

Avis sur le projet de loi 5867 relatif à la responsabilité parentale.

Par lettre du 31 juillet 2010, l'ORK fut saisi d'une demande d'avis sur le projet de loi 5867 relatif à la responsabilité parentale.

L'ORK note que le projet s'insère parmi nombre d'autres projets de loi traitants en partie les mêmes dispositions légales, à savoir :

- Le projet 5155 portant réforme du divorce
- Le projet 5908 ayant pour objet de lutter contre les mariages forcés
- Le projet 5914 portant sur l'âge légal du mariage et
- Le projet 6039 portant modification de certaines dispositions du code civil

Dans le projet sous avis, les auteurs relatent à l'endroit des exposés des motifs les raisons qui les ont amenés à procéder à une réforme en profondeur du régime de l'autorité parentale. L'ORK rappelle qu'il avait, à son tour, réclamé l'instauration d'un régime d'autorité parentale conjointe dans plusieurs avis et rapports annuels. Il entend limiter son avis sur certains aspects de la réforme en cours qu'il appuie fondamentalement dans ses grandes lignes.

1. La notion de « parents »

Le projet évoque tantôt les parents, tantôt les père et/ou mère. L'ORK reprend la proposition du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg et suggère de ne parler que des père et mère, afin de garder une cohérence dans le texte et d'éviter la confusion de la notion en tant que « Verwandte » et parents en tant que « Eltern ».

2. La notion de coparentalité

La coparentalité signifie l'exercice commun de l'autorité parentale, le concept de la résidence alternée, le principe juridique de la responsabilité éducative commune des deux parents (Résolution du parlement européen du 8 juillet 1986).

La coparentalité exige un équilibre dans la participation de chacun des père et mère à l'exercice de la responsabilité parentale et ceci en vertu du principe de l'égalité parentale et du principe de la non-discrimination.

Une réforme des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale s'impose. L'objectif du projet

est d'instaurer un droit commun de l'autorité parentale en harmonisant les règles relatives à son exercice indépendamment du statut des parents. L'évolution des mentalités et des modes de vie a eu pour effet que, le mariage est entré en concurrence avec d'autres formes d'union. Aujourd'hui, une majorité d'enfants naissent en dehors du mariage ou vivent dans des familles recomposées. Le principe d'égalité des enfants et des parents a été consacré par des conventions internationales et rappelé par la Cour Constitutionnelle, dans un arrêt du 26 mars 1999.¹

Le projet sous avis prévoit le remplacement de l'expression « autorité » parentale par la notion de « responsabilité » parentale.

L'ORK rappelle que la responsabilité ne se conçoit pas sans autorité. Etre un parent responsable, c'est savoir imposer une certaine autorité.

Aux yeux de l'ORK, le terme « autorité » a une connotation positive dans le contexte familial et inclut un aspect protecteur et bienveillant. Le concept de responsabilité est réducteur et risque d'être interprété comme rappel d'une charge : la responsabilité, dans le contexte civil et pénal, pour l'enfant, ainsi que la charge financière inhérente au rôle de parent.

Une telle confusion n'est pas souhaitable.

L'ORK rejoint sur cette question les avis des juridictions qui opinent également en faveur du maintien de la notion d'autorité parentale, un concept bien plus précis et complet que celui qui est proposé d'introduire.¹¹

L'ORK propose dorénavant de maintenir le concept d'autorité parentale, qui lui paraît bien plus précise et complète que celui qu'il est proposé d'introduire.

Article 371 et suiv. du code civil

Les auteurs se réfèrent au droit communautaire (Règlement Bruxelles II) et à l'influence des conventions internationales pour changer cette notion juridique. En outre, ils critiquent le terme « autorité parentale » pour avoir une connotation autoritaire et pour mettre l'accent sur les droits des parents en faisant abstraction de leurs devoirs et responsabilités. Or, l'autorité parentale

définir un ensemble de droits et de devoirs

La notion de parentalité responsable permettrait de tenir compte de ce que les deux parents estiment être le meilleur pour l'enfant quelque soit leur statut conjugal. Les décisions sont censées être prises ensemble.

Si le lien conjugal se défait, le lien parental subsiste- les père et mère demeurent coresponsables de l'éducation et du développement de leur enfant. L'enfant devrait percevoir que ses parents ne sont pas tout puissants, mais qu'ils doivent se soumettre à la loi des hommes. L'enfant est protégé par une loi que ses parents doivent respecter.

L'ORK partage l'avis du Tribunal d'arrondissement de Diekirch que le conflit entre les parents gangrène souvent la situation des enfants et constitue un obstacle à leur épanouissement, peu importe que les parents soient investis de l'autorité parentale ou assument leur responsabilité parentale. Le changement d'une notion juridique ne changera pas de ce simple fait les mentalités.

Le législateur français a maintenu la terminologie « autorité parentale » argumentant qu'il traduirait mieux le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents. Il 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.

L'ORK estime que les parents responsables sont à même d'exercer une autorité naturelle. Rappelons que l'enfant est un sujet de droit ; il est regrettable de constater que certains parents traitent leurs enfants comme des objets.

L'ORK partage la réflexion figurant dans l'avis du Tribunal de la Jeunesse de Luxembourg:

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

Certains parents manquent d'autorité.

Les négligences, le temps insuffisant consacré aux enfants, le délaissement sont souvent à l'origine des carences affectives et éducatives. L'absence du manque d'autorité parentale n'est certes pas la cause exclusive des problèmes qui apparaissent pendant l'adolescence.

3. Les notions : droit de garde et droit de visite

Le droit de garde et de visite sont des modalités de l'exercice de l'autorité/responsabilité parentale. Ces deux termes sont maintenus dans la définition de « responsabilité parentale ».

L'ORK se rallie à la réflexion de l'Ecole Nationale de Magistrature^{III} qui insiste sur la nécessité de ne plus évoquer le droit de garde et de visite, mais de parler de « modalités d'hébergement ou du droit à entretenir des relations personnelles ».

« 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. »^{IV}

4. L'obligation alimentaire des parents

Le nouvel **article 372-1** consacre expressément **l'obligation alimentaire des parents** à l'égard des enfants quel que soit leur statut juridique. L'ORK rappelle qu'il s'est exprimé à plusieurs reprises contre le maintien dans le Code civil des expressions « enfant légitime » et « enfant naturel ». Dans les très rares cas où une distinction devait être jugée nécessaire, il conviendrait de parler d' « enfants nés en mariage » et d' « enfants nés hors mariage ».

L'ORK regrette que la réforme du régime du droit de la filiation annoncée dans l'exposé des motifs du projet de loi 5867 et prévoyant l'abandon de ces notions surannées et discriminatoires, ne soit toujours pas déposé.

Le législateur précise dans le commentaire des articles que l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation n'est pas liée à l'exercice de la responsabilité parentale, mais au fait d'être parent. C'est une consécration légale au principe jurisprudentiel de la contribution de tout parent à l'entretien et à l'éducation de son enfant. Le juge des tutelles sera dorénavant compétent pour la fixer, en cas de séparation, suivant l'article 376 et suivants du code civil.

L'ORK se rallie au raisonnement exprimé par le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg relatif à l'ancien article 376 du code civil, qui prévoit une sanction en cas de non-exécution de l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Il estime que « le législateur devrait maintenir l'ancien texte de l'article 376 qui prévoyait de priver de la responsabilité parentale le parent qui n'assumait pas les obligations alimentaires envers son enfant. **Il semble en effet illogique que le parent qui refuse d'assumer financièrement son enfant puisse prendre des décisions le concernant.** Le législateur devrait même aller au-delà de l'ancien texte et prévoir que le parent qui refuse d'assumer ses obligations alimentaires, même en l'absence d'une condamnation pénale pour abandon de famille, peut être privé de ses droits. »

Dans le sens de l'instauration d'une sanction, le Conseil de l'Ordre a donc proposé d'ajouter un nouvel article 375-4 :

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

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

L'ORK insiste également sur le droit de l'enfant d'être visité. L'ORK observe avec inquiétude un accroissement du nombre de saisines de la part d'enfants qui déplorent le désintérêt de l'un ou de l'autre des parents à leur égard. Cette évolution est aussi déplorable que les querelles sur l'exercice du droit de visite. Ne faudrait-il pas évoquer la question de l'obligation d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant dans le texte de cette nouvelle loi ? Il est vrai qu'il sera malaisé de couler une telle obligation contraignante, qui devrait résulter d'un besoin naturel, dans une disposition normative.

L'ORK partage l'avis du Tribunal de la Jeunesse qui

approuve la proposition de séparer la question de la pension alimentaire du droit d'entretenir des relations personnelles.

« Il n'est jamais dans l'intérêt de l'enfant de mêler ces deux questions. Ceci devrait favoriser 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. Concrètement, les magistrats en charge, 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 qu'il se heurte à l'obstruction, -supposée ou réelle- de l'autre parent lors de l'exercice de son droit de visite.

Il est difficile pour le Juge saisi de faire la part des choses dans chaque cas d'espèce.

L'ORK approuve en tout cas la possibilité, donnée au juge, de prononcer dans des situations d'obstruction systématique avérée du droit de visites, des astreintes à l'encontre du parent malintentionné.

5. Le volet organisationnel des juridictions : tribunal aux affaires familiales ?

Rappelons que les questions de modification du droit de garde et de visite après divorce relèvent actuellement de la **compétence du tribunal de 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**. Un même genre de litige est aujourd'hui soumis à des procédures et juridictions différentes.

Aux termes du projet, ces compétences seraient désormais concentrées entre les mains du juge des tutelles. Le motif avancé par le législateur est louable: « Le Gouvernement estime qu'il est **plus cohérent de réunir les questions de 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)

L'éparpillement des compétences subsistera néanmoins : compétence du juge des référés (en cours d'instance de divorce), du tribunal d'arrondissement (divorce au fond), du juge de la jeunesse (après le divorce), du juge des tutelles (après la séparation pour les couples non mariés), ce qui semble devoir être évité.

L'ORK se demande pourquoi les auteurs ont choisi d'attribuer la compétence au juge des tutelles et non au tribunal de la jeunesse ?

Vu l'ampleur du contentieux à confier au juge des tutelles, une réorganisation judiciaire s'imposerait d'urgence.

Ne faudrait-il pas procéder à une modification de l'article 4 du Nouveau Code de Procédure civile, qui donne en l'état actuel compétence exclusive au juge de paix (ou à une autre juridiction) pour connaître de toute pension alimentaire à l'exception de celles se rattachant à une instance de divorce?

L'ORK propose d'instituer un juge nouveau en droit luxembourgeois en suivant l'exemple de la France, à savoir un juge aux affaires familiales, juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions en rapport avec les relations entre parents et enfants.

6. Les parents doivent associer l'enfant à toute décision le concernant (démocratie familiale)

Le législateur a répondu à l'obligation formulée à l'égard des Etats contractants par la Convention Internationale des droits de l'Enfant^V. 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. Elle est à rapprocher de l'article 388-1 du code civil, qui prévoit que le mineur capable de discernement **peut** être entendu par le juge dans toute procédure le concernant.

Il s'avère que souvent les enfants sont manipulés avant cet entretien ; d'autres sont trop excités pour parler. Le juge n'a pas toujours le temps pour mettre un enfant à l'aise. Dans ce contexte, il est utile de rappeler les recommandations N° 1 et 2 du rapport annuel de l'ORK/2007, pages 30-31 qu'il est indiqué de nommer un avocat commis d'office, spécialisé et formé en droits de l'Enfant afin qu'il/elle prenne la parole au nom

de l'enfant.

7. Le droit de visite des grands-parents et des tiers

Rappelons que l'intérêt de l'article 374 consiste à mettre en évidence le droit de l'enfant et son intérêt.

Commentaire des articles p.15 : « Le droit d'entretenir des relations avec les grands-parents existe déjà sous la législation actuelle, mais l'accent est mis actuellement sur l'interdiction faite aux parents de l'enfant de faire obstacle à de telles relations, sauf à invoquer l'intérêt de l'enfant. La notion « motifs graves » n'est plus maintenue car, d'après la jurisprudence française, elle est de nature à susciter des conflits au sein de la famille, qui sont traumatisants pour l'enfant. Il est donc préconisé de la remplacer par le seul critère de l'intérêt de l'enfant. »

Le juge reste, en tout état de cause, maître de la constatation de cet intérêt.

L'ORK approuve un élargissement des possibilités de relations avec un tiers eu égard aux tendances actuelles de recrudescence des familles recomposées. Il faut effectivement permettre que des conjoints non - parents accomplissent de fait des actes quotidiens relatifs à l'éducation des enfants.

Le Tribunal de la Jeunesse à Luxembourg a soulevé les réflexions suivantes: « *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 manœuvres destinées à priver l'autre parent et la famille de ce dernier -en première ligne, les grands-parents - de contacts réguliers avec l'enfant. (...) 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 »*

Comment éviter ces conflits ?

L'ORK réitère dans ce contexte ses réflexions du rapport 2009.

« Le contact avec les grands-parents.

Le rôle des grands-parents ne devrait pas être négligé dans le contexte d'une séparation. Un enfant qui a la chance d'avoir des grands-parents disponibles, devrait pouvoir les visiter

sans que le tribunal ne soit sollicité à intervenir pour décider d'un droit de visite. Un malentendu, un deuil est parfois à l'origine d'un conflit.

Les grands-parents devraient néanmoins rester conscients que leur rôle restera toujours subsidiaire par rapport au droit prioritaire des parents à éduquer leur enfant selon leurs conceptions. L'ORK a dû souvent constater que lorsque les tiraillements entre parents et grands-parents viennent s'ajouter aux tensions entre parents, les enfants sont encore plus déstabilisés et leur souffrance morale et émotionnelle s'amplifie. Les bonnes intentions - que l'on ne saurait souvent leur

L'ORK prône résolument le recours à une médiation qui reste toujours, en définitive, la seule méthode de résolution des conflits profitable à l'enfant. »

dénier- aboutissent, dans ces situations, à un résultat inverse à celui recherché.

L'ORK continue régulièrement à être saisi de cas particulièrement douloureux, où, un des parents étant décédé, les grands-parents de cette lignée, s'opposent au parent survivant investi à titre exclusif de la garde.

L'ORK a constaté que dans ce genre de conflit le recours à la justice pour obtenir un droit de visite au profit des grands-parents n'est guère utile et très rarement dans l'intérêt des enfants. La rigidité d'une décision judiciaire n'est pas compatible avec la réalité souvent nuancée et évolutive.

^I L'article 380 al 1 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.

^{II} La notion d'autorité parentale a remplacé le concept originnaire dans le Code civil de puissance paternelle.

^{III} France

^{IV} Avis du Tribunal de la Jeunesse et des Tutelles de Luxembourg

^V Article 12 de la CIDE oblige les Etats parties à garantir « à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et son degré de maturité »