modifier l'âge légal du mariage et les dispositions y afférentes, ainsi que d'abroger les délais de viduité et de compléter certaines dispositions du Code civil, prévoit également une modification de l'article 160*bis*, bien que dans une version quelque peu différente. Dans son avis du 12 janvier 2011 relatif à ce projet, le Conseil d'Etat avait insisté sur la mise en cohérence des différents projets de loi déposés par le Gouvernement. En cas d'adoption du projet de loi n° 5914 avant le projet sous avis, la modification prévue au présent point devient superfétatoire et est à omettre.

Article II

Les modifications apportées aux dispositions du Titre XII du Livre I^{er} de la Deuxième Partie du Nouveau Code de procédure civile sont regroupées sous cet article.

Point 1

Conformément à ses observations développées sous l'article I, le Conseil d'Etat se prononce en faveur du maintien des termes « autorité parentale ». Cette observation vaudra pour toutes les dispositions figurant sous l'article II pour lesquelles le changement de terminologie est proposé.

Point 2

Les modifications aux articles 1047 et 1048 du Nouveau Code de procédure civile visent essentiellement une adaptation à la nouvelle numérotation des articles que le présent projet modifie dans le Code civil. Par ailleurs, le terme « conjoint » est remplacé par celui de « parent ». Des adaptations similaires sont proposées par la proposition de loi n° 5553. Considérant que les modifications à apporter au Nouveau Code de procédure civile dépendront de la solution que les auteurs réserveront à la question d'instituer ou non un juge spécialisé dans les affaires familiales, le Conseil d'Etat n'a pas d'autres observations à faire.

Point 3

Le remplacement du terme « déchéance » par celui de « retrait » ne donne pas lieu à observation.

Point 4

Sous réserve de ses observations relatives au maintien des termes « autorité parentale » formulées ci-avant, le Conseil d'Etat n'a pas d'observations quant à l'adaptation des articles 1063, 1067, 1069, 1070, 1073, 1074, 1075, 1078 et 1079 du Nouveau Code de procédure civile à la nouvelle terminologie.

Article III

En vertu du principe de la hiérarchie des normes qui impose le parallélisme des formes, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui vise à abroger un acte de valeur normative inférieure.

Article IV

Aux yeux du Conseil d'Etat, il est inconcevable que les parents d'enfants mineurs nés hors mariage avant l'entrée en vigueur de la future loi puissent opter entre deux régimes réglementant l'autorité parentale. Les dispositions concernant l'autorité parentale sont en effet des lois de police

dont l'application ne peut pas être rendue dépendante de la volonté des parents ou de l'un d'eux. L'actuelle législation ayant été déclarée contraire au principe de l'égalité devant la loi par l'arrêt n° 7/99 du 26 mars 1999 ne saurait perdurer au-delà de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi par la seule volonté des parents. Les nouvelles dispositions établies pour respecter l'intérêt supérieur de l'enfant devront s'appliquer d'office et immédiatement à toutes les situations existantes. Au vu de ces considérations et pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil d'Etat s'oppose formellement aux dispositions transitoires sous avis.

Article V

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 mai 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder