

AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DU 26 AVRIL 2017 SUR LE PROJET DE LOI 6996 INSTITUANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES PORTANT REFORME DE L'AUTORITE PARENTALE ET PORTANT REFORME DU DIVORCE

Le droit de la famille est en constante évolution, et de nombreuses décisions de la Cour Constitutionnelle rendent indispensable une refonte des articles du Code Civil traitant du droit de la famille et qui remontent pour certaines encore au Code Civil de Napoléon. La dernière vraie réforme du divorce date des années 1970.

Il est regrettable que le législateur ne se soit pas attaché à refondre toutes les dispositions relatives au droit de la famille et les regrouper dans un Code de la Famille, alors que notamment les dispositions relatives aux contestations de filiation mériteraient également une réforme.

Après l'étude du présent projet de loi le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg s'est attaché à mettre en lumière certaines réflexions que lui inspire ce dernier, convaincu qu'il faudra largement l'amender avant qu'il puisse être adopté définitivement par la Chambres des Députés.

I. Modification du Nouveau Code de procédure civile relative à la création du juge aux affaires familiales

1. Les dispositions générales modifiant le Nouveau Code de Procédure civile et instituant un juge aux affaires familiales

Article 1007-1 : Cette disposition énumère les compétences d'attribution du juge aux affaires familiales en renvoyant aux dispositions actuelles du Code civil ou du Nouveau Code de Procédure civile. Le Conseil de l'Ordre trouve assez curieuse cette technique légistique consistant à définir la compétence matérielle du JAF par rapport à d'autres dispositions législatives, avec le risque que des modifications ultérieures du Code civil ou du Nouveau Code de Procédure civile ne bouleversent l'agencement de ces codes, voire la numérotation des livres, parties ou titres auxquels il est renvoyé. En outre, ce mode opératoire comporte le risque d'un oubli par les auteurs du projet de loi de telles ou telles dispositions législatives dont il serait pourtant opportun qu'elles relèvent désormais de la compétence matérielle du JAF. Enfin, la mise en œuvre de ce procédé pourrait aboutir à une exclusion injustifiée du principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception.

Or, les auteurs du projet de loi indiquent que *« le but de ce projet de loi étant de regrouper les compétences du juge aux affaires familiales autour du thème du « droit de la famille », un grand nombre de compétences exercées jusqu'à présent soit par le juge de paix, soit par une chambre civile du tribunal d'arrondissement, soit par le président de tribunal d'arrondissement, soit par le juge de la jeunesse et soit par le juge de la tutelle sont désormais regroupées auprès d'un seul juge »* (Commentaires des articles, page 100).

Ainsi, il serait judicieux de prévoir un premier alinéa prévoyant la compétence de principe du JAF dans les affaires relevant du droit de la famille, afin de remédier aux éventuels oublis actuels et futurs du législateur de telle ou telle procédure particulière.

Par ailleurs, il convient de noter que les titres II du Code civil « Actes d'état civils », VII « De la Filiation » et VIII « De l'adoption » ne figurent pas parmi les compétences du JAF visées à l'article 1007-1 du projet de loi.

L'exposé des motifs est muet quant à la motivation d'une telle exclusion. Il prend pourtant soin de préciser que *« le but de la réunion des compétences relatives au droit de la famille entre les mains du juge aux affaires familiales est de permettre à ce magistrat de suivre une famille, dans la mesure du possible, à travers toutes les procédures qui peuvent surgir. Ce regroupement permet au juge aux affaires familiales d'avoir une vision globale de la famille au lieu de l'actuel saucissonnage des attributions entre les différentes juridictions »* (Exposé page 84). Quant au commentaire des articles, aucune référence n'y est mentionnée. La seule exclusion justifiée est celle des procédures liées au retrait de l'autorité parentale au motif de *« la gravité des conséquences engendrées en cas d'aboutissement de cette procédure »* qui amène le gouvernement à considérer que cette compétence devrait continuer à relever d'une chambre civile du Tribunal d'arrondissement composée de 3 magistrats (Commentaires des articles, page 101).

Le droit français, duquel s'est très largement inspiré le projet de loi pour déterminer le champ de compétence matérielle, donne également compétence à un siège à trois juges pour connaître de ces matières. Ainsi, c'est une composition collégiale au sein de laquelle siège le JAF français qui connaît des demandes d'adoptions et de toutes les actions relatives à la filiation (contestation de paternité, etc.).

La question se pose alors d'inclure ces matières avec, le cas échéant, des aménagements tels que la collégialité obligatoire.

L'exclusion laisse d'autant plus perplexe que certaines dispositions mentionnées sous les titres II du Code civil « Actes d'état civils » et VIII « De l'adoption », renvoient malgré tout à la compétence du JAF ⁽¹⁾.

Le Titre XI du Code civil « De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi », notamment « Des majeurs en tutelle » ne figure pas non plus dans l'énumération de l'article 1007-1 du projet de loi, mais le nouvel article 490-4 du Code civil prévoit la compétence du Tribunal de la jeunesse.

Sur base des développements qui précèdent, l'article 1007-1 pourrait prendre la teneur suivante :

« Sauf disposition contraire, le juge aux affaires familiales connaît des litiges civils relatifs aux relations de famille, de parenté, de mariage, d'alliance et de partenariat ».

Si d'aventure le législateur envisageait de maintenir inchangé le texte proposé par les auteurs du projet de loi, alors il conviendrait de corriger :

¹ Article 47 Code civil (Acte de mariage) *« La décision du procureur d'Etat peut faire l'objet d'un recours, conformément aux articles 1007-60 à 1007-62 du Nouveau Code de Procédure Civile. »* ; Article 351-3 (Renonciation à adoption) *« Les personnes habilitées en application des articles 351, 351-1 et 351-2 à consentir à l'adoption peuvent, par déclaration à faire devant le juge aux affaires familiales de leur domicile ou de leur résidence ou devant un notaire, renoncer à ce droit ».*

- Le point 4° de la manière suivante : « 4° *Code civil, Livre Ier – Des personnes, Titre X. De la Minorité, de la tutelle et de l’émancipation Chapitre II et Chapitre III, à l’exception des articles 388-1 et 388-2* ».

En effet, l’article 388-1 (1) définit le régime de l’audition de l’enfant « *dans toute procédure le concernant* ». Il n’est pas certain que tous les domaines concernant un enfant soient du ressort du JAF. Par conséquent, et afin d’éviter des compétences multiples, le point 4° de l’article 1007-1 du projet de loi devrait exclure de son champ d’application les articles 388-1 et 388-2 du Code civil établissant le régime de l’audition de l’enfant en justice et la défense de ses intérêts. Ainsi, le juge saisi du fond d’une affaire, qui concernerait un enfant ou ses intérêts, resterait compétent pour l’audition de l’enfant.

- Le point 5° de la façon suivante : « 5° *Nouveau Code de Procédure civile, Deuxième partie – Procédures diverses, Livre Ier, Titre VI ter. – De la mainlevée du sursis à la célébration du mariage, du renouvellement du sursis et de l’opposition au mariage ainsi que de la mainlevée du sursis et de l’opposition à la transcription d’actes de l’état civil.* ».

Article 1007-2 : Cet article de droit interne régit la compétence territoriale du JAF, sans préjudice à l’application de divers instruments internationaux, notamment le 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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, ainsi que le Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires.

Pour le surplus, l’article 1007-2 proposé reprend en substance la teneur de l’article 1070 du Code de Procédure civile français.

Il est d’emblée proposé, à l’alinéa 1, 2°, de remplacer la notion de demeure habituelle des enfants mineurs par celle de domicile afin de respecter la cohérence avec les dispositions de l’article 108 modifié du Code civil qui consacre précisément la notion de domicile du mineur et s’attache à la définir. Reste à souligner que les textes européens renvoient tous à la notion de résidence.

Par ailleurs, l’alinéa 3 prévoit une alternative en matière de pension alimentaire qui, à la différence du texte français, ne s’applique qu’en cas de pension alimentaire « *entre conjoints* ».

Sont ainsi *de facto* exclues les obligations alimentaires entre parents en ligne directe (autre que l’obligation d’entretien des parents à l’égard de leurs enfants mineurs ou poursuivant des études), les obligations alimentaires entre adoptant et adopté ainsi que celles entre alliés au premier degré.

En fonction des discussions à mener à propos de l’élargissement proposé de la compétence matérielle du JAF en faveur d’une compétence générale et de l’inclusion des matières de l’adoption et de la filiation (voir commentaires précédents relatifs à la teneur de l’article 1007-1), l’opportunité de maintenir l’exclusion des demandes de pensions alimentaires autres qu’entre conjoints paraîtrait d’autant plus injustifiée et il conviendrait, le cas échéant, de renvoyer à la notion générale de créancier d’aliments. Au passage, il conviendra de supprimer toutes références aux mesures urgentes et provisoires dont le champ d’application sera réservé aux dispositions relatives au JAF statuant en référé.

Enfin, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il serait opportun d'introduire en droit interne une disposition équivalente à celle prévue par l'article 9 du Règlement 2201/2003 prévoyant le maintien de la compétence de l'ancien domicile habituel de l'enfant.

Ainsi, l'article 1007-2 prendrait la teneur suivante :

« Sauf dispositions particulières, le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :

1° le juge du lieu où se trouve le domicile de la famille ; ou

2° le juge du lieu du domicile de l'enfant mineur concerné par la demande ; ou

3° le juge du lieu où demeure habituellement le créancier d'aliments, lorsque la demande porte uniquement sur une obligation alimentaire découlant de relations de famille, de parenté, d'adoption, de mariage, d'alliance ou d'un partenariat enregistré, sans préjudice de la possibilité pour le créancier d'aliments de former sa demande devant le juge où demeure le débiteur d'aliments ; ou

4° le juge de l'ancien domicile habituel de l'enfant durant une période de trois mois suivant le déménagement, pour modifier une décision concernant le droit de visite et d'hébergement rendue par ce juge avant que l'enfant ait déménagé, lorsque le titulaire du droit de visite continue à résider habituellement dans l'arrondissement judiciaire de ce même juge ; ou

4° le juge du lieu où demeure l'une des parties, selon leur choix, en cas de demande conjointe ; ou

5° dans tous les autres cas, le juge du lieu où se trouve le domicile du défendeur.

La compétence territoriale est déterminée par le domicile au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour de l'acte introductif. ».

Article 1007-3 : La procédure prévue par le projet de loi prévoit le dépôt d'une requête au greffe, une convocation à faire dans le délai de quinzaine, un délai de comparution de huit jours outre les délais de distance et une fixation à l'audience endéans un mois au bout du délai de comparution de 8 jours. La comparution pourra donc, dans le meilleur des cas, être fixée au bout de trois semaines à un maximum de sept semaines.

Le projet de loi reste cependant muet quant aux complications qui pourront se présenter alors que la notification par voie de greffe implique une notification par courrier recommandé avec accusé de réception qui risque d'être aléatoire.

Que faire en effet si le destinataire n'est pas présent physiquement et qu'il ne retire pas en temps utile le recommandé ? Comment fournir la preuve de la notification ? Est-ce que le greffe aura accès au registre national des personnes physiques pour contrôler les adresses ? Quid s'il n'y pas de boîte à ce nom ? A partir de quand le tribunal pourra considérer que le destinataire a été valablement touché ? Quid des requêtes lancées pendant les vacances d'été en l'absence du destinataire ?

Si le Conseil de l'Ordre salue le principe de prévoir des délais contraignants courts, toujours est-il que ces derniers devraient être des délais minima à l'instar des délais prévus en matière pénale afin de garantir les droits de la défense et tenir compte des délais de notification par voie postale. Ces délais très courts ne permettent pas toujours le retour par la poste de l'accusé de réception, surtout en prenant en considération le temps dont dispose une personne pour aller chercher un courrier

recommandé (1 mois). Il n'est pas non plus très clair si cette procédure doit s'appliquer tant pour la procédure au fond que pour la procédure au référé.

Pour le surplus, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la question de savoir si les pièces requises pour le dépôt de la requête le sont à peine de nullité ou d'irrecevabilité ? Il craint, qu'en dépit des délais très courts prévus par la loi, le dépôt d'une demande en divorce urgente ne soit retardé par le fait de l'exigence de pièces dès l'introduction de la requête.

Au final, le Conseil de l'Ordre se rallie aussi à la position du Conseil d'Etat quant au problème du délai de comparution.

Ce faisant, et à l'exception de l'hypothèse de la demande conjointe en divorce prévue à l'article 1007-13 (1), le Conseil de l'Ordre désapprouve les auteurs du projet de loi sous examen, en ce qu'ils ont opté pour un mode d'introduction des demandes par voie de requête, notifiée par les soins du greffe. Dans les affaires familiales, la signification par voie d'huissier présente des garanties procédurales que n'offre pas une notification par les soins du greffe, puisque les greffiers ne vérifient pas les informations portées au registre national des personnes physiques et n'ont aucun moyen de s'assurer de l'exactitude du domicile d'un défendeur établi à l'étranger. La simplification voulue du contentieux familial ne saurait donc reposer sur le mode d'introduction des demandes en justice. Le Conseil de l'Ordre plaide donc en faveur du maintien de l'exploit d'huissier pour introduire les demandes relevant de la matière familiale à l'exception des requêtes conjointes.

Si toutefois le législateur maintient la requête comme mode d'introduction de toutes les demandes en justice dans les affaires familiales, il conviendrait, à l'instar de ce qui est prévu en d'autres dispositions du projet de loi sous examen, de préciser que « *la requête et les pièces sont déposées au greffe du tribunal d'arrondissement, en autant d'exemplaires qu'il y a de parties en cause* ».

L'alinéa 2 prévoit les mentions que doivent contenir la demande introductive d'instance devant le JAF. Cette disposition générale a vocation à s'appliquer à toute saisine du JAF. Il serait donc utile de compléter l'alinéa 2 de la façon suivante : « *Sauf dispositions particulières, l'assignation contient : (...)* ». Dans les autres dispositions du projet de loi, et pour autant que la demande doive contenir des mentions additionnelles, il suffira d'indiquer qu'« *outre les mentions prévues à l'article 1007-3, alinéa 2, l'assignation contient...* ».

A ce stade, il convient de préciser quel sort réserver à une assignation (ou à une requête, selon le choix effectué par le législateur) qui ne contiendrait pas les mentions requises. En effet, le paragraphe (2) de l'article 1007-3 (1), alinéa 2, n'indique pas si les mentions prescrites le sont à peine de nullité. Or, cette mention figure dans d'autres dispositions du projet de loi sous examen, tels que les articles 1007-60 (2) et 1007-61(1) en matière de mainlevée du sursis à la célébration du mariage, du renouvellement du sursis et de l'opposition au mariage ainsi que de mainlevée du sursis et de l'opposition à la transcription d'actes de l'état civil. Si, contrairement aux vœux du Conseil de l'Ordre exposés ci-après, le législateur souhaitait affranchir les justiciables du ministère obligatoire d'avocat, il conviendrait que l'omission de l'une ou l'autre des mentions prescrites à l'article 1007-3 (1), alinéa 2, ne soit pas sanctionnée de nullité, pour ne pas faire supporter aux requérants un formalisme excessif.

Dans l'esprit de ce qui est prévu à l'article 1007-9, il faudrait rajouter que l'assignation (ou la requête, selon le choix effectué par le législateur) contient : « 4° le cas échéant, la mention de l'identité des enfants communs ; ». Il y aurait ensuite lieu de renuméroter les actuels points 4° et 5° qui deviendraient respectivement des points 5° et 6°.

Enfin, il convient de reprendre les mentions que doit contenir tout exploit d'huissier, conformément à l'article 153, à savoir l'identité de l'huissier instrumentaire et les formalités de signification.

Au surplus, il convient de supprimer les mots « *compétent en vertu de l'article 1007-2* » à l'alinéa 1^{er} qui n'apportent rien dans le cadre de dispositions fixant le contenu des actes introductifs d'instance.

Au total, le paragraphe (1) de l'article 1007-3 prendraient la teneur suivante :

« (1) *Sauf dispositions particulières, le juge aux affaires familiales est saisi par simple requête déposée en original sur papier libre au greffe du* **voie d'assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement compétent en vertu de l'article 1007-2.**

L'assignation indique, à peine de nullité, :

1° sa date ;

2° les noms, prénoms et domiciles des parties ;

3° les dates et lieux de naissance des parties ;

4° le cas échéant, la mention de l'identité des enfants communs ;

5° l'objet de la demande ;

6° l'exposé sommaire des faits et moyens invoqués ;

7° les noms, prénoms, demeure et signature de l'huissier de justice ;

8° les formalités de la signification de l'acte. »

L'article 1007-3 (2) pose le principe que « *les parties sont dispensées du ministère d'avocat à la Cour* ». Cette dispense se retrouve à l'article 1007-11 (1) pour le référé, à l'article 1007-13 (1) *in fine* pour la procédure de divorce par consentement mutuel.

De façon liminaire, on peut relever que :

(i) En réalité, la portée de cette règle de principe est limitée. De considérables exceptions sont prévues. En particulier, l'exigence du ministère d'avocat à la Cour est rétablie de manière générale en instance d'appel (article 1007-9 (1)). De même, il est souvent obligatoire (v. not. article 1007-23 (1) pour la procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des conjoints et article 1018 pour la demande en séparation de biens).

(ii) Le sens même de la règle n'est pas parfaitement clair :

- Il pourrait s'agir d'une dispense pure et simple de tout ministère d'avocat (à la Cour ou non ; mais, dans ce cas, il serait plus correct d'indiquer que « les parties sont dispensées du ministère d'avocat » ;

- Compte-tenu du libellé actuel, on pourrait comprendre qu'il ne s'agit que d'une dispense de représentation par avoué (spec. postulation) : mais, dans ce cas, il serait souhaitable de préciser que l'assistance d'un avocat (à la Cour ou non) demeure obligatoire.

En tout état de cause, le Conseil de l'Ordre exprime son scepticisme à l'égard de cette règle de principe, surtout si elle devait être comprise comme une dispense radicale du ministère d'avocat (à la Cour ou non) :

- ✓ D'une façon générale, la tendance faussement libérale consistant à autoriser les plaideurs à se défendre seuls est une duperie, dont les motivations véritables – et financières – ne convainquent pas. A l'inverse, C. CHAINAIS, S. GUINCHARD & F. FERRAND présentent l' « extension du domaine de la représentation obligatoire » comme « une bonne chose pour tous ceux, en tout cas, qui voient dans cette technique mise à la disposition de tous, un gage d'accessibilité à une meilleure justice, une manière de concrétiser (l') accessibilité au droit et non pas seulement à la justice. Le reste relève de l'intendance (...) : le problème du financement d'une représentation obligatoire généralisée est une question de priorité politique, au même titre que le budget de la justice ». Les auteurs précisent : « L'effectivité des droits, au sens de la jurisprudence Airey de la Cour EDH passe par (la) généralisation (de la représentation obligatoire) : que chacun puisse bénéficier d'un bon professionnel plutôt que de se défendre, mal, seul, au nom d'une fausse égalité entre les citoyens ». La pratique judiciaire conforte l'analyse doctrinale : il est évident que les plaideurs qui font usage de cette prétendue 'liberté' de se défendre seuls sont ceux qui n'ont pas les moyens de payer un avocat et ils se retrouvent presque toujours en nette situation d'infériorité face à leurs contradicteurs ;
- ✓ L'idée suivant laquelle le recours à l'avocat serait moins nécessaire dans les contentieux d'affect (tel que le contentieux familial) est également une idée fausse. L'une des fonctions essentielles de l'avocat consiste à traduire les arguments de son client en termes juridiques : ce qui permet de dépassionner le débat afin d'en assurer la sérénité. Lorsque le plaideur est confronté à un contentieux d'affect qui risque d'atteindre profondément ses émotions, la présence de l'avocat n'en est que plus indispensable ;
- ✓ Le fait que la représentation obligatoire soit rétablie en appel ne suffit pas non plus à rendre la solution satisfaisante. Négliger la première instance en espérant que les erreurs pourront être corrigées en appel est un mauvais calcul. A cet égard, les remarques formulées par Roger THIRY dans son Précis d'instruction criminelle sont parfaitement transposables : « Vu le nombre restreint d'organes et de personnes qui a un niveau plus élevé, instruisent les affaires pénales de quelque importance, l'emploi judicieux de moyens, le choix éclairé de la marche à suivre, l'utilisation des compétences et des ressources techniques, de même que l'exacte application des principes légaux sont un impératif de la plus haute importance. La pratique a en effet montré clairement que les erreurs et les omissions initiales sont rarement réparables par la suite (...) » ;
- ✓ En outre, il est contradictoire d'exclure la représentation obligatoire et de maintenir des exigences formalistes importantes pour les actes introductifs d'instance. Le formalisme judiciaire ne peut être imposé avec la même rigueur à des professionnels du droit qu'à des profanes, sauf à mettre en cause l'effectivité du droit d'accès au juge consacré par la Cour EDH. Si la solution devait être maintenue, il faudrait donc préciser explicitement que les formes imposées par la loi ne jouent jamais à peine de nullité ;

- ✓ Le Conseil de l'Ordre s'interroge encore sur les statistiques dont disposerait le ministère de la Justice et permettant de savoir quelles suites sont réservées aux requêtes introduites par les justiciables eux-mêmes et les succès qu'ils remportent. Il n'est, en effet, pas exclu que le défendeur ait, de son côté, recours aux services d'un avocat, lequel ne devrait pas manquer de soulever toutes les irrecevabilités affectant la requête introductive d'instance.

Dans ces conditions, le Conseil de l'Ordre recommande d'abandonner purement et simplement le principe d'exclusion du ministère d'avocat (qui, au passage, ne saurait servir de prétexte à une baisse des fonds alloués à l'assistance judiciaire). Le fait même que de très nombreuses exceptions aient été jugées nécessaires témoigne de l'insuffisance de la règle.

Dans le prolongement de ce qui précède, il serait utile de prévoir que l'assignation contient, à peine de nullité, l'indication de l'obligation de se faire représenter par un avocat ainsi que les mentions prescrites aux articles 79 et 80. Il faudrait aussi que l'assignation précise le délai pour constituer avocat.

Au total, l'article 1007-3 (2) prendrait la teneur suivante :

(2) L'assignation indique aussi, à peine de nullité,

1° la constitution d'avocat du demandeur ;

2° l'information au défendeur de l'obligation de constituer avocat ;

3° les mentions prescrites aux articles 79 et 80. » ;

S'agissant de l'article 1007-3 (3), il est prévu que « *doit être joint à la requête, une copie certifiée conforme de l'extrait de naissance du ou des enfants concernés par la demande ainsi que le cas échéant, une décision de justice étrangère et une copie du jugement de divorce ainsi que de la convention de divorce par consentement mutuel. Cette obligation ne vaut pas pour les requêtes formées par un tiers, parent ou non du mineur concerné ainsi que pour les demandes de l'avocat du mineur introduites conformément à l'article 1007-50* ».

Le commentaire de cet article se borne à reprendre le texte du projet de loi, sans apporter la moindre explication complémentaire, notamment sur la nécessité de joindre un extrait de naissance en « copie certifiée conforme », alors que les décisions de justice étrangères, les jugements de divorce ou les conventions de divorce par consentement mutuel doivent seulement être joints en copie simple.

Or, la volonté des auteurs du projet de loi de « *simplifier l'accès à la justice pour les citoyens* » (Exposé des motifs page 103) et s'abstenir de tout « *formalisme contraignant* » (Idem, page 104) commande à n'exiger qu'une simple copie de l'extrait de naissance.

Enfin et dans la mesure où le Conseil de l'Ordre préconise l'introduction des demandes en matière familiale par voie d'assignation, les pièces énumérées à l'actuel article 1007-3 (3) devraient être jointes à l'enrôlement de l'affaire.

Par ailleurs, l'article 1007-3 étant conçu comme une disposition générale, il serait opportun de supprimer les références aux hypothèses où ces formalités ne sont pas prescrites et les prévoir aux articles y relatifs.

Au total, l'article 1007-3 (3) prendrait la teneur suivante :

(3) « Doit être jointes à l'enrôlement de l'assignation, une copie de l'extrait de naissance du ou des enfants concernés par la demande ainsi que le cas échéant, une décision de justice étrangère et une copie du jugement de divorce ainsi que de la convention de divorce par consentement mutuel. Cette obligation ne vaut pas pour les demandes formées pour le mineur par un tiers, parent ou non du mineur concerné ainsi que pour les demandes de l'avocat du mineur introduites conformément à l'article 1007-50 ».

S'agissant des paragraphes (4) et (5) de l'article 1007-3 et eu égard au souhait exprimé par le Conseil de l'Ordre de voir, en principe, introduites par voie d'assignation les affaires visées par le présent projet de loi, ces paragraphes seraient à supprimer, ce qui entraînerait la renumérotation subséquente des paragraphes suivants.

S'agissant de l'article 1007-3 (6), ce texte organise le délai de comparution outre, le cas échéant, les délais de distance s'il y a lieu. Le délai de huit jours proposé par les auteurs du projet de loi est trop court et le Conseil de l'Ordre renvoie à ses observations précédentes. Par souci d'uniformiser avec les autres dispositions du NCPC (voir notamment l'article 113), il convient de libeller ce paragraphe, qui au surplus deviendrait le paragraphe (4), de la façon suivante :

(4) « Le délai pour constituer avocat prévu au paragraphe (2) est de quinze jours. Pour les personnes demeurant hors du Grand-Duché, ce délai sera augmenté des délais de l'article 167. »

S'agissant de l'article 1007-3 (7), l'introduction des affaires visées par le présent projet de loi devant, de l'avis du Conseil de l'Ordre, s'effectuer par voie d'assignation, ce paragraphe pourrait être supprimé. Toutefois, si la volonté du législateur est celle de rendre plus efficace et plus rapide le traitement des affaires concernées, alors il serait possible de prévoir que les affaires sont fixées à une audience dans un délai d'un mois à compter du jour de l'expiration du délai prévu au nouveau paragraphe (4).

L'actuel paragraphe (7) qui deviendrait le paragraphe (5) prendrait la teneur suivante :

« (5) Sauf dispositions particulières, les affaires sont fixées à une audience dans un délai d'un mois à compter du jour de l'expiration du délai de comparution visé au paragraphe (4) ».

Article 1007-4 : L'audition ou la comparution personnelle des parties prévue à l'alinéa 1^{er} est fixée en audience spéciale, sinon à réserver lors de l'audience de plaidoiries, le ministère d'avocat préconisé par le Conseil de l'Ordre autorisant la représentation des parties aux audiences d'introduction, de mise en état et de plaidoiries.

L'alinéa en question prendrait alors la teneur suivante :

« Le juge aux affaires familiales entend personnellement chacune des parties en audience prévue à cet effet et au plus tard au jour des plaidoiries. Il a pour mission de tenter de les concilier ».

Le Conseil de l'Ordre ne perçoit pas l'intérêt de l'alinéa 3, dès lors que le juge a déjà la possibilité de proposer une mesure de médiation en application de l'alinéa 2, ce qui suppose qu'il leur en explique l'objet et le déroulement. Cet alinéa serait donc à supprimer.

Article 1007-5 : Cet article concerne la compétence du JAF statuant comme juge des référés.

Il convient de supprimer l'adverbe « *également* ».

Il serait, en outre, opportun de déplacer cette disposition à un endroit plus approprié du projet de loi, par exemple au début de l'actuel article 1007-11 du projet de loi, ce qui entraînerait la renumérotation des articles subséquents.

Article 1007-6 :

Il convient de supprimer l'adjectif « *contraires* ». Le même sens est déjà donné par l'adjectif « *particulières* ».

Le troisième alinéa prévoit que « *Tous les jugements du juge aux affaires familiales sont prononcés en audience publique* ». Cette disposition aurait plutôt sa place au premier alinéa de l'article 1007-8. Il convient de la supprimer de l'article 1007-6.

L'article 1007-6 deviendrait ainsi l'article 1007-5 et serait libellé comme suit :

« Art. 1007-5 : *Sauf dispositions particulières, les audiences du juge aux affaires familiales se déroulent en chambre du conseil.*

Le juge aux affaires familiales peut, d'office ou sur demande d'une des parties, ordonner la publicité des débats. ».

Article 1007-7 : De l'avis du Conseil de l'Ordre, la collégialité devrait rester le principe, de sorte qu'une partie devrait avoir le droit de demander à être entendue par plusieurs magistrats, surtout si elle se trouve déjà sans l'assistance d'un avocat. Si cette analyse devait ne pas être partagée, il conviendrait de se rapprocher de l'article L. 213-4 du Code de l'organisation judiciaire français qui a servi de base à cette réforme et d'admettre pour le moins, un renvoi de droit à la formation collégiale en matière de divorce, de séparation de corps et, ainsi que cela est déjà prévu par l'alinéa 3 de l'article sous examen, en matière de liquidation de régimes matrimoniaux. A cette liste où le renvoi à la formation collégiale serait de droit, il conviendrait d'ajouter, le cas échéant, les affaires figurant sous les titres II du Code civil « Actes d'état civils », VII « De la Filiation » et VIII « De l'adoption », matières qui, pour l'instant, sont exclues du projet de loi.

S'il est prévu que le JAF statue seul, en principe, cet article prévoit aussi la possibilité de renvoi à une « formation collégiale composée d'au moins un juge aux affaires familiales ». La formulation de cet article laisse entendre que le JAF qui a prononcé le renvoi n'est pas forcément le même que celui qui serait amené à connaître de l'affaire en formation collégiale. Or, un tel renvoi est justifié par la « complexité particulière de l'affaire », ce qui sous-entend que le JAF a déjà examiné le dossier. Aussi, et par souci d'efficacité de la justice, ne semble-t-il pas opportun de faire ré-instruire complètement le dossier par un autre JAF. Dès lors, il faut prévoir que c'est le même JAF, saisi initialement, qui sera amené à siéger dans la formation collégiale. Il est à cet égard possible de s'inspirer de l'article 1073 du Code de procédure civile français, sans qu'il soit besoin de préciser les raisons pour lesquelles le juge pourrait décider d'office de renvoyer l'affaire à la formation collégiale, ce qui ouvre une complexité d'application et une appréciation subjective. Ainsi, il n'y a pas lieu de maintenir la condition tenant à une « *complexité particulière* » ni celle relative à « *une question juridique de principe* ».

Au total, l'article 1007-7 qui deviendrait l'article 1007-6 prendrait la teneur suivante :

« Art. 1007-6 : Le juge aux affaires familiales statue en principe seul.

Il peut d'office renvoyer l'affaire à une formation collégiale où il siègera. Ce renvoi à la formation collégiale est de droit dès lors qu'une partie en fait la demande, ainsi qu'en matière de divorce, de séparation de corps et de liquidation de régimes matrimoniaux.

La décision de renvoi à la formation collégiale n'est pas susceptible d'appel. ».

Article 1007-8 : Il convient d'abord de rajouter un premier alinéa qui reprend la teneur de l'article 1007-6, alinéa 3, du projet de loi, à savoir : *« Tous les jugements du juge aux affaires familiales sont prononcés en audience publique ».*

Ensuite et dans la mesure où le Conseil de l'Ordre est d'avis que les affaires visées par la présente réforme doivent être introduites par exploit d'huissier et non par requête signifiée par les soins du greffe, le parallélisme des formes commande que les jugements du juge aux affaires familiales fassent également l'objet d'une signification par voie d'huissier, conformément aux articles 155 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

En revanche, il est inutile de préciser que toutes les personnes auxquelles le jugement est signifié peuvent interjeter appel, pour autant qu'elles aient un intérêt. Cela constitue un principe élémentaire de la procédure civile.

Il convient également de prévoir que les délais de distance ont vocation à s'appliquer. L'alinéa 4 *in fine* de l'article sous examen pourrait ainsi être calqué sur la formulation de l'article 113 du Nouveau Code de procédure civile.

Au total, l'article 1007-8 qui deviendrait l'article 1007-7 prendrait la teneur suivante :

« Art. 1007-7 : Tous les jugements du juge aux affaires familiales sont prononcés en audience publique. Ils sont signifiés conformément aux articles 155 à 161.

L'appel doit être interjeté dans les quarante jours à compter de la signification du jugement et, pour les jugements par défaut, à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable. Pour les personnes demeurant hors du Grand-Duché, ce délai sera augmenté des délais de l'article 167 ».

Article 1007-9 (1) : cet article concerne la procédure à suivre dans le cadre de l'instance d'appel. A cet égard, le Conseil de l'Ordre réitère ses commentaires précédents en ce qui concerne l'introduction des affaires par voie de requête et considère qu'il est préférable de recourir à un exploit d'huissier. En outre, si le Conseil de l'ordre approuve que la procédure d'appel des jugements du juge aux affaires familiales requière l'intervention d'un avocat, la notion d'avocat à la Cour employée par le paragraphe (1) alinéa 1er sous examen semble exclure les sociétés de la liste V du tableau de l'Ordre. Il convient donc de simplement préciser que le ministère d'avocat est obligatoire en matière d'appel.

L'article 1007-9 (1), alinéa 2 régit les mentions que doit contenir l'acte d'appel. Il fait référence «aux prétentions de l'appelant», ce qui n'est ni plus ni moins que l'objet de la demande. Cette mention n'est pas nécessaire dès lors que le Conseil de l'Ordre préconise d'opérer par renvoi aux mentions que contient l'assignation telles que précisées à l'article 1007-3, alinéa 2. De même, il ne sera pas nécessaire de faire référence aux « pièces dont l'appelant entend se servir », dès lors qu'il est prévu d'ajouter un point 7° à l'article 1007-3, alinéa 2.

S'agissant de la «copie de l'ordonnance ou du jugement contre lequel l'appel est dirigé», il convient de renvoyer cela aux questions d'enrôlement.

Enfin, et à l'instar de ce qui est prévu à l'article 1007-3 (2), il convient de préciser que les mentions sont prescrites à peine de nullité, que les intimés doivent être représentés par un avocat et que doivent être respectées les dispositions des articles 79 et 80 du Nouveau Code de Procédure civile.

Au total, l'article 1007-9 (1) qui deviendrait l'article 1007-8 (1) prendrait la teneur suivante :

«(1) Sauf dispositions particulières, l'appel des jugements du juge aux affaires familiales est formé par assignation à comparaître devant la Cour d'appel qui contient, à peine de nullité, les mentions prévues aux paragraphes (1) et (2) de l'article 1007-3».

Sur le paragraphe (2) de l'article 1007-9 :

Ce paragraphe devient sans objet dès lors que le Conseil de l'Ordre préconise que l'appel soit introduit par voie d'assignation.

Sur le paragraphe (3) de l'article 1007-9 :

Là encore, ce paragraphe devient sans objet à partir du moment où le Conseil de l'Ordre préconise que l'appel soit introduit par voie d'assignation. En revanche, il peut être opportun de rajouter ici les pièces à joindre à l'enrôlement.

Après renumérotation, ce paragraphe deviendrait l'article 1007-8 (2) et prendrait la teneur suivante :
«(2) Outre les pièces visées à l'article 1007-3 (3), doit être jointe à l'enrôlement une copie de l'ordonnance ou du jugement contre lequel l'appel est dirigé».

Sur le paragraphe (4) de l'article 1007-9 :

Là encore le délai de huit jours proposé par les auteurs du projet de loi est trop court. Par souci d'uniformiser avec les autres dispositions du Nouveau code de procédure civile (voir notamment l'article 113), il convient de libeller ce paragraphe de la façon suivante et de le renuméroter :

« (3) Le délai pour constituer avocat en vertu du paragraphe (1) est de quinze jours. Pour les personnes demeurant hors du Grand-Duché, ce délai sera augmenté des délais de l'article 167. ».

Sur le paragraphe (5) de l'article 1007-9 :

Ce texte prévoit que l'appel des requêtes relatives à la fixation ou à la modification de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite et d'hébergement doivent être plaidées dans un délai d'un mois après l'expiration du délai de comparution. Le commentaire des articles ne fournit pas de justification particulière à l'application d'un tel délai préfix. Il convient de s'interroger sur le point de savoir si les affaires en obtention de pension alimentaire ne méritent pas également un tel régime ?

Outre la question du mode d'introduction des demandes, le conseil de l'Ordre est d'avis que ces dispositions relatives à la fixation ou la modification de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite et d'hébergement n'ont pas leur place parmi les dispositions générales. Il conviendra de les réserver pour les dispositions spéciales du Titre VI bis sous examen.

Sur les paragraphes (6) à (9) de l'article 1007-9 :

Les paragraphes (6) à (9) prévoient un régime uniforme d'instruction de l'affaire devant la Cour d'appel, dérogoire du régime de droit commun de la procédure de mise en état. Ce régime prévoit qu'en principe les conclusions des avocats sont orales, mais que la Cour peut demander des conclusions écrites à notifier dans des délais maximum d'un mois. Ce système qui veut rendre plus efficace le fonctionnement de la justice en matière familiale n'est pas totalement satisfaisant, notamment en ce que la variété des problématiques relevant du juge aux affaires familiales suppose des approches procédurales différentes.

Tout d'abord, le caractère oral de la procédure ne respecte pas les principes directeurs du procès, et notamment le principe de la contradiction, tel que prévu aux articles 64 et 65 du NCPC. Il n'est pas satisfaisant que l'appelant découvre les moyens de l'intimé lors de l'audience fixée pour les plaidoiries. Cette pratique ne saurait être encouragée au détour du projet de loi sous examen. En outre, le régime prévu peut constituer une entrave à la procédure de Cassation, notamment dans l'hypothèse où l'arrêt à intervenir ne reprendrait pas les moyens de l'intimé qui, par définition, n'a pas déposé de conclusions. Aussi, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il convient de maintenir le caractère écrit de la procédure.

Le Conseil de l'Ordre ne partage pas les conceptions des auteurs du projets de loi d'instituer, à fortiori au titre des dispositions générales, un mode d'instruction des affaires comparable à celui des affaires relevant de la compétence des juridictions administratives. Le Conseil de l'Ordre est d'avis que le mode actuel d'instruction des affaires relevant du présent projet de loi doit être maintenu, quitte à ce que les règles actuellement en vigueur de la mise en état soient pleinement appliquées (injonction, clôture de l'affaire si l'avocat n'effectue pas les devoirs dans les délais impartis, réelle surveillance de l'instruction de l'affaire par le conseiller de la mise en état). Il convient donc de modifier l'actuel paragraphe (6) dans le sens strictement inverse, de supprimer les actuels paragraphes (7), (8), qui est de droit, et (9).

Après renumérotation, le paragraphe (6) de l'article 1007-9 prendrait la teneur suivante :

« (4) *Sauf dispositions particulières, les articles 598 à 611 sont applicables* ».

Il est également proposé d'ajouter que conformément à l'article 1251-12 du Nouveau Code de procédure civile, les délais de procédures sont suspendus en cas de médiation visée à l'article 1007-4.

Sur le paragraphe (10) de l'article 1007-9 :

Le paragraphe (10) de l'article 1007-9 est déplacé à la fin de l'article 1007-10 et son contenu est modifié en faveur d'une signification par huissier.

Article 1007-10 : Les trois premiers alinéas concernent le fonctionnement collégial ou à juge unique de la chambre civile. Ils sont regroupés en un paragraphe (1) comportant ces trois alinéas. Toutefois, le conseil de l'Ordre n'est pas favorable au jugement des affaires par un conseiller unique et préconise que la collégialité reste la règle lorsqu'une des parties en fait la demande et dans les matières où elle est de droit aux vœux de l'article 1007-7, dans la rédaction proposée par le Conseil de l'Ordre.

Il est ajouté un paragraphe (2) prévoyant que les arrêts de la chambre civile siégeant en matière familiale sont signifiés par huissier.

Au total, l'article 1007-10 prendrait la teneur suivante :

« (1) L'appel des jugements du juge aux affaires familiales est jugé par une chambre civile de la Cour d'appel constituée de trois conseillers. Sauf si les parties s'y opposent et sauf en matière de divorce, de séparation de corps et de liquidation de régimes matrimoniaux, la chambre civile peut décider de déléguer le jugement de l'affaire à un conseiller unique.

La décision de renvoi au conseiller aux affaires familiales n'est uniquement susceptible d'un pourvoi en cassation qu'avec l'arrêt sur le fond.

Tous les arrêts de la chambre civile siégeant en matière familiale ou du conseiller aux affaires familiales sont prononcés en audience publique.

(2) Ils sont signifiés conformément aux articles 155 à 161.

Les arrêts rendus par la Cour d'appel peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans les formes et délais prévus en matière civile de droit commun. ».

Article 1007-11 : Cet article sous examen laisse perplexe le Conseil de l'Ordre, en ce qu'il institue un référé dit exceptionnel dans des cas d'urgence absolue, mais prévoit un délai de quinzaine pour que les parties soient convoquées à l'initiative du greffe, la possibilité de remises de l'affaire ainsi qu'un délai d'appel également de quinzaine. Or, si l'affaire est d'une urgence absolue, comme par exemple le départ en vacances d'un enfant à l'initiative d'un parent maltraitant, il est fort possible que l'enfant soit revenu de vacances avant que le juge n'ait statué.

Le Conseil de l'Ordre reste néanmoins d'avis qu'il faut effectivement ouvrir la possibilité d'un référé extraordinaire aux cas urgents, mais en renvoyant aux dispositions générales de l'article 934 pour permettre d'assigner dans des délais très courts.

Il faudrait également prévoir que l'obtention d'une audience extraordinaire de référé soit de droit lorsqu'il en va de la santé physique ou psychique de l'enfant, d'un risque d'enlèvement de l'enfant ou de violences domestiques.

L'article 1007-11 devrait enfin reprendre le contenu de l'article 1007-5 pour regrouper en un seul article la compétence du juge aux affaires familiales en matière de référé.

Pour le surplus, il ne semble pas opportun de prévoir, dans les affaires familiales, la représentation en justice selon les modalités prévues par l'article 935. Il est préférable que les parties comparaissent en personne ou par le ministère d'avocat.

L'article 1007-11 pourrait ainsi prendre la teneur suivante :

« (1) Le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des référés.

Il est saisi par assignation à comparaître à une audience tenue à cet effet au jour et heure habituels des référés. Cette assignation indique, à peine de nullité, les mentions prescrites aux articles 79, 80, 1007-3 (1) et que les parties seront tenues de comparaître en personne ou par le ministère d'avocat à la Cour.

(2) Lorsque le cas requiert célérité, l'article 934 est applicable. Néanmoins, l'autorisation d'assigner à bref délai est de droit lorsqu'il existe un risque d'enlèvement de l'enfant, qu'il en va de sa santé physique ou psychique ou en cas de violences domestiques.

(3) Les affaires visées aux paragraphes (1) et (2) sont plaidées à l'audience de comparution. Sur demande justifiée d'une des parties, le juge aux affaires familiales peut accorder une remise.

(4) Sauf dispositions particulières prévues au présent chapitre, les articles 937 à 940 sont applicables. »

Pour le surplus, il convient de modifier l'article 934 afin de permettre aux requérants d'interjeter appel des ordonnances de refus d'assigner à bref délai, alors que la tendance jurisprudentielle actuelle est d'exiger que le cas revête une extrême urgence, condition qui se surajoute inutilement à celle d'urgence inhérente à tous les référés. Or, la célérité visée à l'article 934 concerne une urgence procédurale, en ce que le déroulement normal d'une instance, même de référé, pourrait conduire à l'obtention tardive d'une ordonnance.

L'article 934 alinéa 2 est complété de la façon suivante :

« L'ordonnance est susceptible de recours devant le président de la Cour d'appel ou le conseiller qui le remplace, saisi sur requête ».

2. Les dispositions relatives au divorce par consentement mutuel

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur le sort à réserver à une convention qui ne serait pas homologuée par le juge. Le magistrat aurait-il alors le pouvoir de mettre en place des mesures provisoires, avec ou sans l'accord des parties ?

Il serait préférable soit de prononcer le divorce soit de rejeter la convention de divorce au risque de créer un amalgame entre la procédure amiable du consentement mutuel et celle litigieuse du divorce contentieux et de créer de ce fait une insécurité juridique pour les parties.

Le Conseil de l'Ordre souhaiterait que, dans le cadre de cette procédure, la régularité du contenu de la convention fasse l'objet d'un contrôle préalable par le magistrat.

Il faut rappeler que la comparution des parties se fera probablement en dehors de la présence de l'avocat ou du notaire ayant rédigé ladite convention, et il faut éviter que le magistrat, dans l'ignorance des raisons ayant motivé le contenu, dénature la volonté des parties.

Article 1007-13 : Il n'est pas utile de reprendre au point (2) les mentions de la requête qui sont celles de l'article 1007-3.

Le paragraphe (3) qui devient le (2) prend la teneur suivante : « *A leur requête qui contient les mentions prévues à l'article 1007-3, les conjoints joignent, outre les actes mentionnés à l'article 230 du Code civil, les pièces suivantes : (...)* ».

Art. 1007-21 : Il n'est pas utile de reprendre au point (3) l'énumération des mentions que doit contenir la requête et qui sont celles de l'article 1007-3, à l'exception de la décision dont il est fait appel.

Le paragraphe (3) prend la teneur suivante : « *Outre les mentions prévues à l'article 1007-3, alinéa 2, la requête contient une copie de l'ordonnance ou du jugement contre lequel l'appel est dirigé* ».

3. Les dispositions relatives au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales

Remarques générales

Le Conseil de l'Ordre, à l'instar du Conseil d'Etat (cf. commentaire sous article 1007-27), soutient une procédure efficace et rapide qui ne doit cependant pas s'apparenter à une **répudiation**. Dans beaucoup de pays limitrophes, la procédure de divorce est précédée d'une période de séparation allant de 6 mois à 1 an pendant laquelle les époux ont dû s'organiser avec l'aide ou non de la justice.

En effet, il faut tenir compte des réalités :

Souvent l'état émotionnel des parties, surtout de la partie défenderesse, est fragile. La personne se sent prise au dépourvu et n'est pas en état de prendre des décisions qui détermineront les conditions de sa vie future. Le défendeur valablement touché devra trouver un avocat, prendre rendez-vous et, avec l'aide de ce dernier, constituer son dossier.

La constitution d'avocat n'étant cependant plus prévue, le Conseil de l'ordre s'interroge sur le déroulement de la procédure. Comment savoir si le défendeur comparaît en personne ou sera assisté par un avocat ? A qui communiquer les pièces, en considération des délais très courts ? Si un défendeur, valablement touché, ne comparaît pas, pourra-t-on parler d'un défaut réputé contradictoire ?

Il faut donc prévoir une constitution d'avocat à la Cour dans un délai raisonnable avant la date fixée pour l'audience, afin de préserver le principe du contradictoire. D'ailleurs, l'article 1007-25 prévoit que l'avocat doit être appelé, il doit en conséquence être constitué.

Le Conseil de l'Ordre insiste sur le respect du principe du contradictoire, et s'interroge sur les facultés données au magistrat dans le cadre de la procédure prévue par les articles 1007-26 et suivants :

- ✓ Faculté d'entendre les parties séparément ;
- ✓ Possibilité de passer outre l'accord des parties sur les conséquences du divorce ;
- ✓ Possibilité d'ordonner ou non une surséance sur simple contestation de la rupture irrémédiable non motivée par le défendeur.

Le Conseil de l'Ordre s'interroge aussi sur la possibilité de prononcer le divorce et le partage, si une procédure pénale est en cours dans le cadre de la loi sur la violence domestique.

Malgré les articles 254 et suivants du Code civil, qui prévoient les conséquences liées à la faute grave, il est contraire à l'intérêt des parties de procéder au partage de la communauté.

Même si cela revient à bloquer les parties, il faut éviter que le conjoint fautif puisse organiser son insolvabilité suite au partage anticipatif qui aura été fait sans savoir s'il y aura éventuellement perte des avantages matrimoniaux suite à une condamnation pénale.

Procéder de la sorte priverait l'article 255 de toute son efficacité, alors que le conjoint victime ne pourra éventuellement plus récupérer ses biens personnels, hérités, etc. tout ayant été liquidé et partagé.

Art. 1007-23 :

Il n'est pas utile de reprendre au point (3) l'énumération des mentions que doit contenir la requête et qui sont celles de l'article 1007-3.

Le paragraphe (3) qui devient le (2) prend la teneur suivante : « *A sa requête qui contient les mentions prévues à l'article 1007-3, le requérant joint les pièces suivantes : (...)* ».

Le paragraphe (4) devient le (3).

Article 1007-25 : Le Conseil de l'Ordre maintient les mêmes remarques quant à la nécessité d'une constitution d'avocat à la Cour.

Art. 1007-40 : Il n'est pas utile de reprendre au point (3) l'énumération des mentions que doit contenir la requête et qui sont celles de l'article 1007-3, à l'exception de la décision dont il est fait appel.

Le paragraphe (3) prend la teneur suivante : « *Outre les mentions prévues à l'article 1007-3, alinéa 2, la requête contient une copie de l'ordonnance ou du jugement contre lequel l'appel est dirigé* ».

Il est prévu au point (3) in fine que : « *La requête et les pièces sont déposées au greffe de la Cour d'appel en trois exemplaires* ». Il faut harmoniser cela par rapport aux autres articles. Soit le mettre à part, soit en faire un paragraphe séparé.

4. Les dispositions relatives aux mesures provisoires

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la marge d'appréciation dont dispose le magistrat pour prendre une mesure provisoire ou non, alors qu'il est d'avis que si de telles demandes étaient formulées, le juge devrait statuer, à moins de se prononcer immédiatement sur le fond mais au risque de s'exposer à un déni de justice.

Si l'intention est de prononcer le divorce rapidement, il faut préciser expressément que ce jugement pourra ne pas statuer sur les mesures accessoires et qu'en conséquence les mesures provisoires décidées continueront à s'appliquer jusqu'à décision définitive des mesures accessoires au fond.

La combinaison de l'article 1007-46 avec les articles 239 et 243 crée sinon un vide juridique pour la période entre le prononcé du divorce et la date où le divorce est coulé en force de chose jugée. (Commentaires sous l'article 239 respectivement 243).

Il faut donc préciser que le jugement de divorce au fond ne peut mettre fin aux mesures provisoires que lorsqu'il est coulé en force de chose jugée, uniquement pour le futur et seulement si les mesures accessoires sont également tranchées et coulées en force de chose jugée au fond.

Le Conseil de l'Ordre s'interroge également sur la raison d'être de l'article 1007-49 qui prévoit un référé extraordinaire, respectivement exceptionnel. Quelle est la différence avec la demande en mesures provisoires qui est possible dans la requête de divorce ? Est-ce seulement applicable en cas d'élément nouveau ? ou seulement s'il n'y a pas de demande en mesures provisoires pendant ?

Le Conseil de l'Ordre renvoie à ce propos à ses réflexions sous l'article 1007-11 et les possibilités déjà offertes par l'article 934.

Le Conseil de l'Ordre constate une erreur matérielle à l'article 1007-11, point 4 qui doit prévoir un délai de comparution de 15 jours à partir du dépôt de la requête en référé (et non « *d'appel* », comme cela figure actuellement dans le texte).

Quid de l'exécution provisoire de ces ordonnances de référé et/ou provisoires ? L'article 1007-59 qui prévoit l'exécution provisoire est placé dans le Livre 1^{er}, Titre VI bis, Chapitre III traitant de dispositions particulières. Le Conseil de l'ordre est d'avis, pour des raisons de visibilité, de le prévoir expressément pour ces mesures provisoires et urgentes.

Art. 1007-49 : Le titre de la sous-section devrait renvoyer au référé extraordinaire et non au référé exceptionnel.

5. La saisine du tribunal par le mineur

Art. 1007-50 : La procédure prévue pour le mineur de saisir la justice déroge aux principes généraux du droit, qui ne prévoient aucune possibilité pour un mineur de **saisir** le tribunal. Il faut clarifier si le mineur peut effectivement saisir le tribunal alors que l'exposé des motifs précise que le tribunal n'est pas valablement saisi par le courrier d'un mineur à son attention, mais uniquement par la requête subséquente de son avocat.

La possibilité d'une requête par le mineur, outre le problème de savoir si l'avocat de l'enfant peut prendre des initiatives sans jouir de l'autorité parentale (ne serait-ce que par la voie de la délégation) (cf. administrateur ad hoc) expose le mineur à un risque de manipulation extrême et en fait une partie prenante au procès.

S'il est effectivement important que l'enfant puisse avoir un accès au juge, ce droit ne doit pas être détourné à des fins contraires à ses intérêts.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis que dans ce cas, le magistrat doit procéder directement à la nomination d'un avocat figurant sur la liste des avocats pour enfants émanant du Conseil de l'Ordre.

6. Le maintien des liens de l'enfant avec ses parents

Art. 1077-55 : Le Conseil de l'Ordre est d'avis que l'article 1007-55 qui prévoit le principe fondamental du maintien des liens de l'enfant avec ses parents ne figure pas à la bonne place, alors qu'il ne s'agit pas d'une disposition particulière. Énonçant un principe général, il devrait au mieux être placé dans le Code Civil avant l'article 372 ou en tout cas à un autre endroit dans le NCPC.

7. L'interdiction de sortie du territoire

Art. 1007-56 : Cet article prévoyant une interdiction de sortie du territoire est d'une utilité relative, alors qu'il ne sera applicable qu'aux mineurs ayant un passeport luxembourgeois.

8. La pension alimentaire et la communication des pièces

Art. 1007-58 : La communication des pièces renseignant la situation financière des parties devrait être également envisagée dans le cadre des liquidations-partages et il ne faudrait pas se limiter aux seuls revenus mais inclure tous les éléments du patrimoine (article 1007-58). Le défaut de coopérer du tiers devrait être sanctionné sous peine d'astreinte laissée à l'appréciation du juge, une amende civile de 50.- à 2.500.-€ n'étant pas dissuasive. Cette communication devrait pouvoir être possible non seulement en ce qui concerne la situation financière et patrimoniale actuelle, mais également rétroactivement jusqu'à la date du mariage pour éviter une fuite organisée du patrimoine.

II. Modification du Code Civil relative à la réforme du divorce

1. Le divorce

Le législateur introduit le divorce sans faute qui devrait aider à pacifier les situations de séparation.

Art. 239 : Cet article prévoyant la possibilité pour le juge de prononcer immédiatement le divorce tout en sursoyant à statuer sur les mesures accessoires, devrait prévoir que les mesures provisoires décidées sur base de l'article 1007-44 resteront d'application jusqu'à ce que la décision prise au fond quant aux mesures accessoires soit coulée en force de chose jugée.

Or, dans leur mouture actuelle, les articles 239 et 243 combinés précisent la date d'effet du divorce et précisent que ce jugement met fin aux mesures provisoires.

Le projet de loi vise à prononcer rapidement le divorce et l'on peut donc s'imaginer que le prononcé du divorce puisse intervenir dès la première comparution des parties devant le juge, sans pour autant que les mesures accessoires puissent être tranchées définitivement.

Il faut alors prévoir ce qu'il adviendra des mesures provisoires, qui, au moment du prononcé du divorce, auront été ou pas décidées (cf. l'ancien article 267bis alinéa 4).

Art. 241 et 242 : Il n'est pas compréhensible que, dans le cadre de la liquidation, les articles 241 et 242 prévoient encore le renvoi automatique des parties devant notaire pour dresser un procès-verbal de

difficultés. Etant donné que le juge aux affaires familiales rencontre les parties, il peut directement constater si un accord est possible quant à la liquidation et dans ce cas renvoyer les parties devant notaire. S'il constate qu'il y a désaccord, il doit pouvoir avoir la possibilité de renvoyer directement les difficultés de liquidation devant la formation collégiale sans passer par un procès-verbal de difficultés à dresser par notaire.

Art. 245 : La transcription prévue à l'article 245 est une reprise de la procédure actuelle. Il faudrait cependant préciser par quel moyen se fait cette « signification » (notification ?) à l'officier de l'état civil, alors que toute la procédure prévue dans le projet de loi se fait par notification par voie du greffe.

Art. 250 à 253 : Cet article précisant les éléments à prendre en considération dans la détermination des besoins d'un des époux est à saluer.

Toutefois, le JAF est censé prendre en considération les droits prévisibles respectivement le patrimoine des époux après la liquidation du régime matrimonial, et si ces droits ne sont pas connus au moment du prononcé du divorce, ce qui risque d'être très souvent le cas, le juge devra encore surseoir à statuer. D'où l'intérêt de préciser que le juge pourra prononcer le divorce tout en gardant en suspens les mesures accessoires et la nécessité de prévoir alors que des mesures accessoires provisoires puissent rester en vigueur.

Si l'intention est de clarifier les critères de l'allocation d'une pension alimentaire au conjoint divorcé, il faut cependant mieux distinguer la pension alimentaire de l'article 250 de celle prévue à l'article 252. Quelle est la différence entre les besoins prévus à l'article 250 : « *La pension alimentaire attribuée par décision judiciaire est fixée selon les besoins du conjoint à qui elle est versée et dans les limites des facultés contributives de l'autre conjoint.* » et ceux de l'article 252 : « *Le montant de la pension sera fixé en tenant compte des facultés contributives du débiteur, sans qu'il ne puisse dépasser le montant nécessaire pour couvrir le strict état de besoin du créancier* » ?

Soit un conjoint divorcé est dans le besoin, soit il ne l'est pas. Il ne peut pas être plus ou moins dans le besoin.

Le Conseil de l'Ordre propose la formulation suivante pour l'article 252 : « *Dans ce cas, le montant de la pension sera fixé selon les principes prévus aux articles 250 et 251.* »

Il faudrait également préciser dans quels cas le juge peut décider que la pension alimentaire soit capitalisée, et selon quels critères. Est-ce que la capitalisation de la pension alimentaire doit, à l'instar de la France, être le principe, ou serait-ce l'exception ? Ou est-ce que la décision est laissée à l'appréciation souveraine du JAF ?

Dans ce cadre, il serait aussi opportun de préciser, dans l'article 253, ce que le législateur entend par « *communauté de vie* » : qu'en est-il en effet d'une cohabitation avec des ascendants-descendants ou des tiers dans le cadre d'une colocation, où seul un éventuel partage des frais est envisagé ?

Art. 254 à 256 : Le Conseil de l'Ordre renvoie à ses commentaires sous l'article 1007-33 NCPC, qui posent la question de l'utilité pour le JAF de surseoir à statuer quant à la liquidation et aux avantages matrimoniaux. Il donne cependant à considérer que la faculté de ne pas appliquer les articles 254 et

suivants doit être précisée, la mention « *une date si éloignée* » étant imprécise. Il serait alors préférable de laisser au JAF le soin d'analyser la situation et de prendre une décision motivée en fonction des circonstances de l'espèce.

Art. 257 : Si le Conseil de l'Ordre salue le fait que le législateur prévoit expressément la possibilité d'un rachat des cotisations sociales à la CNAP de l'un des époux, cette solution est cependant insuffisante. Cette mesure devrait assurer aux époux concernés une rente, mais cela dépend de l'existence d'un actif indivis ou commun, ce qui n'est pas toujours le cas.

En l'absence d'actif, le conjoint n'ayant pas cotisé continuera d'être défavorisé et de se retrouver sans droits de pension tout en ayant assumé ses obligations pendant la vie commune.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il faut responsabiliser les époux au moment même où la décision commune d'arrêter de cotiser est prise et prévoir l'obligation de continuer de cotiser au moins aux minima sociaux, tel que cela est déjà prévu actuellement d'une façon volontaire auprès de la CNS. Ne faudrait-il pas aussi préciser la notion de « *raisons familiales* », alors que les raisons d'arrêter de cotiser peuvent aussi avoir des causes professionnelles (abandon d'un emploi pour suivre son conjoint à l'étranger p.ex.) ? Il faudrait encore préciser la durée de cinq ans prévu par le texte : s'agit-il d'une période continue de cinq ans, ou peut-on aussi considérer plusieurs périodes d'arrêt cumulées ?

Art. 258 : Le Conseil de l'Ordre reste encore opposé à la mesure de l'attribution du logement familial à l'un des parents dans le cadre de l'article 258. Il faut souligner qu'un divorce entraîne une dégradation de la situation financière des couples, causée notamment par le coût de relogement au Luxembourg.

Actuellement nombre de parents divorcés sont déjà réduits à se reloger au-delà des frontières luxembourgeoises et les dispositions de cet article risquent d'alourdir encore la situation financière déjà précaire de nombreux parents.

Il s'en suivra nécessairement une bataille acharnée pour se voir attribuer la garde des enfants, sans que l'intérêt des enfants ne soit nécessairement au centre des préoccupations respectives.

Dans la plupart des cas, les domiciles conjugaux sont des biens communs, avec souvent des prêts hypothécaires conséquents à payer. Quid du remboursement de ce prêt ? Quid de celui qui n'a pas la garde des enfants et qui doit quand-même aussi pouvoir se reloger d'une façon adéquate pour pouvoir accueillir les enfants communs dans de bonnes conditions pendant le droit de visite et d'hébergement ?

Le texte proposé reste aussi muet par rapport à la situation où un concubin éventuel viendrait à se loger dans l'immeuble en question ; est-ce que cela constituerait une des circonstances nouvelles prévues par le texte ? Aucune précision n'est donnée sur ces circonstances nouvelles.

De l'avis du Conseil de l'Ordre, cela posera plus de problèmes que d'en solutionner, et il n'est pas dit que ce soit dans l'intérêt des enfants de les exposer à des querelles incessantes autour de ce logement.

Si le législateur entend maintenir cette disposition, il faut en tout état de cause la préciser :

- ✓ qu'est-ce que le législateur entend par scolarisation : obligatoire ou facultative (précoce) ?
- ✓ quelles sont les circonstances nouvelles ?
- ✓ quels sont les critères d'appréciation du JAF ?
- ✓ quels sont les critères de fixation de l'indemnité d'occupation ? les ressources financières du conjoint débiteur de l'indemnité, ou le loyer qu'il devrait normalement payer pour se loger, respectivement les critères prévues en matière de bail à loyer ?

Il faut aussi soulever que de nombreux enfants ne fréquentent pas le régime scolaire luxembourgeois et que les vacances scolaires ne se terminent pas obligatoirement le 14 septembre.

Art. 306 à 311 : Le Conseil de l'Ordre souligne que la procédure de séparation de corps est assez rare alors que justement elle n'est possible actuellement que dans le cadre d'une demande pour faute. Il serait utile, si l'on doit la maintenir, de prévoir aussi la possibilité de la faire par consentement mutuel telle qu'elle est possible dans d'autres pays.

2. La filiation

Art. 312-318 : Il faudrait clarifier les règles d'établissement de la filiation, alors qu'au vu des progrès scientifiques, il est possible d'établir en dehors de tout doute les relations familiales. Il est donc difficile de comprendre l'utilité de la possession d'état.

Le Conseil de l'Ordre souligne qu'à l'heure actuelle, il existe un contentieux important autour des contestations de paternité. En effet de nombreuses reconnaissances de paternité sont faites par des hommes sachant parfaitement qu'il n'y a aucun lien de filiation avec l'enfant.

Après la séparation, ces reconnaissances sont généralement contestées, ce qui a des conséquences préjudiciables pour l'enfant.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il faut responsabiliser ces hommes. S'il s'avère utopique d'imposer des tests de paternité avant toute reconnaissance, il faut du moins prévoir des mécanismes à l'égard de ces reconnaissances de complaisance.

Si l'on peut saluer le fait qu'un homme veuille s'engager vis-à-vis d'un enfant et assumer des responsabilités de père vis-à-vis de cet enfant, cet engagement ne devrait pas pouvoir être remis en cause tant qu'une autre filiation n'a pas pu être établie. Si l'on ne peut pas forcer un maintien des relations personnelles, le père devrait au moins être contraint de continuer à contribuer aux charges relatives à l'éducation de cet enfant.

La révocation d'une adoption est soumise à des critères très stricts qui devraient s'appliquer également pour les reconnaissances manifestement de complaisance.

3. L'adoption

Art. 343 à 370 : Le Conseil de l'Ordre souligne que dans la pratique actuelle, le requérant à la demande d'adoption est obligé d'informer de sa volonté tous ses enfants, sans qu'aucun texte législatif ne le prévoie. Il faudrait prévoir un texte précisant cette obligation d'information à donner aux enfants.

4. L'autorité parentale et son exercice

Art. 372-1 : Cet article prévoit la différence entre actes usuels et actes non-usuels dans le cadre de l'autorité parentale conjointe. Le Conseil de l'Ordre est d'avis que cette distinction laisse libre cours à des discussions philosophiques sur la définition d'un acte usuel et d'un acte non usuel, alors que l'accord des deux parents n'est pas présumé pour les actes non-usuels.

S'il est louable de présumer l'accord des deux parents pour certains actes, il faut préciser ce qu'il y a lieu de comprendre par « *acte qui rompt avec le passé* » et « *acte usuel* » et « *non usuel* », alors que cela peut différer d'un couple à l'autre.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il vaudrait mieux remplacer « *un acte usuel de l'autorité parentale* » par « *le cadre des actes de gestion quotidienne* » (même remarque pour les articles 375-1).

Art. 372-2 et art. 376-2 à 376-4 : Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur l'emplacement de ces articles traitant de la pension alimentaire pour les enfants dans la section de l'exercice de l'autorité parentale alors qu'il aurait été préférable, pour une meilleure visibilité, d'en discuter dans une section séparée.

La question du quantum de la pension alimentaire à verser au profit des enfants est la première interrogation des parents et donne lieu à de nombreux conflits, qui rendent fréquemment impossible un divorce par consentement mutuel. Au lieu de prévoir la possibilité d'une prise en charge directe des frais exposés au profit de l'enfant qui risque d'entraîner d'interminables discussions et contestations, il serait plus judicieux de prévoir un barème officiel qui mettrait un terme aux disparités dans les jurisprudences, tout en laissant une marge d'appréciation aux magistrats en cas de circonstances particulières. Ceci apaiserait considérablement les relations entre parents. La France a adopté un tel barème qui tient compte des salaires, des besoins mais aussi de la fréquence des contacts que l'enfant entretient avec l'un ou l'autre parent.

La discussion doit aussi être menée en ce qui concerne les enfants qui ne sont plus en cours d'études justifiées, mais qui continuent à être à la charge d'un des deux parents. Différentes raisons pourraient justifier le maintien de la contribution alimentaire au-delà de la majorité et en dehors de la continuation des études, comme par exemple des problèmes de santé.

Art. 374 : Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la place de cet article, qui régit les relations personnelles de l'enfant avec sa famille. Cet article prévoit un principe général qui devrait être positionné, pour une meilleure visibilité, dans un chapitre traitant des principes généraux des droits des enfants dans les procédures le concernant.

Il conviendrait par ailleurs de définir la notion d'ascendant et de préciser si « frères et sœurs » doit être compris dans un sens large à savoir les « demi-frères » et les « demi-sœurs » respectivement les familles élargies et recomposées. De toute façon, tout droit de visite et d'hébergement doit être ordonné dans l'intérêt de l'enfant concerné.

Art. 375 : Cet article consacre le principe de l'autorité parentale conjointe, qui est à saluer. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la justification de l'alinéa 2 qui dispose : « *Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre parent, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale* ».

Le fait d'agir après une année n'est pas forcément lié à un désintérêt pour l'enfant, de sorte qu'il serait judicieux de supprimer l'alinéa en question.

Art. 376-1 : Le texte actuel de cet article ne permet que d'accorder une autorité parentale conjointe ou exclusive, ce qui fait que la jurisprudence n'accorde plus que très rarement une autorité parentale exclusive à l'un des parents. Il serait utile de réfléchir à la possibilité de fractionner l'autorité parentale et de permettre à l'un des parents de prendre exclusivement les décisions par exemple relatives à la santé ou aux papiers d'identité ou scolaires ou de loisirs des enfants. Il arrive parfois que l'un des parents s'oppose systématiquement, sans raison valable, à tout acte « non-usuel », ce qui rend la vie de l'autre parent et surtout de l'enfant très difficile.

Art. 376-5 : cet article prévoit un mandat d'éducation quotidien et le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la nécessité d'un tel mandat dans la pratique, qui serait réservé au nouveau conjoint ou partenaire tel que cela est prévu dans la loi sur les nouveaux partenariats. Dans la vie quotidienne d'un enfant, cela risque d'alourdir sérieusement le contentieux entre ses parents et il faudrait, de l'avis du Conseil de l'Ordre, le supprimer purement et simplement.

Art. 378 : Le Conseil de l'Ordre estime qu'il serait utile de regrouper l'alinéa 1 de l'article 378 avec l'article 377.

Le Conseil de l'Ordre préconise que les alinéas 2 et 3 de l'article 378 soient joints à l'article 374 pour plus de clarté. Il y aura certainement des discussions sur l'interprétation des différentes conditions à remplir par les tiers.

Art. 378-1 : Le Conseil de l'Ordre estime qu'il est nécessaire de clarifier les termes de « *domicile* » et de « *résidence* ». Si les textes européens parlent plutôt de résidence, le Code Civil définit la notion de domicile en son article 108 auquel le législateur luxembourgeois a traditionnellement recours. Existe-t-il réellement une différence dans nos textes entre *domicile* et *résidence* ? Qu'en est-il en cas de garde alternée ? Et quid de l'unicité du domicile ? Est-ce que le législateur entend exclure la possibilité pour le juge de fixer une résidence/garde alternée en cas de désaccord des deux parents ? A notre avis, le juge devrait pouvoir fixer une garde alternée même en cas de désaccord des parents, et avoir le pouvoir de fixer les pensions alimentaires, la répartition des allocations familiales entre les parents, et l'inscription scolaire.

Art. 378-2 : Cet article prend en considération le non-respect d'un droit de visite et d'hébergement. Or, si un droit de visite et d'hébergement est déjà fixé par le tribunal et qu'il n'est pas respecté, il y a lieu d'appliquer les sanctions de droit commun, via notamment une plainte pour non-présentation d'enfants, infraction pénale. Maintenir l'article 378-2 en l'état reviendrait à mettre en question l'autorité des décisions judiciaires. L'alinéa 1^{er} suffit amplement et le Conseil de l'Ordre suggère de supprimer les alinéas 3 et 4.

5. L'intervention des tiers

Art. 379 à 381 : Le Conseil de l'Ordre n'a pas de commentaires à formuler quant à la Section IV.

6. L'autorité parentale relative aux biens

Art. 382 à 387 : Le Conseil de l'Ordre n'a pas de commentaires à formuler.

7. La délégation de l'autorité parentale

Art. 387-1 à 387-8: Sous ce chapitre III, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il faudrait prévoir clairement deux hypothèses différentes :

- ✓ l'enfant mineur continue de résider auprès des deux parents ou de l'un d'eux, et il est nécessaire de déléguer la totalité ou une partie de l'autorité parentale à un tiers ;
- ✓ l'enfant mineur ne réside pas ou plus auprès de ses parents ou de l'un d'eux, suite à un placement volontaire (le placement judiciaire devrait en toute logique être réglé par la loi sur la protection de la jeunesse).

L'ancien chapitre III ne réglait que la situation où l'enfant était déjà recueilli par un tiers, alors que le Conseil de l'Ordre estime nécessaire d'ouvrir la possibilité d'une délégation de l'autorité parentale, ou d'une partie, à des situations où l'enfant continue de résider auprès de ses parents ou de l'un d'eux et de compléter ainsi l'article 387-3 alinéa 1^{er}.

Il conviendrait alors de reprendre ces textes sous cet angle, et de clarifier les différentes possibilités.

Relativement à la délégation partielle, il faudrait permettre au juge de préciser l'étendue/le champ d'application de cette délégation (article 387-4), qui pourrait ne porter que sur une décision ponctuelle, ou sur un ensemble d'actes de la vie courante.

Le Conseil de l'Ordre constate que l'alinéa 1^{er} de l'article 387-7 pose un principe général de modification de la délégation de l'autorité parentale, avec la mention « *dans tous les cas* ». Cependant, les alinéas 2 et 3 n'envisagent cette modification de délégation que dans le cadre de placements. Il serait dès lors plus judicieux d'indiquer clairement dans l'alinéa 1^{er} qu'il peut s'appliquer tant à la délégation de l'autorité parentale sans placement qu'à celle avec placement, en lieu et place de « *dans tous les cas* » qui manque gravement de précision.

Tout en comprenant l'idée sous-jacente du législateur, le Conseil d'Ordre suggère de remplacer les termes de « *restitution d'enfant* » par ceux de « *retour de l'enfant* ».

8. Du retrait total ou partiel de l'autorité parentale

Art. 387-9 à 387-14 : le Conseil de l'Ordre se pose la question de l'intérêt procédural du maintien de compétence dans le chef du tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile en cas de condamnation pénale entraînant le retrait de l'autorité parentale. Si le législateur estime qu'il est nécessaire de prévoir une composition collégiale, il faudrait préciser qu'il s'agit d'une composition comprenant des JAF.

Le Conseil de l'Ordre ne voit pas l'utilité de l'article 387-9bis en dehors de son application dans le cadre de la loi sur la protection de la jeunesse, dont le rôle est de protéger l'enfant en danger physique ou moral.

9. De l'audition de l'enfant en justice :

Art. 388-1 : Malgré le fait que le législateur n'envisage pas de modification à l'article 388-1, le Conseil de l'Ordre pense néanmoins qu'il serait judicieux de donner la possibilité au JAF de nommer un avocat pour l'enfant en dehors de toute procédure judiciaire pendante.

10. Les dispositions relatives à la tutelle

Art. 389 à 392 : Le Conseil de l'Ordre attire l'attention sur la nécessité d'utiliser la même terminologie juridique pour désigner les mêmes notions (« *exercice en commun* »/ « *exercer conjointement* »).

Le Conseil de l'Ordre propose de rédiger l'article 389-1 de la manière suivante : « *Les parents exerçant en commun l'autorité parentale exercent l'administration légale de leurs enfants en dehors de tout contrôle du juge* ».

11. Les dispositions relatives aux majeurs protégés

Art. 394 à 491-16 : Il est étonnant que le législateur n'ait prévu aucun changement substantiel en ce qui concerne les dispositions relatives aux majeurs protégés, sauf à modifier un seul article en ce qui concerne la compétence.

En effet, il serait temps, dans le cadre de cette réforme globale, de retravailler les dispositions légales concernant les majeurs protégés et de remédier enfin à une carence essentielle : le défaut de protection réelle dans la version actuelle de la loi.

La protection des majeurs concerne actuellement deux groupes de personnes : les adultes à besoins spécifiques (handicap mental et/ou moteur) et les adultes atteints de démence et/ou en situation de grande faiblesse.

Face à une population qui vieillit de plus en plus, les juges de tutelles pour les majeurs et le Parquet sont de plus en plus confrontés à des situations qui sont plus du ressort de la protection des personnes que de la protection des biens et des ressources financières des intéressés.

Or, les dispositions légales actuelles ne permettent pas de prendre des mesures à l'égard des personnes, elles ne s'appliquent qu'aux biens.

Protection des biens :

Le système actuel est peu satisfaisant car non modulable.

Les tutelles, curatelles, sauvegardes de justice sont strictement réglementées.

Les professionnels de la protection des majeurs le déplorent et demandent une protection financière et patrimoniale laquelle, selon les besoins d'une personne, pourrait être adaptée à sa situation personnelle, son âge, son entourage et sa personnalité.

Ainsi on pourrait concevoir une protection qui soit plus précise, en laissant par exemple plus d'autonomie pour certaines décisions et un régime plus strict pour d'autres.

Une personne à besoins spécifiques qui ne sait pas compter ne doit pas devoir bénéficier du même régime qu'une personne âgée démente.

Le juge des tutelles majeures devrait pouvoir mettre en place une protection personnalisée, modulable et facilement révisable.

Protection de la personne :

Deux domaines sont à soulever en particulier :

1) La protection des majeurs en situation de faiblesse

Il s'agit de situations qui ne tombent pas sous la protection de la loi pénale ou des dispositions légales concernant les internements, mais qui mettent en danger la personne concernée. Ils sont le fait de la personne elle-même.

Souvent, cette personne bénéficie déjà d'une mesure de protection (tutelle, curatelle) concernant ses biens.

A titre d'exemples :

- ✓ refus de soins médicaux urgents ;
- ✓ refus d'ouvrir la porte au personnel soignant ;
- ✓ refus de voir un médecin ;
- ✓ incapacité ou refus de voir nettoyer et ranger son domicile rendu insalubre ;
- ✓ refus d'intégrer une maison de soins/de retraite, même temporairement malgré une incapacité totale à gérer sa vie ;
- ✓ refus ou incapacité de se nourrir ;
- ✓ refus ou incapacité d'intenter une action en justice ou de se défendre contre une action en justice non relative à une situation d'ordre financier.

Notons encore que, souvent, ces situations sont signalées par les soignants, médecins et autres professionnels du secteur médical ou social, lesquels, en toute connaissance de cause et face au refus de la personne incapable en danger, craignent qu'en cas de décès, de négligences avérées ou de blessures, elles soient directement accusées de non-assistance à personne en danger.

Le juge des tutelles et éventuellement le Parquet devraient pouvoir, par voie d'ordonnance provisoire, en cas de danger pour l'intégrité physique et/ou mentale de la personne concernée et en cas d'urgence, mettre en place des mesures de protection rapide, au besoin avec l'aide de la force publique.

A l'instar de ce qui est fait pour les mineurs, ces majeurs en situation de faiblesse devraient pouvoir rapidement être protégés.

Un avocat serait alors nommé par ordonnance pour la défense des intérêts de la personne majeure. Pour renforcer la protection du majeur, cette nomination devrait être systématique.

La situation de danger devrait pouvoir être signalée par toute personne intéressée, ainsi que par la famille et la personne concernée elle-même.

Il conviendrait également de permettre au juge des tutelles d'ordonner des mesures d'investigation contraignantes (p.ex. expertises médicales, enquêtes sociales) s'il devait estimer ne pas disposer d'éléments suffisants à sa connaissance pour ordonner immédiatement une mesure de protection.

La mesure de protection doit être limitée dans le temps et ne pas dépasser un délai maximum qui devra être inscrit dans la loi pour éviter des abus et des situations provisoires trop longues. La mesure devra aussi cesser de plein droit à l'expiration du délai, à moins qu'une mesure au fond après débat contradictoire n'ait été décidée autrement.

Des voies de recours seraient alors prévues, dans des délais courts, contre les ordonnances provisoires.

La procédure au fond permettra de décider de mesures plus pérennes éventuellement nécessaires et pourra également être frappée d'appel.

2) Autorisation des mesures relatives à la personne du majeur protégé

Il s'agit de mesures au fond relatives à la personne du majeur déjà protégé quant aux biens et que le juge des tutelles pourrait autoriser pour autant qu'elles soient dans l'intérêt du majeur.

A titre d'exemples :

- ✓ Le droit de consentir à sa propre adoption simple pour une personne gravement handicapée ;
- ✓ Le droit de consentir au mariage ;

- ✓ Les décisions de nature à porter atteinte à l'intégrité physique, mais reconnues nécessaires comme une intervention médicale planifiée. En cas notamment d'une incapacité d'y consentir ou désaccord avec les membres de la famille ou entre ceux-ci.

Des voies de recours sont également à prévoir.

Dans tous les cas de figure, un soin particulier devrait être porté à la qualité des personnes pouvant remettre en cause les décisions judiciaires (avocat du majeur, membres de la famille proche).

3) Remarques importantes

Des mesures de protection du majeur peuvent être considérées comme une atteinte au droit fondamental de la personne de pouvoir décider pour elle-même. La mise en œuvre de telles mesures de protection doit donc être strictement définie et cadrée, prévoyant des garde-fous.

Quant aux mesures d'autorisation concernant la personne, elles permettent justement d'autoriser sous contrôle judiciaire certaines décisions que le majeur n'est pas ou plus capable de prendre lui-même, et qu'il se trouve de ce fait freiné dans son libre-arbitre.

Un soin particulier devra être porté aux formes et délais de recours.

Quant à la procédure au fond en cas de décisions définitives (personne et bien) ayant un impact à long terme, vu l'importance de ces décisions, une composition du tribunal des tutelles constitué de trois magistrats s'avère indispensable, même en première instance.

12. La modification de l'article 1384

La modification de l'article 1384 remplace le droit de garde par autorité parentale, tout en gardant la condition de cohabitation, pour établir une responsabilité solidaire des deux parents par rapport au dommage causé par l'enfant.

Dans la mesure où à l'égard des tiers, la responsabilité commune des parents doit être le principe, la question de l'exercice et de l'étendue de l'autorité parentale ne saurait être opposable aux tiers. Le ou les parents doivent pouvoir se retourner l'un contre l'autre ou mettre en intervention des tiers en application des principes généraux des règles de la responsabilité civile.

Le projet de loi reprend la notion de cohabitation et il faudrait clarifier ce terme en le délimitant par rapport aux notions de résidence et de domicile. Tous ces termes d'un point de vue juridique, tels qu'exposés déjà dans le présent avis à de multiples reprises, doivent être définis de façon claire et précise.

Luxembourg, le 26 avril 2017

François PRUM
Bâtonnier

