



T.M.C. ASSER INSTITUUT

---

Comparative study on enforcement  
procedures of family rights

JLS/C4/2005/06

Annex 20 National Report Luxembourg

M. Michel Neyens, Docteur en Droit

**CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES FAMILIALES  
ET SOCIALES Asbl  
CERFAS**

**RAPPORT SUR L'EXÉCUTION DES DECISIONS JUDICIAIRES  
EN MATIERE DE DROIT DE LA FAMILLE**

**LUXEMBOURG**

**PROJET : 3/2006**

**M. Michel NEYENS  
Docteur en Droit  
L-1470 Luxembourg  
Mail : cerfas@pt.lu**

#### **Abréviations utilisées le cas échéant dans le présent rapport**

al.	alinéa
APD.	Archives de Philosophie du droit Sirey fr.
art.	article
arr.g.-d.	arrêté grand-ducal
Bull. Lau.	Bulletin du cercle François Laurent lux.
Bull. com.	Bulletin de documentation communale lux.
Bull.dr.h.	Bulletin des Droits de l'Homme publié par Institut Lux. des D.H.
BIJ	Bulletin d'information sur la jurispr (Conférence du Jeune Barreau de Lux.)
C.A.	Cour d'appel
Cass.	Cour de Cassation
C.Co.	Cour constitutionnelle
C.civ.	Code civil (ou C.c.)
chr.	Chronique
Const.	Constitution luxembourgeoise
C.com.	Code de commerce
C.Const.	Cour constitutionnelle
C. p.	Code pénal
cf.	confère
C. i. cr.	Code d'instruction criminel
C.pr.civ.	Code de procédure civile nous nous référons au « nouveau » code de pr.civ. (n.c.proc.civ.) prévu par la loi du 11 août 1996
CSJ	Cour supérieure de Justice
D.	Recueil Dalloz français
Doc. parl.	Document parlementaire
Doctr.	Doctrine
e.a.	entre autre
Gz. Pal.	Gazette du Palais français
J.P.	Justice de Paix
L.	Loi
Lux.	Luxembourg
Mém.	Mémorial luxembourgeois, journal officiel
Ord. réf.	Ordonnance de référé
P.	Pasicrisie lux.
p.	Page
pp.	Pages
Pas.	Pasicrisie lux (jurisprudence)
Pasin.	Pasinomie lux. (législation)
Rép. dr.civ.	Répertoire de droit civil Dalloz fr.
RTDFAm.	Revue trimestrielle de droit familial belge
RTDC	Revue trimestrielle de Droit civil fr..
St-Yves	Feuille de liaison de la conférence Saint-Yves lux.
t. pré.	Titre préliminaire (du code de procédure civile).
Trib. arr.	Tribunal d'arrondissement
T.A.	Tribunal administratif
T.Jeun.	Tribunal de la jeunesse
v°	verbo

## **Note liminaire**

Pour la bonne compréhension du présent rapport nous estimons nécessaire de formuler à titre liminaire un certain nombre de remarques.

1. Le présent rapport est effectué sur requête de la Commission européenne qui a demandé à un réseau d'experts la rédaction d'un rapport sous la direction de l'Asser Instituut de den Haag (NL) qui en est responsable à l'égard de la Commission européenne. Asser Instituut rassemble les différents rapports nationaux et en fait un rapport de synthèse pour compte de la Commission européenne.

2. L'expert national est appelé à fournir, sur base d'un questionnaire, tous les éléments nécessaires pour répondre aux desiderata de la Commission européenne.

3. La présente étude est effectuée avec tous les soins nécessaires sans pour autant pouvoir être exhaustive au regard du temps limité et des moyens disponibles.

## INTRODUCTION

Avant d'aborder le questionnaire proprement dit, et pour mieux comprendre la spécificité du droit de la famille au Grand-Duché de Luxembourg, il nous paraît important de rédiger une petite introduction au droit de la famille luxembourgeois au sens large.

### 1. Les sources du droit de la famille au Luxembourg

1.1 La source principale du droit de la famille est le **code civil**.<sup>1</sup>

Le droit de la famille prend principalement sa source dans le code civil d'origine napoléonien (1804) de sorte que la jurisprudence française et parfois belge ont une certaine influence quant à l'interprétation des dispositions identiques ou analogues de droit luxembourgeois.

A côté du code civil, il existe de nombreuses dispositions législatives disparates de droit civil ou d'autres branches de droit qui font partie au sens large du droit de la famille ou ont une incidence sur la famille.

Souvent le législateur luxembourgeois s'inspire en la matière de l'évolution du droit de la famille en France sans cependant suivre nécessairement les nombreuses réformes de ces dernières années. (pour les réformes voir plus loin)

Le **code de procédure civile** précise les règles de procédure devant les juridictions ainsi que l'exécution des décisions judiciaires. Le code de procédure civile vient d'être réformé c'est pourquoi on se réfère au « nouveau » code de procédure civile.

Le **droit pénal**, sert souvent à sanctionner le non respect des décisions judiciaires en matière de droit de la famille notamment à l'égard des enfants. L'interprétation des dispositions du code pénal se fonde plutôt sur l'interprétation belge et non française, le législateur luxembourgeois ayant adopté le 16 juin 1879 un code pénal sur le modèle belge. En conséquence, l'interprétation résultant de la jurisprudence belge a une incidence certaine sur l'interprétation des dispositions pénales luxembourgeoises.

Il est de même de la législation sur la **protection de la jeunesse** qui a été en grande partie copiée sur celle de la législation belge de 1965.

Vu l'étendu du pays et malgré une population comprenant plus de 36% de population étrangère, les cas de jurisprudence sont évidemment au nombre limité. Par ailleurs, la doctrine juridique est moins développée au Luxembourg en l'absence d'une Université propre jusqu'à date récente de sorte que de nombreuses références sont faites par le juge luxembourgeois à la doctrine juridique française ou belge selon l'inspiration du législateur luxembourgeois. Le juriste luxembourgeois est donc très souvent confronté à faire des études de droit comparé.

Malgré tout, la jurisprudence luxembourgeoise n'est pas très abondante en la matière et d'un accès parfois difficile. Certaines décisions judiciaires ne peuvent être rendues publiques. Ainsi, l'article **882 n c pr.civ.** dispose « *Les audiences du juge des tutelles ne sont pas publiques, et des expéditions de ses décisions ne peuvent, sauf autorisation du président du tribunal d'arrondissement, être délivrées qu'aux parties et aux personnes investies d'une charge tutélaire.* »

---

<sup>1</sup> Voir mon introduction au droit de la famille luxembourgeois dont une version réduite en allemand fut publiée in : Festschrift Prof. Dr. Max Wingen, Familienwissenschaftliche und familienpolitische Signale, éd. B.Jans et alli, Vektor-Verlag, Graftschaft, 2000.

**L'art. 38 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse** sanctionne également le non respect de la confidentialité et des débats et des décisions intégrales du tribunal de la jeunesse. « *Il est interdit de publier ou de diffuser de quelque manière que ce soit les débats des juridictions de la jeunesse.*

*Il en est de même de la publication ou de la diffusion de tous éléments qui seraient de nature à révéler l'identité ou la personnalité des mineurs qui sont poursuivis ou qui font l'objet d'une mesure prévue par la présente loi.*

*Toutefois les victimes d'infractions commises par des mineurs peuvent recevoir communication des éléments du dossier qui leur sont nécessaires pour faire valoir leur droit à réparation. Elles ne peuvent utiliser ces éléments qu'à ces seules fins.*

*Les infractions au présent article sont punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 251 à 10.000.- € ou d'une de ces peines seulement. »*

**Sur le plan international**, le Luxembourg a toujours essayé de ne pas s'enfermer mais d'avoir des relations conventionnelles bilatérales notamment avec ses pays voisins puis après la seconde guerre mondiale a adhéré à de nombreuses dispositions conventionnelles multilatérales en la matière.

## **2. Evolution et modifications**

Bien que les réformes du droit de la famille s'inspirent souvent de la législation française, la législation luxembourgeoise a adapté sa législation à la culture et aux moeurs luxembourgeois. Le droit de la Famille s'inscrit ainsi dans le système juridique et administratif luxembourgeois particulier.

Le droit de la Famille est actuellement en train d'être révisé par le législateur qui est intervenu récemment en accordant certains effets juridiques au partenariat déclaré, en changeant la loi sur le nom patronymique. Différents projets ou propositions de loi sont en cours de discussion. Ainsi en est-il du droit du divorce ou de la filiation. Ces projets auront des incidences certaines sur les différentes actions qui sont décrites dans le présent rapport.

La ratification de la Convention internationale de droits de l'enfant et son processus a déclenché tout comme l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise entraînant des modifications parfois importantes du droit de la famille.

## **3. La spécificité du droit de la famille**

Les droits de la famille sont souvent liés entre eux ou subordonnés, dépendant d'autres droits, et, si on modifie un droit ceci aura souvent incidemment, comme une sorte d'« effet domino », des changements sur d'autres droits.

Ainsi l'autorité parentale dépend généralement des règles de la filiation qui, si une action en contestation ou en rétablissement de la filiation voire une action d'état est exercée, entraînera nécessairement dans la plupart des cas un changement de l'autorité parentale. De l'autorité parentale dépend tout un ensemble de droit comme le domicile ou la résidence de l'enfant, le droit de garde etc.

#### 4. L'autorité parentale et droit de l'enfant

En réformant le droit des époux en 1972 et en les mettant à égalité, la puissance paternelle se transforma en puissance parentale puis en **autorité parentale** et aujourd'hui du moins sur le plan international en **responsabilité parentale**<sup>2</sup>.

L'autorité parentale regroupe un ensemble de droits et d'obligations. Ainsi en est-il de la garde, de l'éducation etc. Notons que le terme de « garde » est devenu ambigu dans la mesure où il revêt aujourd'hui une double signification: initialement, la garde de l'enfant signifiait le pouvoir ou la prérogative du père de fixer ou déterminer le domicile de l'enfant et celui-ci était obligé d'y demeurer jusqu'à sa majorité.

Aujourd'hui, la notion de garde est devenue plus large et se confond même parfois avec l'autorité parentale. En effet, dans le cadre de la réforme des dispositions du divorce dans le code civil, le législateur a utilisé le terme de garde de l'enfant. L'art. 302 (.27.07.1997) est à cet égard un exemple en disposant que « *Le tribunal statue sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exigera l'intérêt des enfants, soit à l'un ou à l'autre des époux... l'autorité parentale étant exercée conformément aux articles 378 et 389 c.civ.* » (voir ce dernier art. not. l'alinéa 3)

Il y a donc une certaine confusion entre droit de garde au sens stricte (fixer la résidence de l'enfant) et droit de garde au sens large qui se confond pratiquement avec une autorité parentale démembrée (cas de divorce : droit de garde (autorité parentale réduite car droit de surveillance, de contrôle voire d'hébergement à temps partiel par l'autre parent).

---

<sup>2</sup> Cf. CIDE, convention du Conseil de l'Europe relative aux responsabilités parentales etc.

## **PARTIE I. Le droit national.**

### **A. Procédures et pratiques d'exécution d'une décision judiciaire.**

0.1. Sauf certaines exceptions, il n'existe pas de dispositions législatives ou réglementaires spécifiques en matière d'exécution des décisions judiciaires dans le droit de la famille de sorte qu'il convient de se référer au droit commun de la procédure civile prescrit par le code de procédure civile.

0.2. On peut définir l'exécution comme la « mise à fin d'un jugement, d'un acte » (H. Capitant, Vocabulaire juridique) ou encore comme le fait d'accomplir ce qu'un jugement prescrit (Littre et Rép. De proc. Civ. Dalloz.1994 §1. V° Exécution des jugements et des actes).

0.3. Position de l'exécution dans le code de procédure civile :

Le livre VII intitulé « De l'exécution des jugements » de la première partie du code de procédure civile devant les tribunaux prévoit essentiellement au titre VI intitulé « Règles générales sur l'exécution forcée des jugements » la matière qui nous occupe plus particulièrement dans le présent rapport. Rappelons qu'un nombre important de décisions judiciaires sont exécutées volontairement pour différentes raisons pratiques dont notamment pour éviter des frais supplémentaires ou d'autres sanctions civiles ou pénales. Signalons cependant que les juges essaient de rechercher de conciliation ou l'accord des parents alors qu'il est difficile de prendre en pratique des mesures de coercition en matière du droit de la famille.

0.4. L'exécution des décisions judiciaires devenues définitives ne relève plus en principe du juge ou du tribunal qui a rendu la décision judiciaire. En effet, il est un principe traditionnel de notre droit que le juge est dessaisi en prononçant la sentence. Ce principe remonte au droit romain (cf. Ulpien dans le Digeste L 42, t.1, *De re jud.* F.55 et l'adage « *Lata sententia, judex desinit esse judex.* » (La sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge).

Cependant comme il est d'usage en droit, il existe un certain nombre d'exception à cette règle :

- les dispositions légales autorisant le juge à se saisir une deuxième fois de l'affaire ( p. ex opposition, tierce – opposition (art. 612 et s. ncpr.civ.) ou encore par requête civile qui permet e.a. de saisir la même juridiction, sous certaines conditions strictes et limitativement énumérées, pour « interpréter » la décision initiale. (art. 617 et s. n.c.pr.civ.) Il s'agit de voies extraordinaires pour attaquer les jugements.
- les jugements avant de dire droit ( p. ex. ordonnant une enquête ou une instruction)
- les jugements provisoires ou conditionnels comme les jugements de référé ou les décisions du juge des tutelles et dans le cadre de la protection de la jeunesse.

### **0.5. Conditions préalables à l'exécution d'une décision judiciaire :**

**0.5.1. Au plan interne :** Il faut que la décision judiciaire soit définitive ou irrévocable, qu'elle obtient l'autorité de la chose jugée<sup>3</sup> et qu'aucune voie de recours ordinaires ne soit plus ouverte contre celle-ci. En effet, la décision doit être « irrévocable » ce qui « signifie juridiquement que la décision n'est plus susceptible de voies de recours » (Cour 1<sup>er</sup> décembre 1965, Pas. XX, 15).

---

<sup>3</sup> C'est une qualité attribuée par la loi (cf. art. 1350, 3° du code civil) à une décision juridictionnelle „relativement à la contestation que celle-ci tranche et qui empêche, sous réserve des voies de recours, que la même chose soit rejugée entre les mêmes parties dans un autre procès.“ (Cornu, Dict. Jur.) On parle de l'autorité relative de la chose jugée puisque seules les parties au procès sont tenues par la décision. Il ne convient pas de confondre cette notion avec la force de chose jugée. La Cour d'Appel de Luxembourg a précisé dans une décision du 1er décembre 1965 (P. XX,15) qu'“en règle général, le terme « irrévocable » employé pour qualifier une décision judiciaire, signifie juridiquement que la décision n'est plus susceptible de voies de recours. »

Il faut en second lieu, s'il y a avoué constitué, que la décision soit signifiée à avoué sous peine de nullité (art. 255 n.c.proc.civ.). Cette disposition est uniquement dans l'intérêt de parties et n'est pas d'ordre public et les parties peuvent renoncer à cette formalité. (Cour 19.04.1907 P.VII, 542).

### **0.5.2. L'exécution forcée**

Il faut enfin que la décision soit revêtue de la formule exécutoire (art. 254 n.c.proc.civ.). (voir plus loin). La formule exécutoire donne mandat aux officiers de justice pour exécuter une décision judiciaire définitive<sup>4</sup>.

En effet, l'article 677 n.c.pr. civ. dispose : « Nul jugement ni acte ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice, ainsi qu'il est dit à l'article 254 » (formule exécutoire)

### **0.5.3. L'exécution provisoire**

L'art. 244 ( L.24.01.1874) n.c.pr.civ.

« L'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point appel. Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution. »

Si le juge a omis de se prononcer sur l'exécution provisoire, il ne peut plus l'ordonner par un second jugement mais les parties peuvent la demander en appel (art. 245 n.c.pr.civ.)

### **0.5.4 . Difficultés d'exécution**

Le juge des référés, peut statuer sur les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement. Ce juge est cependant incompétent pour arrêter cette exécution ou d'ordonner cette exécution qui relève du juge du fond de l'affaire (cf. Cour d'appel Lux. 18 juin 1990 P. XXIX, p. 51). Le juge d'appel ne peut pas apprécier les motifs du juge de fond qui a décidé d'une exécution provisoire. (Cour 15 septembre 1998, P. XXXI, p. 57). Si des difficultés s'élèvent sur l'exécution des jugements ou des actes requièrent célérité, l'art. 690 n.c.pr.civ. précise que « le tribunal du lieu y statuera provisoirement et renverra la connaissance du fond au tribunal d'exécution. »

## **0.6. Au plan international :**

Le droit commun :

En ce qui concerne les décisions judiciaires étrangères, exécutoires dans leur pays, relatives au « statut personnel » c.-à-d. notamment l'état et la capacité des personnes, dont y compris l'autorité parentale, la jurisprudence luxembourgeoise se basant sur l'article 3 du code civil qui a bilatéralisé les règles y contenues en soumettant ces éléments à la loi nationale des personnes concernées<sup>5</sup>. Des décisions judiciaires étrangères concernant donc le statut personnel d'une personne ne nécessitent pas de reconnaissance spécifique au Luxembourg.

Il en est cependant autrement si, sur base de telles décisions, une mesure d'exécution doit être effectuée au Luxembourg. Ainsi, l'article 678 n. c.proc. civ. précise qu'aucun jugement rendu par les tribunaux étrangers ne sera susceptible d'exécution dans le Grand-Duché. L'alinéa 4 de l'art. 2123 c. civ. précise que « l'hypothèque [judiciaire] ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal luxembourgeois ; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Pour la formule exécutoire voir : Régl. Gr.-d. 13.11.1964, Mém. 1964, 1492 auquel renvoie l'art. 254 n.c.pr.civ.

<sup>5</sup> voir Schockweiler §§ 32 –34

<sup>6</sup> On peut ajouter l'art. 2128 c.civ.

Il en est cependant autrement, s'il existe une convention internationale ou un acte communautaire qui s'applique alors. [voir Partie 2 § 1.3.1.1. ci-après]

## I. L'AUTORITE PARENTALE ET LE DOMICILE DU MINEUR

Quant aux différentes actions judiciaires possibles, il convient d'exposer brièvement le droit applicable fondant de telles actions puis de voir l'exécution de décisions judiciaires qui sont le résultat de ces actions.

Droit de garde et droit de visite, domicile ou résidence de l'enfant mineur, sont des droits qui dépendent de l'autorité parentale sur l'enfant mineur. En conséquence, il faudra se référer aux règles d'attribution et aux décisions judiciaires du changement de l'autorité parentale.

### a. Autorité parentale et domicile ou résidence de l'enfant

#### 1.0. Notion de l'Autorité parentale.

Le droit matériel relatif à l'autorité parentale est déterminé dans le code civil. Plus particulièrement, le Titre IX intitulé « De l'autorité parentale » prévoit le régime général (art. 371-387-14 c.civ.). Il existe cependant de nombreuses dispositions disparates dans le code civil qui concernent l'autorité parentale notamment sous les dispositions relatives au mariage, au divorce, à la capacité (minorité) ou à la filiation.

L'autorité parentale est devenue en quelque sorte un « droit-fonction » dans l'intérêt de l'enfant.

L'article 372 al. 2 du code civil définit le contenu de l'autorité parental dans ce sens.

*« L'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation. »*

L'autorité parentale n'est pas une institution juridique créée dans l'intérêt privé mais dans **l'intérêt général et relève donc de l'ordre public.**

*Art.387-1. »Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous et lorsque cette renonciation ou cette cession n'est pas contraire aux intérêts de l'enfant. »*

Les parents ne peuvent pas refuser simplement les obligations qui en résultent. L'autorité parentale tout comme les droits y dérivent est hors commerce, on ne saurait y transiger en principe<sup>7</sup>. Ainsi lorsque les parents confient volontairement leur enfant à un établissement « d'accueil et d'hébergement »<sup>8</sup>, ils peuvent *ad nutum* c.-à-d. à tout moment retirer leur enfant. L'autorité parentale s'impose au droit contractuel qui est écarté. Il en est ainsi également des accords que les père et mère pourraient convenir entre eux p. ex. sur le droit de garde et qui risquent d'être mis hors d'effet en cas de difficultés entre eux. Les tribunaux statueront au sens

<sup>7</sup> cf. art. 6 c. civ.

<sup>8</sup> Loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique (dite loi ASFT)

de la loi et dans l'intérêt de l'enfant. (voir cependant : Art.387-2 c.civ.. « Un tribunal peut, quand il est appelé à statuer sur la garde ou l'éducation d'un enfant mineur, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement. »)<sup>9</sup> [Voir aussi dans ce sens : l'art. 302 c. civ ci-après voir : § 2.2.1.5].

La jurisprudence a défini l'autorité parentale comme suit<sup>10</sup> :

*« L'autorité parentale se définit comme l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère quant à la personne et aux biens de leurs enfants mineurs non émancipés afin d'accomplir les devoirs de protection, d'éducation et d'entretien qui leur incombent.*

*Elle n'est pas un droit absolu, discrétionnaire, mais doit au premier chef s'exercer dans l'intérêt de l'enfant.*

*Elle présuppose, lorsqu'elle est exercée conjointement par les deux parents vivant séparés, un large terrain d'entente et un consensus réciproque dans l'intérêt d'une collaboration continue et constructive dans les décisions concernant la garde, la surveillance et l'éducation de l'enfant. »*

Le droit luxembourgeois distingue toujours entre enfant légitime et enfant naturel. Cette différenciation bien qu'elle s'estompe<sup>11</sup> est cependant toujours présente dans le droit actuel.

### **1.0.1. L'enfant légitime**

L'autorité parentale est exercée en commun pendant le mariage des deux parents (art. 375 c.civ.) En cas de différent entre parents en ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, le parent le plus diligent pourra saisir le juge des tutelles qui statuera après avoir tenté de concilier les parties (art. 375-1 c. civ.)

### **1.0.2. L'enfant naturel**

Le principe est cependant que l'enfant naturel a les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime. Il entre dans la famille de son auteur. (art. 334-1 c.civ.)

Cependant l'art.380 c. civ.(L 20 décembre 1993) dispose :

*« Sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère. Toutefois l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles. Dans tous les cas, le juge des tutelles peut, à la demande du père, de la mère ou du ministère public, modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant naturel, Il peut décider qu'elle sera exercée soit par l'un des deux parents, soit en commun par le père et la mère; il désigne, dans ce cas, le parent chez lequel l'enfant aura sa résidence habituelle. Le juge des tutelles peut accorder un droit de visite, d'hébergement et de surveillance au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale. »*

<sup>9</sup> pour une *Kafala* volontaire faite devant notaire au Maroc, voir : Cour Lux. 8.01.2004, N° 27530 du rôle aff. K.B. et H.B. « L'institution de la *Kafala*, dans la mesure où elle se présente sous son aspect de convention de droit privé est en opposition fondamentale avec des conceptions essentielles de notre ordre juridique, telles qu'elles viennent d'être rappelées par le Ministère public. Elle ne répond pas aux exigences de notre ordre public, même atténué, et il ne peut dès lors être fait droit à la demande d'exequatur. »

<sup>10</sup> Cour 14 juillet 1999 P. XXXI, 176

<sup>11</sup> Le Gouvernement projette actuellement d'abandonner cette notion. Le Ministère de la Justice a annoncé une réforme du droit de la filiation dont les premières indices ont déjà été donnés lors de la loi du 23 décembre 2005 relatif au nom patronymique, loi qui se réfère à la notion d'enfant commun ou non. En effet, la différenciation entre enfants légitime et enfant naturel a fait l'objet de maintes critiques du comité d'experts analysant les rapports de mise en œuvre de la CIDE. Une proposition de loi vient d'être déposée par deux députés de la majorité pour réformer dans ce sens le droit de la filiation et également de l'autorité parentale. (projet de loi n° 5553 du 14 mars 2006. Le Gouvernement est actuellement demandé en son avis. Le projet ne vise que les enfants communs ou non commun.

On notera que dans un arrêt 7/99 du 26 mars 1999 la Cour constitutionnelle sur base du **principe d'égalité** devant la loi (art. 11 alinéa 2 aujourd'hui art. 10 bis) déclare l'art. 380 alinéa 1er du code civil relatif à l'attribution privativement de l'exercice de l'autorité parentale d'un enfant naturel qui revenait selon la loi à la mère, contraire à la constitution alors que l'enfant naturel était reconnu par les deux parents.<sup>12</sup> Suite au renvoi, et sur appel la Cour d'appel (tutelle) a décidé par arrêt du 14 juillet 1999 [Pasc.XXXI n°4/99 p. 177] a attribué l'autorité parentale à la mère et ce dans l'intérêt de l'enfant<sup>13</sup>.]

Pour l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation ou de divorce voir ci-après §§2 et s.

### 1.0.3. AUTRES DROITS qui découlent de l'autorité parentale.

L'autorité parentale détermine également l'**administration de la personne et des biens de l'enfant**. L'art. 389 al 1<sup>er</sup> c. civ. pose le principe « *Les père et mère, légitimes ou naturels, qui exercent l'autorité parentale sont administrateurs légaux des biens de leurs enfants mineurs non émancipés.* » De même les parents, qui ont l'autorité parentale sur leur enfant mineur ont un droit de **jouissance légale**<sup>14</sup> sur les biens de leur enfant. (art. 382 à 387 c.civ.). Si l'autorité parentale est exercée en commun les parents peuvent disposer des biens de l'enfant mineur comme un usufruitier (art. 582 et s. C. civ.)

---

<sup>12</sup> Cet art. 380 était identique sur ce point à l'art.374 c. civ. français. Le législateur français avait déjà dû modifier cet article par la loi de du 8.01.1993 alors que plusieurs tribunaux avaient jugé que la dévolution de l'autorité parentale y prévue était contraire aux articles 8 et 14 de la CEDH .p.ex. TGI Rochefort-sur-Mer 27 mars 1992 D.93,174..

**Cf. également Conseil d'État français arrêt du 30 juin 1999 D.2000. Note de François Boulanger**

Les art 371-2 et 374 c. civ. qui, dans le cas où, comme en l'espèce, l'enfant a été reconnu par ses deux parents, prévoient que l'autorité parentale est exercée par la mère, mais donnent la possibilité pour le père, sur décision du juge aux affaires matrimoniales, d'exercer lui-même, seul ou conjointement avec la mère, cette autorité et d'obtenir, le cas échéant que l'enfant ait chez lui sa résidence habituelle, ne sont pas incompatibles avec les stipulations combinées des art. 8 et 14 Conv. EDH en vertu desquelles le droit au respect de la vie familiale doit être assuré sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe.. »

<sup>13</sup> Plus récemment, la Cour d'Appel Luxembourg (civil) du 11 juillet 2001 précise dans un arrêt dans l'affaire X. -Y. l'arrêt n° 7/99, rendu le 26 mars 1999 par la Cour Constitutionnelle qui a déclaré l'article 380, alinéa 1er, du Code civil non conforme à l'article 11 (2) de la Constitution (article 10bis depuis la révision constitutionnelle du 29.4.1999) seulement en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant reconnu par les deux parents privativement à la mère. Cette décision implique donc, négativement, la suppression de la prééminence du lien maternel en cas de reconnaissance de l'enfant par ses deux parents, et, positivement, la vocation égale de chacun des parents à exercer l'autorité parentale.

En l'absence de solution différente consacrée jusqu'à présent par le législateur, il appartient au juge de trancher la question de l'exercice unilatéral ou conjoint de l'autorité parentale suivant les dispositions légales toujours en vigueur et compte tenu du principe de l'égalité entre les parents arrêté dans la décision du 26 mars 1999.

La vocation égale des parents pourra se traduire *de lege ferenda* par l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à la mère et au père.

**Cependant, contrairement à l'argumentation de l'appelant, l'arrêt du 26 mars 1999 n'implique pas nécessairement le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale; il est en effet satisfait à l'exigence constitutionnelle d'égalité par l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à la mère ou au père, le choix s'opérant en fonction de l'intérêt de l'enfant. (Cour d'appel, arrêt tutelle du 15 mars 2000, rôle n° 24135)**

<sup>14</sup> Selon l'expression de Monsieur le doyen Carbonnier, la jouissance légale est « *le salaire d'un administrateur*» La jouissance légale est un usufruit universel; elle porte sur tous les biens de l'enfant, quelle qu'en soit la nature (mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle) et quelle qu'en soit la provenance ou l'origine...

## 2. Domicile et Résidence

Le domicile légal est une notion juridique complexe alors que la résidence est une notion de fait (qu'il ne faut pas confondre avec la notion de résidence habituelle au plan international).

Le domicile fait partie des droits de la personne de sorte qu'il suit également en droit interne les principes comme la stabilité, la fixité et l'unité. Chacun a droit à un domicile et il ne peut y avoir qu'un domicile légal alors qu'on peut avoir plusieurs résidences.

### 2.2. Détermination du domicile d'origine

Le domicile de l'enfant est de droit c.-à-d. la loi fixe automatiquement le domicile légal de l'enfant mineur auprès de ses pères et mères. On dit encore que l'enfant a un domicile « d'origine » ou un domicile « de dépendance ».

Le domicile de l'enfant mineur non émancipé est déterminé par l'autorité parentale ou le droit de garde. L'art. 108 du code civil dispose « *Le mineur non émancipé a son domicile chez celui des père et mère qui est son administrateur légal ou chez son tuteur; le majeur interdit a le sien chez son tuteur.* »<sup>15</sup>

Ce droit au domicile suit donc l'exercice de l'autorité parentale voire les changements de l'exercice de l'autorité parentale.

L'enfant naturel a en général son domicile chez celui des père ou mère qui l'a reconnu. Si les deux parents ont établi leur lien de filiation à l'égard de l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par la mère qui est son administrateur légal<sup>16</sup>

Pour que l'exercice conjointe l'enfant naturel puisse être exercé par les pères et mère d'un enfant naturel mineur non émancipé, il faut qu'une déclaration conjointe des deux parents se fasse devant le juge des tutelles. (voir ci-après)

S'il s'agit d'un enfant dont les parents étaient au temps de la conception engagés dans les liens du mariage avec une autre personne, cet enfant naturel ne peut être élevé au domicile conjugal qu'avec le consentement du conjoint de son auteur. (art. 334-6 c. civ.).

Si les parents n'ont pas de domicile légal au Luxembourg, l'enfant ne peut pas non plus avoir de domicile légal. (cf. art. 13 c.civ. L'étranger qui aura été admis par autorisation du Grand-Duc à établir son domicile dans le Luxembourg, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider”.

A noter que l'**art. 373 c.civ.** dispose sous le titre IX « De l'autorité parentale »:

« L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de ses père et mère ou, en cas de dissentiment entre eux, de celle du juge des tutelles. » cf. également sur la responsabilité parentale : art. 1384 al. 2 c.civ. : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitants avec eux. »

---

<sup>15</sup> disposition telle que modifiée par la loi du 12 décembre 1972

<sup>16</sup> L'administrateur légal est une composante de l'autorité parentale notamment quant à la gestion des biens de l'enfant mineur lorsque les deux parents disposent de l'autorité parentale.

## 2.2.1 Décisions relatives au changement de domicile de l'enfant

### a. L'enfant légitime

#### 2.2.1.1 Pendant le mariage de ses parents:

L'art.215 c. civ. du régime primaire<sup>17</sup> précise que les époux sont tenus de vivre ensemble. A défaut l'accord entre les époux sur la résidence commune, la décision appartiendra au juge [tribunal d'arrondissement] qui la fixera après avoir entendu les motifs invoqués par chacun des époux. Néanmoins, le tribunal pourra, pour des motifs légitimes, autoriser les époux à résider séparément. En ce cas, il statuera également sur la résidence des enfants. Il s'agit d'un jugement qui suit le droit commun de la procédure judiciaire.

#### 2.2.1.2. Dissentiment des père et mère

**Art. 389. al. 2 c. civ.** « *En cas de dissentiment entre le père et la mère exerçant conjointement l'administration légale, la décision est prise par le juge des tutelles, saisi à la requête de l'un d'eux, l'autre entendu ou dûment convoqué.* »

#### 2.2.1.3. Dans le cas de l'administration légale pure et simple

##### **Art. 391. al.2 c.civ.**

Le juge des tutelles peut aussi décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans les cas d'administration légale pure et simple.

Dans l'un et l'autre cas, si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui pourra soit nommer tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur.

#### 2.2.1.4. Administration légale sous contrôle judiciaire

**Art. 389-2. c. civ.** « *Elle [l'administration légale sous contrôle judiciaire] est placée sous le contrôle du juge des tutelles:*

*1° lorsque l'un ou l'autre des deux parents est décédé ou se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 376;( V° perte de l'autorité parentale)*

*2° lorsque les père et mère sont divorcés ou séparés de corps;*

*3° lorsque le mineur est un enfant naturel, qu'il ait été reconnu par un seul de ses parents ou par les deux. »*

#### 2.2.1.5. Divorce et séparation des parents

**L'Art. 389 c. civ.** *En cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration légale appartient à celui des deux époux auquel a été confiée la garde de l'enfant, s'il n'en a été autrement ordonné.*

*Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre.(art. 302 et 378 c.civ.)*

---

<sup>17</sup> On appelle régime primaire les droits et obligations fondamentaux applicables aux époux peu importe le choix du régime matrimonial. Un certain nombre de ces dispositions sont, aux termes de l'art. 226 c.civ., d'ordre public.

**L'art. 302** c.civ. (.27.07.1997) dispose que « *Le tribunal statue sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exigera l'intérêt des enfants, soit à l'un ou à l'autre des époux... l'autorité parentale étant exercée conformément aux articles 378 et 389 c.civ. »*

**Art. 378-1. c. civ.** « *Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 377, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de la garde par l'effet du jugement prononcé contre lui.*

*(L.5 décembre 1978) Néanmoins, le tribunal de la jeunesse pourra toujours être saisi par la famille ou par le ministère public, afin de désigner un tiers comme gardien de l'enfant avec ou sans ouverture d'une tutelle, ainsi qu'il est dit à l'article précédent.*

*Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal qui statue sur la garde de l'enfant après divorce ou séparation de corps pourra décider, du vivant même des époux, qu'elle ne passera pas au survivant en cas de décès de l'époux gardien. Il pourra, dans ce cas, désigner la personne à laquelle la garde sera provisoirement dévolue. »*

#### **2.2.1.5.1. Pendant la procédure de divorce**

Il y a une variation des procédures en fonction des différentes causes de divorce.

##### **2.2.1.5.1.1.En cas d'un divorce contentieux**

**Art. 236** c. civ. **al. 3** ( L. 27.07.1997)- L'assignation en divorce pour cause détermine peut contenir également les demandes relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les biens tant des parties que de leurs enfants.

Dans ce cas la cause est également portée à l'audience du président, ou du juge qui le remplace, statut en référé.

##### **2.2.1.5.1.2. L'attribution du droit de garde des enfants.**

**Art. 267** c. civ. (L. 27 juillet 1997) « L'administration provisoire de la personne et des biens des enfants restera aux père et mère, ainsi qu'il est prévu aux art. 372 et 389, sous réserve des décisions qui seraient rendues pour le plus grand avantage des enfants par le président, ou le juge qui le remplace, statuant en référé, sur la demande, soit des parties ou de l'une d'elles, soit du procureur d'Etat. »

**Art. 267bis** c.civ. (L. 15 mars 1993)

(1) Le président statuant en référé, le ministère public entendu, connaît, en tout état de cause, dès le dépôt de la demande en divorce au greffe, des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des parties que des enfants. Dans l'intérêt des enfants, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1 (L. 27 juillet 1997).

(2) Le procureur d'Etat peut prendre tous renseignements utiles concernant la situation morale et matérielle des enfants.

(3) L'information est communiquée en copie aux parties.

(4) Lorsque le divorce a été irrévocablement prononcé et qu'une autre instance est encore pendante concernant la détermination des torts des parties ou des mesures accessoires, le président du tribunal statuant en référé est compétent, jusqu'au moment où l'instance pendante aura été vidée par une décision coulée en force de chose jugée, pour prendre les mesures provisoires définies à l'alinéa 1<sup>er</sup> sur lesquelles il n'a pu être statué définitivement au fond ou qui peuvent être nécessaires en raison de l'instance pendante.

(5) L'article 112 du Nouveau Code de procédure civile est applicable /est relatif à la demande de renseignement pour fixer une pension alimentaire.

### **2.2.1.5.1.3. La résidence séparée (art.268 c.civ.).**

**Art. 268** (L. 12 décembre 1972) « Les époux peuvent demander à résider séparément pendant la poursuite(...) »

### **2.2.1.5.2. Divorce par consentement mutuel.**

Dans le cadre d'une convention préalable par écrit obligatoire, les époux doivent e.a. « 2° l'administration de la personne et des biens des enfants mineurs, non mariés, ni émancipés, issus de leur union ou adoptés par eux et le droit de visite sur ces enfants, tant pendant le temps des épreuves qu'après le divorce. » [Art. 277 c. civ. (L. 15 mars 1993)]

Le juge doit vérifier si la convention respecte cette obligation (C. Appel Lux. 30 juin 1993 rôle n° 14614).

Tant que le divorce par consentement mutuel n'est pas prononcé, une telle convention reste provisoire et pourra même encore être modifiée avant le prononcer du divorce. Le divorce devenu définitif, le juge peut modifier la convention pour autant que les intérêts des enfants sont concernés ». (Cf. jurisprudence constante: T. arr. Lux. 10.3.1983 n° 40/83 ; J.P. Esch/Alzette, 10.04.1984 n° 328/84)

### **Effets du divorce pour causes déterminées**

**Art. 302** (L 27.07. 1997)

Le tribunal statuant sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exige l'intérêt des enfants, soit à l'un ou l'autre des époux, soit à une tierce personne, parente ou non, l'autorité parentale étant exercée conformément aux art. 378 et 389.

En cas de divorce prononcé sur base des articles 229, 230, 231 et en cas de divorce par consentement mutuel, le tribunal de la jeunesse pourra toujours, dans la suite, déterminer, modifier ou compléter le droit de garde pour le plus grand avantage de l'enfant <sup>18</sup>

Le droit de visite et d'hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des père et mère qui n'a pas obtenu la garde des enfants.

Dans l'intérêt des enfants mineurs, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1.

### **2.2.1.5.3. Effets du divorce**

**Art. 302** c. civ. (L 27.07. 1997)

Le tribunal statuant sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exige l'intérêt des enfants, soit à l'un ou l'autre des époux, soit à une tierce personne, parente ou non, l'autorité parentale étant exercée conformément aux art. 378 et 389.

En cas de divorce prononcé sur base des articles 229, 230, 231 et en cas de divorce par consentement mutuel, le tribunal de la jeunesse pourra toujours, dans la suite, déterminer, modifier ou compléter le droit de garde pour le plus grand avantage de l'enfant (r. gr.-d. du 31 juillet 1979 Mém. 79 1418 voir § 2.7 ci-après ) .

Le droit de visite et d'hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des père et mère qui n'a pas obtenu la garde des enfants.

---

<sup>18</sup> cf. pour la procédure le règlement grand-ducal du 31 juillet 1979 déterminant la procédure \$ suivre devant le tribunal de la jeunesse lorsqu'il est saisi en application de l'article 302, alinéa 2 du code civil (Mém. 79 p.1418)

Dans l'intérêt des enfants mineurs, le juge peut tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1. »

Cette disposition est d'ordre public (T. arr. Lux. 10.3.1983 n° 40/83)

#### **2.2.1.5.3.1. Exercice de l'autorité parentale en cas de divorce**

**Art. 378.** Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre.

Lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par les père et mère. Mais le tribunal, en désignant un tiers comme gardien provisoire, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

**Art. 378-1.** Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 377 [voir ci-après V° tutelle sub. c), p. 17], lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de la garde par l'effet du jugement prononcé contre lui.

(L. 5 décembre 1978) Néanmoins, le tribunal de la jeunesse pourra toujours être saisi par la famille ou par le ministère public, afin de désigner un tiers comme gardien de l'enfant avec ou sans ouverture d'une tutelle, ainsi qu'il est dit à l'article précédent.

Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal qui statue sur la garde de l'enfant après divorce ou séparation de corps pourra décider, du vivant même des époux, qu'elle ne passera pas au survivant en cas de décès de l'époux gardien. Il pourra, dans ce cas, désigner la personne à laquelle la garde sera provisoirement dévolue

#### **2.2.1.6. Garde à un tiers**

Lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par les père et mère. Mais le tribunal, en désignant un tiers comme gardien provisoire, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle. (art.378 et 390 c.c.)

**Art. 378-1. c.civ.** Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 377, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de la garde par l'effet du jugement prononcé contre lui.

(L.5 décembre 1978) Néanmoins, le tribunal de la jeunesse pourra toujours être saisi par la famille ou par le ministère public, afin de désigner un tiers comme gardien de l'enfant avec ou sans ouverture d'une tutelle, ainsi qu'il est dit à l'article précédent.

Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal qui statue sur la garde de l'enfant après divorce ou séparation de corps pourra décider, du vivant même des époux, qu'elle ne passera pas au survivant en cas de décès de l'époux gardien. Il pourra, dans ce cas, désigner la personne à laquelle la garde sera provisoirement dévolue.

### **B. L'enfant naturel**

#### **2.2.2. Principe**

L'art.380 c civ.(L 20 décembre 1993) dispose :

*« Sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère. Toutefois l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles. Dans tous les cas, le juge des tutelles peut, à la demande du père, de la mère ou du ministère public, modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant naturel, Il peut décider qu'elle sera exercée soit par l'un des deux parents, soit en commun par le père et la mère; il désigne, dans ce cas, le parent chez lequel l'enfant aura sa résidence habituelle. Le juge des tutelles peut accorder un droit de visite, d'hébergement et de surveillance au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale. »<sup>19</sup>*

### **2.2.3. Tiers**

**Art. 380-1.** Les mêmes règles sont applicables, à défaut de reconnaissance volontaire, quand la filiation est établie par jugement, soit à l'égard des deux parents, soit à l'égard d'un seul d'entre eux.

Toutefois, en statuant sur l'une ou l'autre filiation, le tribunal peut toujours décider de confier la garde provisoire à un tiers qui sera chargé de requérir l'organisation de la tutelle.

## **c. La tutelle**

### **2.3.0. La tutelle de l'enfant légitime**

Il n'y a lieu d'ouvrir en principe une tutelle que lorsque aucun des parents ne peut exercer l'autorité parentale (minorité, incapacité, absence ou déchéance de l'autorité parentale voire décès).

#### **2.3.0.1. En cas où il n'y a plus père et mère**

**Art. 379.** S'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale, il y aura lieu à l'ouverture d'une tutelle ainsi qu'il est dit à l'article 390 ci-dessous.

#### **2.3.0.2. En cas de décès des parents**

**Art. 390 c.civ.** La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent dans l'un des cas prévus à l'article 376.

Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant naturel, s'il n'a ni père ni mère qui l'aient volontairement reconnu.

#### **2.3.0.3 En cas de décès ou d'absence d'un des deux parents ou en cas de l'enfant naturel**

**Art. 391 c.civ.** Dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire, à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif, sauf le cas d'urgence, aucun acte qui requerrait l'autorisation du conseil de famille si la tutelle était ouverte. Le juge des tutelles peut aussi décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans les cas d'administration légale pure et simple.

---

<sup>19</sup> Voir tutelle de l'enfant naturel ci-après § 2.3.1.

Dans l'un et l'autre cas, si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui pourra soit nommer tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur.

### **2.3.1. Cas de l'enfant naturel**

**Art. 390.**..al. 2. c.civ.

Elle [la tutelle] s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant naturel, s'il n'a ni père ni mère qui l'aient volontairement reconnu.

**Art. 391. c. civ.** Dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire, à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif, sauf le cas d'urgence, aucun acte qui requerrait l'autorisation du conseil de famille si la tutelle était ouverte. Le juge des tutelles peut aussi décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans les cas d'administration légale pure et simple.

Dans l'un et l'autre cas, si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui pourra soit nommer tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur.

**Art. 392. c. civ.** Si un enfant naturel vient à être reconnu par l'un de ses deux parents après l'ouverture de la tutelle, le juge des tutelles pourra, à la requête de ce parent, décider de substituer à la tutelle l'administration légale dans les termes de l'article 389-2. (voir ci-après)

### **2.3.2. PROCEDURE**

#### **2.3.2.1. Principe**

**Art. 396. c.civ.** Les formes de procéder devant le juge des tutelles sont réglées par le Nouveau Code de procédure civile.

#### **2.3.2.2. Exécution de décisions du Conseil de famille**

**Art.1053. n.c.pr.civ.** (Règl. g.-d. 9 décembre 1983) Les délibérations du conseil de famille sont exécutoires par elles-mêmes.

Un recours peut, néanmoins, être formé contre elles, en toutes matières, devant le tribunal d'arrondissement, soit par le tuteur, le subrogé tuteur ou les autres membres du conseil de famille, soit par le juge des tutelles, lors même qu'ils auraient été d'avis de la délibération.

Le recours doit être formé dans le délai de quarante jours. Ce délai court du jour de la délibération hors le cas de l'article 413 du Code civil, où il ne court, contre les membres du conseil de famille, que du jour où la délibération leur a été notifiée.

Le délai est suspensif, à moins que l'exécution provisoire n'ait été ordonnée par le juge au bas du procès-verbal.

**Art. 381.** Dans tous les cas prévus au présent titre [de l'autorité parentale], la tutelle peut être ouverte lors même qu'il n'y aurait pas de biens à administrer.

Elle est alors organisée selon les règles prévues au titre X. (tutelle des mineurs not. chapitre II de ce titre)

### **D. Autres dispositions concernant le changement de garde et de domicile de l'enfant mineur non émancipé.**

## **2.4. 1. Délégation de l'autorité parentale**

**Art. 387-3. c.civ.** Les père et mère, ensemble ou séparément, le tuteur autorisé par le conseil de famille, ou l'administrateur public peuvent, quand ils ont remis l'enfant mineur à un particulier digne de confiance ou à un établissement agréé à cette fin par arrêté grand-ducal, renoncer en tout ou en partie à l'exercice de leur autorité.

En ce cas, délégation totale ou partielle, de l'autorité parentale résulte du jugement qui est rendu par le tribunal civil d'arrondissement sur la requête conjointe des délégants ou du délégataire.

La même délégation peut être décidée à la seule requête du délégataire lorsque les parents se sont désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an. »

### **2.4.2. Dispositions spécifiques de procédure.**

**Art. 1063 n. c. pr.civ.** (Régl. g.-d. 30 mai 1984) « L'action aux fins de délégation partielle ou totale de l'autorité parentale est portée devant le tribunal d'arrondissement du domicile ou de la résidence habituelle du mineur.

Elle est introduite par simple requête; les parties sont dispensées du ministère d'avoué. La requête peut être adressée au procureur d'Etat qui en saisit le tribunal. »

**Art. 1073 n.c.pr.civ.** (Régl. g.-d. 30 mai 1984) « En tout état de cause, le tribunal peut, d'office ou à la requête des parties, prendre telles mesures provisoires qu'il juge utiles pour la garde de l'enfant. Il peut de même, en tout état de cause, révoquer ou modifier ces mesures. »

Sur la procédure voir § 2.5.2. ci-après.

## **2. 5. Perte de l'autorité parentale**

### **2.5.1. Dispositions relatives à la perte de l'autorité parentale**

**Art. 376. c.civ.** Perd l'exercice de l'autorité parentale ou en est provisoirement privé celui des père et mère qui se trouve dans l'un des cas suivants:

1° s'il est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause;

2° s'il a été condamné pénalement du chef d'inexécution de son obligation alimentaire envers l'enfant, tant qu'il n'a pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de six mois au moins;

3° si un jugement de déchéance a été prononcé contre lui, pour ceux de ses droits qui lui ont été retirés.

**Art. 377. c.civ.** Si l'un des père et mère décède ou se trouve dans l'un des cas énumérés sub 1° et 2° de l'article précédent, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu en entier à l'autre.

Dans le cas visé sub 3° de l'article précédent, l'exercice des droits sur lesquels porte la déchéance est dévolu à l'autre parent. »

### **2.5.2. Procédure**

Sur la procédure voir art. 1070-1079 n. c. proc. Civ.

### 2.5.3. Dispositions spéciales relatives aux enfants étrangers

L'art. IV al. 1<sup>er</sup> de la loi du 18 avril 1984 relative à la délégation et à la déchéance de l'autorité parentale et à la tutelle aux prestations sociales dispose :

« Les tribunaux luxembourgeois peuvent prendre, à l'égard de mineurs ayant leur résidence sur le territoire du Grand-Duché, toutes les mesures provisoires tendant à la protection de leur personne ou de leurs biens jusqu'à ce que les autorités étrangères compétentes aient pris définitivement de telles mesures. »

### 2.6. L'absence et garde de l'enfant (Loi du 31 juillet 1987, Mém. 1987, 1694)

**Art. 112. c.civ.** Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence.

**Art. 113. c.civ.** Le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens; la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens sont alors soumises aux règles applicables à l'administration légale sous contrôle judiciaire telle qu'elle est prévue pour les mineurs, et en outre sous les modifications qui suivent.

**Art. 114. c.civ.** Sans préjudice de la compétence particulière attribuée à d'autres juridictions, aux mêmes fins, le juge fixe, le cas échéant, suivant l'importance des biens, les sommes qu'il convient d'affecter annuellement à l'entretien de la famille ou aux charges du mariage. Il détermine comment il est pourvu à l'établissement des enfants. Il spécifie aussi comment sont réglées les dépenses d'administration ainsi qu'éventuellement la rémunération qui peut être allouée à la personne chargée de la représentation du présumé absent et de l'administration de ses biens.

**Art. 115. c.civ.** Le juge peut, à tout moment et même d'office, mettre fin à la mission de la personne ainsi désignée; il peut également procéder à son remplacement.

**Art. 121. c.civ.** Ces mêmes dispositions ne sont pas applicables aux présumés absents ou aux personnes mentionnées à l'article 120 lorsqu'ils ont laissé une procuration suffisante à l'effet de les représenter et d'administrer leurs biens. Il en est de même si le conjoint peut pourvoir suffisamment aux intérêts en cause par l'application du régime matrimonial et notamment par l'effet d'une décision obtenue en vertu des articles 217 et 219, 1426 et 1429.

### 2.7. Loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse. (mod. L. 18 août 1995 Mém. 95 p.1913)

Art. 11 alinéa 2.

« Si le mineur est placé hors du domicile de ses parents, tuteur ou gardiens, ceux-ci conservent uniquement un droit de visite et de correspondance. Le tribunal ou le juge de la jeunesse en fixe les modalités et peut même, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits ou de l'un d'eux sera suspendu. »

### Alinéa 3

« Quant à la personne du mineur, tous les autres attributs de l'autorité parentale sont transférés à la personne ou à l'établissement à qui le mineur est confié, à l'exception du droit de consentir à l'adoption et au mariage du mineur. »

L'article 1<sup>er</sup> du règlement grand-ducal du 31 juillet 1979 déterminant la procédure à suivre devant le tribunal de la jeunesse lorsqu'il est saisi en application de l'article 302, alinéa 2 du code civil (voir note ci-avant n° 18) précise les compétences exceptionnelles du tribunal de la jeunesse pour modifier une décision de garde ou le droit de visite prise dans le cadre d'une décision de divorce définitive suite aux modifications de la situation familiale.

**Art. 1<sup>er</sup>. Al. 1<sup>er</sup>.** « Le tribunal de la jeunesse auquel il est demandé de modifier ou de compléter une décision quant à la garde des enfants prise par la juridiction ayant statué sur le divorce est saisi par simple requête d'un des parents ou du ministère public ».

Dans un arrêt du 5 février 1992 [P. XXVIII, p. 265], la Cour d'appel de Luxembourg a précisé que : « Parmi les juridictions appelées à statuer sur l'attribution de la garde d'enfants mineurs, le tribunal de la jeunesse n'a qu'une compétence d'exception et il ne saurait que modifier ou compléter une décision relative à la garde prononcée dans le cadre d'un divorce. Même en l'absence d'une première décision relative à la garde, le tribunal de la jeunesse est sans juridiction pour statuer sur l'attribution de la garde. Son incompétence est d'ordre public. »

### **b. décisions judiciaires sur le droit des relations ou /et de droit de visite de l'enfant**

Cette question ne se pose que lorsque des parents mariés se séparent ou divorcent ou pour les parents d'un enfant naturel qui ne vivent pas ensemble ou qui n'ont pas fait une déclaration devant le juge des tutelles (voir § 2.3.1 ci-avant : Art. 392. c. civ. ).

En cas de séparation judiciaire ou de divorce des parents les droits de visite, de surveillance ou d'hébergement de l'autre parent sont réglés par la juridiction qui s'est occupée de l'affaire principale c.-à-d. le tribunal d'arrondissement.

« Tant que dure le mariage, l'autorité parentale aux père et mère qui ont à l'égard de l'enfant les droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation. En cas d'attribution provisoire de la garde, il est impossible d'admettre que la décision de l'époux attributaire de la garde soit déterminante. Le parent non-attribué de la garde conserve un droit de contrôle, notamment sur la direction que le gardien donne à l'éducation de l'enfant. Il appartient partant à ce parent de s'adresser à la juridiction compétente pour trancher le litige, au cas où il estimerait que dans le choix de l'instruction son conjoint ferait du droit de garde un usage contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans ce cas, le juge est en droit d'ordonner un changement de garde, ou d'imposer au gardien des conditions relatives à l'éducation de l'enfant. » Cour 7 novembre 1990, 28, 93.

La juridiction tiendra compte des demandes respectives des parents mais surtout de l'intérêt de l'enfant. (voir plus loin Audition de l'enfant)

Le droit matériel ne prévoit pas de disposition sur la durée du droit de visite ou encore sur le type de droit d'autorité partagé. La juridiction essaie toujours de concilier les parties relatives au droit de visite. Cependant la loi ne précise pas les modalités et le juge fixe dans sa décision les modalités d'exécution.

Ces décisions concernant le droit de visite ou autres relations sont exécutoires par elles-mêmes.

### **c. mesures d'accompagnement.**

Il n'y a pas de mesures d'accompagnement spécifiques prévues en la matière si ce n'est la détermination ou la spécification de telles mesures dans la décision judiciaire comme par

exemple les modalités du droit de visite en un lieu « neutre » ou encore relative au paiement d'une pension alimentaire subséquente. Cependant le juge peut ordonner sur base de la législation sur la protection de la jeunesse ou à titre de recommandation de mesures d'accompagnement notamment pour les enfants. De même le Procureur exécutant certaines décisions judiciaires en la matière (voir partie 2 peut recourir à des professionnels. Le recours à des mesures d'accompagnement n'est donc qu'une faculté et non une obligation et est rarement imposée mais on recherche une acceptation des personnes concernées ce qui facilite le rôle proactive de ces personnes dans le cadre de ces mesures.

## **2. Commentaires et pratique de la législation relatives:**

### **a. décisions relatives à la garde et le domicile ou résidence de l'enfant**

Cour d'appel (2<sup>e</sup> Chambre) de Luxembourg du 29 juin 2005– Arrêt référé (séparation de corps) – rôles nos 29152 et 29452 du rôle

*(1) Il est constant en cause, en l'espèce, que c'est le père qui, de par ses horaires de travail, est le plus disponible pour s'occuper de l'enfant. Par ailleurs, il n'a pas été contesté que durant la vie commune c'était également le père qui, en fait, s'occupait plus de l'enfant que la mère qui, en raison de ses fonctions comme haut fonctionnaire dans une institution européenne, passait beaucoup moins de temps au domicile conjugal.*

*La Cour considère qu'entre deux parents irréprochables – le contraire n'a pas été allégué – il faut privilégier, pour l'attribution de la garde de l'enfant commun, celui qui offre une plus grande disponibilité pour l'enfant.*

*(2) Les mesures prises pendant la procédure de séparation de corps sont régies, d'après la jurisprudence luxembourgeoise, par la loi du for (cf. Cour, 5 mai 1993, n° 14548 du rôle, 3 mai 1995, n° 17109 du rôle et 24 novembre 1999, n° 22703 du rôle; cf. également Batifol et Lagarde, Le Droit international privé, Tome II, édition 1983, n° 451). C'est l'urgence avec laquelle le juge doit statuer en matière de référé qui justifie cette solution, même si elle est susceptible d'engendrer une rupture dans l'unité de loi applicable à la séparation de corps. Il s'ensuit que le premier juge est à confirmer dans sa décision d'appliquer la loi luxembourgeoise comme loi du for.*

### **b. jugement sur le droit des relations ou /et de droit de visite de l'enfant**

2.1. Il y a peu de décisions judiciaires qui concernent exclusivement la résidence de l'enfant. Celle-ci est normalement un droit qui découle de l'autorité parentale respectivement du droit de garde. En ce qui concerne les modalités de garde, la loi ne précise pas les modalités de sorte que les différentes formes de garde seraient théoriquement possibles. Cependant les juridictions tendent de refuser p. ex. les modalités d'une garde alternée ou garde conjointe entre les parents. En pratique, le juge d'un divorce contentieux accorde souvent le droit de garde des enfants en bas âge à la mère. Par ailleurs, la maintenance de la fratrie entre enfants est également un élément pris en compte.

Les parents qui ne sont pas gardiens de leurs enfants ont un « droit naturel » aux relations avec leurs enfants.

La **Cour constitutionnelle luxembourgeoise** dans son deuxième arrêt du 13 novembre 1998 affaire: J.Wagner et J.Potosino a précisé le contenu de cette disposition constitutionnelle<sup>20</sup>:

---

<sup>20</sup> Art. 10 bis de la constitution "L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la Famille."

*« Considérant que le droit naturel est celui découlant de la nature humaine et existe, même sans texte de loi; qu'appliqué à la famille il comporte le droit à la procréation et à la communauté de vie; »*

Comme déjà signalé en introduction, la coercition des mesures d'exécution pose en matière de droit de la famille quelques difficultés pratiques notamment en cas d'opposition de l'enfant ou des parents comme en matière des modalités de droit de visite. Il est donc évident qu'en pratique et vue la majorité des pères concernés par le droit de visite qui semblent avoir le plus de difficultés à se soumettre à ces décisions. Un des parents peut alors saisir le juge des tutelles (après le divorce ou en cas d'un enfant naturel p. ex.) pour modifier le droit de visite. Tant que cette nouvelle instance n'est pas vidée, (audition des parties, de l'enfant) la décision initiale reste en vigueur.

## **2.2. Jurisprudence**

Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (Référé) du 16/01/2004 (rôle n° 84902) (extrait)

*« Le droit de visite et d'hébergement, corollaire de l'absence de vie quotidienne avec l'enfant, est un droit naturel pour celui des parents auquel la garde de l'enfant n'a pas été attribuée et il est destiné à sauvegarder les liens familiaux entre ce parent et son enfant mineur, et ce droit ne saurait être refusé par les tribunaux que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles et graves, Cour, 1 avril 2003, numéros 26912 et 26913 du rôle » .*

### **c. l'exécution des décisions (judiciaires ou autres).**

"Une partie à une convention établie dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel a toujours la possibilité de saisir le juge afin de faire respecter l'une ou l'autre clause de cette convention. En cas de silence de la loi, le juge normalement compétent est le juge de droit commun, à savoir le tribunal d'arrondissement qui a la plénitude de juridiction du premier degré en matière civile et qui connaît de toutes les contestations d'ordre civil non attribuées expressément aux juges de paix. Lorsqu'un litige rentre dans la compétence d'attribution du tribunal d'arrondissement, le demandeur peut également s'adresser au juge des référés si les conditions prévues soit à l'article 932 soit à l'article 933 du ncpr.civ. sont remplies  
Cour 21 octobre 1997 Pas. 30, 270.

Pour que l'exécution d'un jugement définitif non susceptible de voies de recours ordinaires voir ci-avant § 0.5.2.

## **B. Dispositions spécifiques relatives à l'exécution des décisions judiciaires en droit interne**

### **1. L'organisation des organes et institutions engagés dans l'exécution des décisions judiciaires.**

#### **a. Compétence matérielle**

Les organes d'exécution sont compétents pour toutes les décisions judiciaires civiles définitives à exécuter sur le territoire du Luxembourg. .

## **b. Règles de procédures pertinentes pour le fonctionnement de ces organes droit procédural**

### **1.0. Rappel:**

**Art. 20** n.c.pr.civ.

« En matière civile et commerciale, le tribunal d'arrondissement est juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature ou du montant de la demande. »

**Art. 21 al. 2.** n.c.pr.civ. Le tribunal d'arrondissement connaît exclusivement des demandes en exequatur des jugements rendus par les tribunaux étrangers et des actes reçus par les officiers étrangers.

### **1.1. Les organes d'exécution**

#### **1.1.1. Le Ministère public et l'exécution des dispositions d'ordre public**

Les fonctions du Ministère public concernant l'exécution des décisions judiciaires sont limitées territorialement mais également dans sa fonction même à l'action. On distingue traditionnellement entre la fonction par voie d'action ou principale, où il est parti à l'action judiciaire et la fonction de partie jointe où il reçoit communication de l'affaire et où il rend des conclusions. Ce n'est que dans le cas où le MP agirait à titre principal qu'il peut intervenir également dans l'exécution des décisions judiciaires. (voir Partie 2)

#### **Loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire**

**Art. 69.** Le ministère public remplit les devoirs de son office auprès de la cour et des tribunaux, dans le ressort territorial qui lui est assigné par la loi, sauf les cas où la loi en a disposé autrement.

**Art. 70.** (*L. 27 juillet 1997*) Les fonctions du ministère public sont exercées, sous l'autorité du ministre de la Justice, par le procureur général d'Etat; et sous la surveillance et la direction de celui-ci par les magistrats de son parquet, les procureurs d'Etat et leurs substituts. Les substituts exercent en outre leurs fonctions sous la surveillance et la direction des procureurs d'Etat.

**L'art. 74** de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire<sup>21</sup> précise :

« En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il poursuit d'office l'exécution des lois, règlements et jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

Bien que le Ministère public puisse agir en toute matière concernant le respect de l'ordre public, la jurisprudence a cependant clairement réduit son rôle en matière du droit de la famille.

---

<sup>21</sup> voir également : **Décret du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire** (Extrait) TITRE VIII .- **Du ministère public : Art. 5.** « Les commissaires du Roi [Parquet], chargés de tenir la main à l'exécution des jugements, poursuivront d'office cette exécution dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public; en ce qui concernera les particuliers ils pourront, sur la demande qui en sera faite, soit enjoindre aux huissiers de prêter leur ministère ..., soit requérir main-forte lorsqu'elle sera nécessaire. »

Ainsi il est admis qu' « En matière civile, en dehors des cas spécifiés par la loi où le ministère public agit d'office, son droit d'action ne s'applique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte, sans léser aucun intérêt civil. Le ministère public ne saurait, par contre, agir dans les cas de conflits d'intérêts privés, encore que l'ordre public soit mis en cause, alors que les rapports privés, tels que les relations de famille, ne peuvent être troublés par son immixtion. Spécialement, est irrecevable la demande en exequatur, formée par le ministre public, d'une décision judiciaire étrangère ayant accueilli une action en désaveu de paternité. »  
Lux. 17 octobre 1962, P. 19, 53.

### **1.1.2. L'huissier de justice**

1.1.2.1. C'est en principe l'organe principal de l'exécution des décisions judiciaires. Il est territorialement compétent. voir :

**Art. 1er.** L'huissier immatriculé près du tribunal d'arrondissement porte le titre d'huissier de justice. Il est nommé par le Grand-Duc.

#### **Règlement grand-ducal du 24 mai 1996 concernant le nombre et la résidence des huissiers de justice Mém. 1996, 1278**

**Art. 1er.** Le nombre des huissiers de justice est de dix-sept pour l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et de deux pour l'arrondissement judiciaire de Diekirch.

#### **Loi du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice**

**L'art. 13.** de la loi modifiée du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice fixe les fonctions de *l'huissier de justice comme suit* :

L'huissier de justice est un officier ministériel qui a seul qualité

– pour signifier les actes et les exploits et faire les notifications prévues par la loi et règlements lorsque le mode de notification n'a pas été réglé par la loi;

#### **1.1.2.2. pour procéder à l'exécution des décisions de justice ainsi que des actes ou titres en forme exécutoire.**

[...]

Il peut être commis par justice pour effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter; il peut également procéder à des constatations de même nature à la requête de particuliers; dans l'un et l'autre cas, ces constatations font foi jusqu'à preuve du contraire.

L'huissier de justice peut instrumenter dans toute l'étendue de l'arrondissement judiciaire pour lequel il est nommé.

Un règlement grand-ducal peut établir un code de déontologie.

**L'article 14.** « L'huissier de justice est tenu d'exercer son ministère toutes les fois qu'il en est requis et sans exception de personne.[...] »

Dans sa fonction l'huissier est soumis au secret professionnel (art.14-1. (L. 27 juillet 2003))

1.1.2.3. S'il y a un délai de signification de 15 jours d'une décision étrangère exécuturée, il n'y a pas de **délai d'exécution** prévu par la loi<sup>22</sup>.

« le jugement rendu par défaut est non avenu s'il n'a pas été notifié ou signifié dans les six mois de sa date. » Il y a d'autres prescriptions pour la signification qui sont plus réduites (voir Partie 2 pour les décisions judiciaires ordonnant le retour d'un enfant illégalement déplacé.)

**Mais l'art. 11.** (L. 27 juillet 2003) Lorsqu'un huissier de justice ne remplit plus ses fonctions, pour quelque raison que ce soit, le tribunal d'arrondissement, chambre civile, peut, à la requête du procureur d'Etat et sur avis versé au dossier de la Chambre des huissiers de justice, le déclarer déchu de ses fonctions, sans préjudice d'éventuelles sanctions disciplinaires ou pénales.

### 1.1.2.3. Coûts

Le coût de l'huissier est à charge de la partie qui requiert les services de l'huissier. Il existe un tarif alors que l'huissier est payé à l'acte.

## Loi du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice

### Chapitre IV. – Du tarif

**16.** (L. 27 juillet 2003) Les actes des huissiers de justice sont rémunérés soit selon un tarif fixe, soit par vacation. Un règlement grand-ducal arrête le tarif des actes ainsi que la durée et le tarif des vacations.

A la requête de toute personne intéressée, le président du tribunal d'arrondissement de la résidence de l'huissier de justice statue sur la taxation des droits et frais.

**17.** (L. 27 juillet 2003) L'huissier de justice est tenu d'indiquer, en marge de l'original et des copies, le détail du montant de ses droits, et d'y marquer le détail de tous les articles de frais formant le coût de l'acte avec la désignation particulière de la distance parcourue. Il est tenu de mettre également, sur l'original et les copies, le coût total de l'acte. Pour les actes inachevés, l'huissier de justice récupère ses droits en proportion du travail effectivement fourni, ainsi que les frais de voyage et les frais réellement effectués.

**18.** Les actes qui ne sont pas nominativement tarifés sont payés par vacation.

L'huissier de justice est obligé d'indiquer en marge de tous ces actes l'heure exacte du début et de la fin des opérations.

### 1.2.1. Autres

Le ministère public tout comme l'huissier pourront requérir la force public pour exécuter les décisions judiciaires. Sur leurs réquisitions ou demandes la police est donc tenue de prêter main forte pour exécuter une telle décision. [Voir Partie II § 2.4.]

Le cas échéant, dans le cadre d'un placement provisoire d'un mineur dans une structure d'accueil, le juge peut désigner (en cas d'urgence notamment) directement une telle structure qui peut alors soit accepter soit refuser cette désignation et les droits qui en découlent ou bien saisir le CNAP (Commission Nationale d'Arbitrage en matière de Placements)<sup>23</sup> qui centralise et gère les demandes de placements. Par ailleurs les Maisons d'enfants de l'Etat et les Foyers

---

<sup>22</sup> voir aussi art.7 al.2 du règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale du 29 mai 2000 qui prévoit un délai d'un mois pour la signification ; convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (appr. Loi du 26 février 1975 Mém. 1975, 322, prévoit une déclaration du Lux. qui prévoit un délai d'un an pour la signification d'une décision jud. étrangère sur base de cette convention ;

<sup>23</sup> Cet organe a été institué en 1992 par l'Entente des Gestionnaires des Centres d'Accueil et le Ministère de la Famille. 78% des placements sont judiciaires. 20 placements ont été fait sans passer par la CNAP.

d'accueil et de dépannage (FADEP) participe à ce qu'on peut appeler « le service de placement d'urgence ». IL n'est pas possible d'exposer plus en détails ces structures d'accueil qui permettent également par la suite de faire un suivi du mineur après la fin du placement.

### **c. aspects pratiques importants pour la position juridique de ces organes ?**

Le Ministère public et l'huissier de justice participent au service public de la justice. De même dans un sens large en est-il des organes de police ou du service central d'assistance sociale (SCAS) qui est un service du Parquet.

De même les Maisons d'enfants de l'Etat est une administration du Ministère de la Famille et relève donc de l'Etat.

Pour les autres services comme la CNAP etc. ces services sont des personnes morales de droit privées et sont conventionnés la plupart du temps par le Ministère de la Famille qui en finance la majeure partie des dépenses déduction d'une participation des parents. Souvent le placement d'un enfant mineur même étranger se fait sur base de la législation relative à la protection de la jeunesse de sorte qu'en vertu de l'art. 11 de cette loi l'autorité parentale peut être transférée en grande partie et provisoirement à ces foyers d'accueil en attendant une décision définitive.

## **2. Délais procéduraux d'actions**

### **a. délais d'appel contre une décision judiciaire en matière du droit de la famille et contre les décisions faisant droit à l'action**

#### **2.0. Note préalable :**

Les délais d'opposition ou d'appel courent à partir de la signification (par huissier de justice) ou notification (par le greffe) de la décision judiciaire. Sauf disposition contraire (cf. p. ex. en matière de déchéance de l'autorité parentale), l'appel est suspensif et aucune mesure d'exécution ne peut plus être prise.

Sur les délais, il convient de relever que le Luxembourg est partie à la Convention européenne sur la computation des délais signée à Bâle, le 16 mai 1972 (Mém. 1984, 923).

Ainsi le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg constate dans un jugement du 17 novembre 2004<sup>24</sup> : « *Le Luxembourg n'a pas fait application de l'article 1er, paragraphe 2 et n'a pas exclu certains délais du champ d'application de la Convention, de sorte qu'elle s'applique à tous les délais en matière civile, commerciale et administrative.* »

#### **2. 1. quid opposition en cas de défaut ?**

##### **2.1.1. opposition en droit commun**

**2.1.1.1. opposition d'un défaut devant le tribunal de la jeunesse** en matière de garde (art. 302 al.2 c. civ.) art. 9 al. 2 du r. gr.d. du 31 juillet 1979 prévoit **15 jours** de la notification du jugement.

La Chambre d'appel de la jeunesse a décidé par arrêt du 29 octobre 1981<sup>25</sup>, que les décisions prise sur base de l'article 302, alinéa 2 du Code civil écartent les délais d'appel et d'opposition

<sup>24</sup> Jugement civil n° 465/2004 – 1<sup>re</sup> Chambre – N° 91452 du rôle

<sup>25</sup> n° rôle 5835

de droit commun et que sont seuls applicables les délais prévus par le règlement grand-ducal du 31 juillet 1979.

2.1.1.2. Il n'existe pas de possibilité de faire opposition devant le **juge des tutelles**

### 2.1.1.3. opposition en matière de divorce

**Art. 261-1 c. civ.** (L. 6.2.1975)

« Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut (faute de comparaître et non faute de conclure) sera signifié par huissier commis.

Si cette signification n'a pas été faite à personne, le présent ordonnera, sur simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désignera.

Le délai pour faire opposition au jugement ou à l'arrêt par défaut sera de **15 jours** à partir de la signification à personne ou, si une publication a été ordonnée, à partir du dernier acte de publication ».

## 2.2. Appel

### 2.2.0. Note : délai de réflexion

Afin d'éviter l'exercice intempestif ou irréfléchi des voies de recours normal de l'appel, le législateur a prévu un délai de réflexion.

**Art.576** n.c.pr.civ.

« Aucun appel d'un jugement non exécutoire par provision ne pourra être interjeté dans la huitaine, à dater du jour du jugement ; les appels interjetés dans ce délai seront déclarés non recevables, sauf à l'appelant à les réitérer, s'il est encore dans le délai. »

**Art. 577** n.c.pr.civ.

« L'exécution des jugements non exécutoires par provision sera suspendue pendant ladite huitaine »

### 2.2.1. Délai d'appel selon le droit commun

**Art. 571** n.c.pr.civ. (Règl. Gr.-d. 9.12.1983)

« Le délai pour interjeter appel sera **quarante jours** : il courra, pour les jugements, du jour de la signification à personne ou domicile.

Pour les jugements par défaut, du jour où l'opposition ne sera plus recevable.

L'intimée pourra néanmoins interjeter incidemment appel en tout état de cause, quand même il aurait signifié le jugement sans protestation. »

Des délais additionnels s'ajoutent pour les significations à l'étranger : voir art.572 et 167 n.c pr.civ.

### 2.2.2. Délai d'appel en matière de divorce

#### 2.2.2.1. divorce contentieux

**Art. 263. c. civ.** (Règl. g.-d. 9 décembre 1983) L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les **quarante jours** à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement.

S'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable.

Le délai pour se pourvoir à la Cour de cassation contre un jugement en dernier ressort sera de trois mois à compter de la signification. Le pourvoi sera suspensif.

#### **2.2.2.2. divorce par consentement mutuel**

**Art. 288.** (Règl. g.-d. 22 août 1985) L'appel du jugement qui aurait déclaré ne pas y avoir lieu à prononcer le divorce, ne sera recevable qu'autant qu'il sera interjeté par les deux parties dans le délai de **quarante jours**, qui commence à courir à partir du jour où le jugement leur aura été notifié sous pli recommandé par le greffe.

- autres délais spécifiques :

#### **2.2.3. Délégation et déchéance**

**Art. 1075.** Les dispositions des articles 1066 et 1067 sont applicables à la procédure relative à la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale.

L'appel n'est pas suspensif.

L'arrêt rendu sur appel n'est pas susceptible d'opposition.

#### **2.2.4. Tutelle**

**Art. 1066 .n. c. proc. Civ.** Les décisions ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles sont susceptibles d'appel selon les conditions prévues aux articles 1049 et 1050.

Tous les actes de procédure sont exempts du droit de timbre et dispensés de la formalité de l'enregistrement.

**Art. 1049 .n. c.pr.civ..** (Règl. g.-d. 9 décembre 1983) En toutes matières, les personnes auxquelles la décision du juge des tutelles doit être notifiée peuvent, dans le délai de **quarante jours**, former un recours devant la Cour d'appel, chambre civile.

(Règl. g.-d. 30 mai 1984) Le délai court à partir du jour de la notification de la décision. Le délai de recours est suspensif, à moins que l'exécution provisoire n'ait été ordonnée.

**Art. 1053 n.c.pr.civ.** (Règl.gr.-d. 9 décembre 1983) Les délibérations du conseil de famille sont exécutoires par elles-mêmes.

[...]

Le recours doit être formé dans le délai de **quarante jours**...

#### **2.2.5. Délai d'appel en matière de protection de la jeunesse**

**Appel : un mois** à compter de la notification de la décision (art. 10 al. 2 du r. gr.d. du 31 juillet 1979)

### **2.3. Cassation**

La Cassation est une voie de recours extraordinaire. La Cour de Cassation ne vérifie que la violation du droit et non les faits à base de la décision judiciaire. En principe, le recours en cassation n'est pas suspensif de sorte que les voies d'exécution peuvent être exercées. Les formalités procédurales sont strictement à respecter sous peine de la déchéance ou du rejet du pourvoi.

#### **2.3.1. Cassation en droit commun.**

La loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation règle la matière à côté des dispositions légales spécifiques.

**L'art. 7** (L. 6.4.2004) précise :

« Le délai pour l'introduction du recours en cassation, qui courra pour les arrêts et jugements

contradictoires du jour de la signification ou de la notification à personne ou à domicile, et pour ceux par défaut, du jour de l'expiration du délai pour former opposition, est fixé à deux mois pour la partie demanderesse en cassation qui demeure dans le Grand-Duché.

Ceux qui demeurent hors du Grand-Duché a, pour introduire le recours en cassation, outre le délai prévu à l'alinéa qui précède, le délai prévu à l'article 167 du nouveau code de procédure civile.

Ces délais sont observés à peine de déchéance. »

### **2.3.2. Cassation en matière de divorce contentieux**

Par exception au principe énoncé ci-avant on doit signaler qu'en matière de divorce, la cassation est suspensive, (art 263 c. civ.)

### **2.3.3. Cassation en matière de divorce par consentement mutuel**

**Art. 291. c.civ.** Le recours en cassation ne sera recevable que contre l'arrêt qui refuse de prononcer le

divorce, et dans le cas seulement où il sera formé par les époux agissant conjointement. Les formes et délai prescrits par la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation seront observés sans toutefois qu'il y ait lieu à signification du mémoire.

#### **b. Tout autre délai qui a des incidences éventuelles sur la mise en application du droit.**

## **2.4. Loi du 22 décembre 1988 relative au relevé de la déchéance résultant de l'expiration d'un délai imparti pour agir en justice**

Exécution provisoire en principe toujours facultative pour le juge doit être demandée et justifiée par l'urgence ou le péril imminent soit d'office

### **2.5. Recours en matière constitutionnelle**

**27 juillet 1997. – Loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle** Mém. 1997, 1724

7. La décision de poser une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle suspend la procédure et tous délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle.

Cette décision, contre laquelle aucun recours n'est possible, est notifiée par courrier recommandé par les soins du greffe de la Cour aux parties en cause.

8. La question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte.

Le greffe de la juridiction qui pose la question préjudicielle transmet la décision de saisine au greffe de la Cour Constitutionnelle.

9. Le président de la Cour Constitutionnelle arrête la composition de la Cour pour chaque affaire et désigne un conseiller-rapporteur.

Toutefois, le président et le vice-président peuvent à leur demande siéger dans chaque affaire.

Lors de la désignation des conseillers et du conseiller-rapporteur pour les affaires successives, le président procède suivant la liste de rang arrêtée à l'article 19 de manière à garantir une rotation régulière entre les différents membres de la Cour.

10. Dans un délai de trente jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle.

Le greffe transmet de suite aux parties copie des conclusions qui ont été déposées. Ces parties disposent alors de trente jours à dater du jour de la notification, pour adresser au greffe des conclusions additionnelles.

Dans les trente jours qui suivent l'expiration des délais indiqués aux alinéas précédents, la Cour entend, en audience publique, le rapport du conseiller-rapporteur et les parties en leurs plaidoiries. Le délai prévu ci-avant est suspendu

entre le 15 juillet et le 16 septembre de chaque année. La date de cette audience est fixée par la Cour, hors présence des parties; elle est communiquée par courrier recommandé aux avocats, au moins quinze jours à l'avance, par le greffe de la Cour.

Les délais prévus au présent article ne donnent pas lieu à une augmentation à raison des distances.

La computation des délais se fait à partir de minuit du jour de la notification qui fait courir le délai. Le délai expire le dernier jour à minuit. Les jours fériés sont comptés dans les délais. Tout délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche, un jour férié légal ou un jour férié de rechange, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

### **c. L'effet de la prescription sur la mise en œuvre des décisions judiciaires.**

c.1. Il est de principe, qu'il n'y a pas de prescription sans texte.

c.2. A l'égard des actions en justice

En matière de divorce, l'action ne se prescrit pas alors qu'elle se trouve hors commerce (cf. art. 2226 c.civ.).

En matière de la protection de la jeunesse, de la tutelle et de l'autorité parentale il n'existe pas de prescription à une action judiciaire. La seule limite à la mise en œuvre des décisions judiciaires consiste en l'acquisition de la majorité (ou l'émancipation<sup>26</sup>) par le mineur. On ne peut donc pas à proprement parler de prescription mais d'absence d'intérêt pour agir.

c.3. Il existe des prescriptions ou plutôt de péremption à certaines actions ou certaines formalités.

Ainsi, l'article 540 n.c.pr.civ. précise que « toute instance, encore qu'il n'y ait pas eu constitution d'avoué, sera éteinte par discontinuation des poursuites pendant trois ans. Ce délai est augmenté de 6 mois, dans tous les cas où il y aura lieu à demande en reprise d'instance, ou constitution de nouvel avoué ». L'action n'est cependant pas éteinte mais l'action.

Il est de principe que « Paria sunt non esse et non significari » c.-à-d. qu'une décision judiciaire non signifiée serait à considérer comme non avenue. Ce principe a aujourd'hui dans notre droit reçu des limitations importantes. Ainsi l'article 87 al.1<sup>er</sup> n.c.pr.civ. prévoit qu'un jugement rendu par défaut est non avenue s'il n'a pas été notifié ou signifié dans les 6 mois de sa date. Mais la procédure pourrait être reprise après réitération de l'acte introductif d'instance primitif. Dans notre matière (voir Partie II) signalons l'art. 1113 n.c.pr. civ. prescrit que la reconnaissance par décision judiciaire luxembourgeoise d'un jugement étranger sur base d'une des conventions énumérées à l'art. 108 n.c.pr.,civ. doit être signifiée à peine de caducité dans un délai qui ne peut pas être supérieur à 15 jours.

c.4. Les actions ou décisions judiciaires peuvent avoir des effets sur la prescription soit qu'elles interrompent la prescription soit qu'elles transforment la nature de la prescription : ainsi une prescription de courte durée se voit par l'effet d'un jugement transformée en prescription trentenaire (cf. Jurisclasseur Art. 2242-2250 Fasc. 60 § 195)

Conclusion : la prescription ne joue en principe pas dans les matières qui nous occupent.

## **3. Mesures coercitives pour assurer la mise en œuvre**

### **a. Mesures prévues par la loi**

#### **3. 1. Sanctions civiles :**

---

<sup>26</sup> uniquement par mariage en droit luxembourgeois. Dans ce cas, les parents doivent donner leur accord au mariage d'un mineur.

Il existe plusieurs sanctions civiles auxquelles le juge peut recourir pour donner plus de force d'exécution à sa décision mais ces sanctions doivent être requises par la partie demanderesse:

### **3.1.1. La caution.**

La caution est plutôt une sorte de garantie qu'une sanction civile encore qu'elle fait partie des mesures d'exécution des jugements (cf. livre VII du nouveau code de procédure civil.) . En pratique, on fait plus rarement usage de la faculté prévue par les art. 650 et s. du n.c. pr. civ. Signalons l'article 654 qui dispose que les réceptions de caution seront jugées comme en matière civile, sans requête ni écritures ; le jugement sera exécuté nonobstant appel.

### **3.1.2. L'astreinte.**

#### **Art. 2059 al.1<sup>er</sup> c. civ.**

« Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. »

#### **Art. 2060 c.civ.**

« La demande est recevable, même si elle est formée pour la première fois sur opposition ou en degré d'appel.

L'astreinte ne peut être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée.

Le juge peut accorder au condamné un délai pendant lequel l'astreinte ne peut être encourue. »

Pour le surplus voir les art. 2061 à 2066 c.civ.

**L'article 940** ( Règl. G.-d. du 25 novembre 1983) « Le juge statuant en référé peut, à la demande d'une partie, prononcer des condamnations à des astreintes. (L. 9 août 1993) Il peut, suivant le cas, statuer sur les dépens de l'ordonnance, du référé et de la signification ».

A noter que l'astreinte se prescrit dans les 6 mois à partir de la date à laquelle elle est encourue (art. 2066 c.civ.)

#### **Jurisprudence relative à l'astreinte :**

Tribunal d'Arrondissement de Diekirch (référé) du 10/06/2004 (rôle n° 150/2004)

« S'agissant de l'astreinte dont le droit de visite devrait être assorti, le juge des référés ayant toujours pouvoir de prononcer une astreinte en vertu des dispositions de l'article 937 du nouveau Code de Procédure Civile, cette demande est recevable sur base de cette disposition. Eu égard aux éléments du dossier, la défenderesse est condamnée à une astreinte de 1.000.- euros par droit de visite tel que fixé à l'ordonnance du 27 avril 2004, non respecté par la défenderesse.»

### **3.1.3. Les dommages et intérêts art. 1382 et ss. c. civ.**

Des dommages et intérêts peuvent être demandés par le parent ou le tiers dont les droits de l'autorité parentale resp. le droit de garde ne furent pas respectés.

### **3.1.4. Indemnité de procédure**

Il ne s'agit pas à proprement parler de sanctions. Ainsi dans les procédures contentieuses (par opposition aux matières gracieuses ou non contentieuses (divorce par consentement mutuel p. ex.), une demande d'obtention d'une indemnité de procédure peut être demandée par l'une des parties à l'autre.

**L'art. 240 du n. c. pr.civ.** (Règl. Gr.-d. du 18 février 1987)

« Lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine. »

Cette disposition n'est pas non plus à proprement parler une sanction. Cependant en cas d'exercice des voies de recours contre une décision fermement établie en jurisprudence, le juge peut nonobstant des dommages-intérêts mettre à charge de cette partie à la demande de l'autre une indemnité de procédure. Cependant le juge ne fixe pas cette indemnité *in abstracto* mais doit tenir compte des dépenses réellement exposées (cf. p. exemple C. Cassation du 27 février 1992, n° 7/92).

### **3.2. Sanctions pénales**

**3.2.0. Note importante :** Selon le principe « una via electa », on doit choisir la poursuite soit en matière civile soit en matière pénale. En pratique, la voie pénale est choisie, car elle permet de se décharger des frais éventuels de la poursuite. Mais l'opportunité des poursuites relève du ministère public.

#### **3.2.1. Dispositions pénales**

**Art. 364 c.p.** Quiconque aura enlevé ou fait enlever un enfant âgé de moins de 7 ans accomplis sera puni de la réclusion criminelle de 5 à 10 ans quand l'enfant aura suivi volontairement le ravisseur.

**Art. 365 c.p.** Quiconque aura recelé ou fait receler un enfant au-dessous de cet âge sera puni d'un emprisonnement d'un an à 5 ans et d'une amende de 500.-€ à 5000.-€.

**Art. 367 c. p.** Seront punis d'un emprisonnement de huit jours et d'une amende de 251 euros à 1000 euros, ceux qui, étant chargés d'un enfant au-dessous de 7 ans accomplis, ne le représenteront point aux personnes qui ont le droit de le réclamer.

**Art. 370 c. p.** (L. 29.11.1982) Celui qui aura enlevé ou fait enlever un mineur en-dessous de 16 ans accomplis, qui aura consenti à son enlèvement ou qui aura suivi volontairement le ravisseur, sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 251 euros à 2000 euros.

#### **3.2.2. Art. 45.de la loi sur la prot. jeunesse**

Les articles suivants du code pénal sont modifiés et complétés comme suit:

##### **Art. 371-1. c.pénal**

« Seront punis d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 251 euros à 2000 euros ou d'une de ces peines seulement, les père, mère et autres personnes qui soustrairont ou tenteront de soustraire un mineur aux mesures qui doivent être prises à son égard par application des dispositions de la loi sur la protection de la jeunesse, ou en vertu d'une décision, même provisoire, d'une autorité judiciaire, qui le soustrairont ou tenteront de le soustraire à la garde de ceux auxquels il a été confié, qui ne le représenteront pas à ceux qui ont le droit de le réclamer, l'enlèveront ou le feront enlever, même de son consentement. Si le coupable avait encouru la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale sur l'enfant, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans. »

#### **b. Mesures applicables en pratiques**

En pratique lorsque les droits de garde ou de visite sont violés le Parquet recommande souvent que la partie dont les droits sont violés dépose plainte au pénal pour non représentation d'enfant.

**c. Prendre des mesures coercitives à l'encontre de l'opposition de l'enfant à la mise en œuvre des décisions judiciaires**

L'enfant devra se plier aux droits arrêtés par la juridiction et le parent chez qui l'enfant vit à une obligation positive de tout faire pour convaincre l'enfant de se soumettre à la décision judiciaire. Lorsque l'enfant refuse malgré tout, les forces de l'ordre accompagnées souvent de psychologues ou autres professionnels essaient de convaincre l'enfant et à défaut extrême la police devra emmener l'enfant pour le remettre au parent qui a la garde. La jurisprudence montre les délimitations de cette obligation. Cependant le juge tient toujours compte de l'âge de l'enfant respectivement de son état psychologique :

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 mai 1997 (référé) (Rôle n° 237/97)**

« L'épouse s'oppose à l'attribution d'un droit de visite de l'enfant commun au père. Elle soutient que l'enfant âgé actuellement de 1 an et demi ne connaît pas son père et qu'il serait absolument contre-indiqué de confier l'enfant au père pendant le week-end, du vendredi soir au dimanche soir. Elle donne à considérer s'il n'y a pas lieu à débiter avec un droit de visite beaucoup plus limité de quelques heures seulement pour permettre à l'enfant de s'habituer au père. Il échet d'accueillir les objections de la mère et de prendre en considération le tout jeune âge d'un enfant qui ne connaît pas son père. Il y a partant lieu de dire que dans un premier temps le père pourra exercer son droit de visite tous les samedis de 14.00 à 17.00 heures. »

**Cour d'appel de Luxembourg du 14 juillet 1997 (rôle N° 19591)**

« L'indifférence de l'enfant n'a pas à être retenue et son opposition doit être envisagée avec circonscription. La Cour considère que le maintien d'un contact régulier entre l'enfant et son père est dans l'intérêt bien compris à long terme de l'enfant. En effet, la présence des deux parents, qui est assurée, pour le parent non-attributaire de la garde, par le biais de l'exercice doit être envisagée avec circonspection. La Cour considère que le maintien d'un contact régulier entre l'enfant et son père est dans l'intérêt bien compris à long terme de l'enfant. En effet, la présence des deux parents, qui est assurée, pour le parent non attributaire de la garde, par le biais de l'exercice du droit de visite, est fondamentalement pour l'évolution de la personnalité de l'enfant. La Cour ne saurait cependant perdre de vue que la reprise de l'exercice du droit de visite et d'hébergement, dans les circonstances actuelles, risque d'aggraver l'état déjà détérioré des relations entre le père et son fils, voire d'affecter la santé psychique de l'enfant. Dans ces conditions, la Cour considère qu'il est approprié de prononcer une suspension du droit de visite jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 1997. Cette période devra être mise à profit par les intéressés pour faire effectuer une expertise médico-psychologique afin d'analyser les relations de l'enfant avec ses deux parents. Durant la période où le droit de visite et d'hébergement est suspendu, les parents sont invités à faire tout leur possible pour favoriser un climat d'apaisement et pour motiver l'enfant à revoir son père. La mère devra être consciente du fait que la relation classique enfant-père-mère- même si la cohabitation a cessé comme suite directe du divorce - reste fondamentalement pour l'évolution de l'enfant. »

**Cour d'Appel de Luxembourg du 23 avril 1997 (rôle n° 17898 & 18103)**

« La Cour ne peut fixer le droit de visite "suivant le désir des enfants", les juges ne pouvant déléguer leurs pouvoirs en subordonnant l'exécution de leurs décisions à la discrétion des enfants (Cass. fr. civ. 7 oct. 1987: Bull. civ. 11, n°190). Un séjour prolongé auprès du père risque, en l'état actuel des relations entre le père et les enfants, de perturber ces derniers de sorte qu'il n'y a pas lieu d'accorder actuellement un droit d'hébergement au père. Celui-ci a

toujours la possibilité, en cas de normalisation de ses relations avec les enfants de se pourvoir en justice pour se voir accorder un droit d'hébergement et un droit de visite plus étendu. »

Pourtant une fois les droits fixés par une décision judiciaire l'enfant devra suivre :

**Cour 21.04.1986 P. XXII, 364**

« La résistance des enfants ou leur aversion à l'égard de la personne qui les réclame ne saurait constituer, pour celui qui a l'obligation de les représenter, ni une excuse légale, ni un fait justificatif. Il en est autrement que lorsque le prévenu a, en vain, usé de son autorité et que seules les circonstances, telles que la situation de fait des enfants, leur âge ou leur état de santé, l'ont empêché d'exécuter son obligation. »

**Cour d'Appel de Luxembourg du 30 janvier 1996 (rôle n° 56/96)**

« Constitue un acte matériel de non-représentation d'enfants le fait pour la personne qui a l'obligation de représenter un enfant d'animer la haine et l'aversion de celui-ci envers le bénéficiaire du droit de visite. En effet, la personne qui a l'obligation de représenter un enfant doit user de toute son influence pour vaincre la résistance de l'enfant, sans toutefois recourir à des moyens de coercition physique et moraux de nature à nuire à la santé de l'enfant. »

**Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé) du 16/01/2004 (rôle n° 84902)**

« Ainsi, le simple refus, sans cause apparente, d'un enfant de suivre son père n'est pas un motif suffisant pour dénier à celui-ci un droit de visite, étant donné que ce ne sont pas les désirs de l'enfant qui commandent l'octroi ou non d'un droit de visite du père, mais l'intérêt de l'enfant à voir maintenir ou non les relations personnelles avec son père (Cour, 22 mai 1996, numéro 18635 du rôle).

Le tribunal ne saurait partant interdire au père de voir son enfant au motif que celui-ci aurait d'autres occupations pendant son temps libre. »

**4 Autres mesures légales ou pratiques qui peuvent faire obstacle à la mise en œuvre.**

**a. l'obligation d'entendre de l'enfant**

**4.1. Chapitre 1er-1. - L'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts (L. 20 décembre 1993, Mém. 1993, 2189)**

**Art. 388-1. c. civ.** (L. 27 juillet 1997) (1) Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement,

être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet.

(2) Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée.

(3) Le mineur peut être entendu seul, avec son avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

(4) L'audition du mineur se fait en chambre du conseil.

(5) L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

**4.2. Jurisprudence :**

Cour 8 octobre 1997, P.XXX, 258.

« Pour déterminer s'il est de l'intérêt de l'enfant de confier la garde plutôt à l'un de ses parents qu'à l'autre, les juridictions compétentes prennent en considération les sentiments du mineur capable de discernement et elles recueillent les sentiments du mineur au moyen d'une audition lorsque celui-ci en fait la demande.

L'article 388-1 du Code civil précise que «l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure». Cette disposition n'est contraire ni à la Convention relative aux Droits de l'Enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, ni à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. »

#### 4.3. Procédure en matière d'audition des enfants

##### 4.3.1. Droit commun

#### **TITRE XI - De l'audition de l'enfant en justice**

(L. 27 juillet 1997)

**Art. 1046. n.c.proc. civ.** (1) Lorsque le mineur demande à être entendu en application de l'article 388-1 du code civil, les dispositions suivantes sont applicables.

(2) La demande est présentée sans forme au juge par l'intéressé. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en appel.

(3) La décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours.

La décision par laquelle l'audition est ordonnée peut toutefois être modifiée ou rapportée par une autre décision spécialement motivée lorsque le juge a connaissance d'un motif grave s'opposant à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initialement prévues.

(4) La décision ordonnant l'audition peut revêtir la forme d'une simple mention au plume.

(5) Une convocation en vue de son audition est adressée par la voie du greffe au mineur par lettre recommandée avec avis de réception.

La convocation l'informe de son droit d'être entendu seul, avec son avocat ou une personne de son choix.

Le même jour, le greffier avise les mandataires des parties par simple lettre et, à défaut, les parties elles-mêmes par lettre recommandée avec avis de réception de la décision ordonnant l'audition. L'avis reproduit les dispositions du paragraphe (3).

(6) Lorsque le juge est saisi de la demande d'audition en présence de toutes les parties et du mineur, l'audition peut avoir lieu sur-le-champ. S'il n'est pas procédé à celle-ci immédiatement, la convocation du mineur et l'information prévue au troisième alinéa du paragraphe (5) sont données verbalement.

(7) Lorsque le mineur se présente seul en vue de son audition, le juge lui donne avis de son droit d'être entendu avec son avocat ou une autre personne de son choix. Si le mineur exerce ce droit, l'audition est renvoyée à une date ultérieure.

L'avocat choisi par le mineur doit en informer le juge.

Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert du bâtonnier la désignation d'un avocat.

(8) La décision refusant l'audition est adressée par le greffe au mineur, par lettre recommandée avec avis de réception. Le cas échéant, copie de la décision est adressée à l'avocat du mineur.

(9) La juridiction qui statue collégalement peut entendre elle-même le mineur ou désigner l'un de ses membres pour procéder à l'audition et lui rendre compte.

#### **4.3.2. Dispositions spécifiques**

##### **4.3.2.1. La loi sur la protection de la jeunesse Loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse. (mod. L. 18 août 1995 Mém. 95 p.1913)**

**Art. 29.** Le cas de chaque mineur est examiné séparément en l'absence de tout autre mineur, sauf en cas de confrontations.

Le tribunal de la jeunesse entend le mineur capable de discernement, à moins que l'intérêt du mineur ne s'y oppose.

Le tribunal peut, si l'intérêt du mineur l'exige, soit dispenser celui-ci de comparaître à l'audience, soit ordonner qu'il se retire pendant tout ou partie des débats, soit procéder à son audition en chambre du conseil en présence des seuls avocats des parties.

Le tribunal peut à tout moment, au cours des débats, se retirer en chambre du conseil pour entendre, sur la personnalité du mineur, les experts et les témoins, les parents, tuteur ou autres personnes qui ont la garde du mineur.

Seuls les avocats des parties ont le droit d'assister aux débats en chambre du conseil. Le tribunal peut toutefois y appeler le mineur lorsqu'il l'estime opportun.

##### **4.3.2.2. Délégation et déchéance**

**Art. 1072 n. c .proc. civ.**

« L'affaire est instruite et jugée en audience publique.

Le tribunal entend les père et mère ou tuteur, ainsi que toute autre personne dont l'audition lui paraît utile. **Il peut aussi, s'il l'estime opportun, entendre le mineur. »**

##### **4.3.2.3. Médiateur et médiateur pour enfants etc.**

- Une loi a introduit la fonction de médiateur dans l'organisation administrative du pays. Cette loi du 22 août 2003, qui renforce la position de l'usager du service public par rapport à l'administration et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2003. Le médiateur est désigné par le Parlement. Il interviendra au fond par le biais de recommandations et permettra de soutenir l'usager dans des questions concernant le bien-fondé et le caractère équitable d'une décision administrative.

- Déjà, une loi du 25 juillet 2002 a institué un comité luxembourgeois des droits de l'enfant appelé « OmbudsComité fir d'Rechter vum Kand » (ORK). La mission de l'ORK est de veiller à la sauvegarde et à la promotion des droits et intérêts des enfants. La loi confère au comité certains pouvoirs concernant l'accès aux bâtiments et aux dossiers privés et publics.

##### **4.3.2.4 Le SCAS.**

- **Loi 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire**

## **Chapitre XV. – Du service d'accueil et d'information juridique**

**Art. 189.** Il est institué auprès des juridictions, sous l'autorité du procureur général d'Etat, un service d'accueil et d'information juridique qui a pour mission d'accueillir les particuliers et de leur fournir des renseignements généraux sur l'étendue de leurs droits et sur les voies et moyens à mettre en oeuvre en vue de les sauvegarder.

Un règlement grand-ducal établira les modalités d'organisation et de fonctionnement du service et déterminera la rémunération revenant aux personnes collaborant à ce service.

### **b. autres.**

#### **4.3.3. Médiateur de famille**

Il n'existe pas encore de dispositions légales en matière de médiation familiale. En pratique, certains services offrent une médiation familiale. Le juge a la faculté de guider les parties vers un tel service. Il ne peut pas obliger les parties de ce faire et recherche donc un accord consensuel sur ce point. Le refus de se soumettre à une telle suggestion du juge pourrait être pris en compte dans la décision judiciaire.

Les discussions dans le cadre du projet de loi relatif au divorce démontrent la réflexion sur la médiation familiale :

#### **« Extrait des discussions actuelles sur le projet de divorce**

« De telles considérations expliquent la nécessité de recourir à des formes alternatives aux voies judiciaires classiques, comme la médiation familiale, pour faciliter la négociation de résolution des conflits familiaux. » [No 46.280 -Doc. parl. 5155 Projet de loi portant réforme du divorce.] «

#### **Avis du Conseil d'Etat (16 mars 2004)**

« Seul un professionnel accrédité qui est une personne neutre peut venir aider les couples lors de leurs discussions et leurs négociations. A l'instar du Conseil de l'Ordre du barreau de Luxembourg, le Conseil d'Etat estime qu'une simple allusion dans le projet du texte à la possibilité de médiation est insuffisante, mais que la reconnaissance de la médiation par le droit exige la mise en place d'un véritable statut pour la médiation. Tant l'organisation de la profession que le financement de la mesure sont des points importants à clarifier.

Le Conseil d'Etat, tout en se prononçant pour l'application de modes alternatifs de règlement de conflits dans le but de trouver des solutions visant à pacifier les relations entre les époux, estime cependant que cette démarche ne doit en aucun cas stigmatiser ceux qui n'arrivent pas à un accord, car les parties ont droit à l'application de la règle de droit. Les formes alternatives de régulation des différends familiaux relativisent la place du droit et le Conseil d'Etat se rallie à l'opinion de Madame Marie-Thérèse Meulders-Klein qui soutient que «Les modes alternatifs, tendant au règlement négocié plutôt que contentieux des litiges ne peuvent se substituer au processus judiciaire, mais doivent s'articuler à lui», (Les modes alternatifs de règlement de conflits en matière familiale, analyse comparative, R. crit. Dr. C. 1997, p. 384). »

#### **Annexe : organisation judiciaire en matière de droit de la famille**

Comme droit civil, le droit de la famille est une part du code civil.

La Constitution charge les cours et tribunaux de l'exercice judiciaire. Les tribunaux civils sont seuls compétents pour trancher les litiges de droit civil (art. 84 const.).

La loi mod. du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ( voir :Code Administratif, V° Cours et tribunaux) divise le pays en **deux arrondissements judiciaires** (art.10) avec chacun un tribunal d'arrondissement (Luxembourg et Diekirch).

Il y a **trois justices de paix** (art.1er), deux dans l'arrondissement de Luxembourg (Luxembourg et Esch) et un dans l'arrondissement de Diekirch. Le juge de paix peut également tenir des audiences dans d'autres localités. Le juge de paix a compétence d'attribution et connaît les affaires civiles, commerciales et de police. Dans le cadre familial, il connaît de toutes les demandes de pension alimentaires à l'exception des instances de divorce ou de séparation de corps (art.4 n.c.pr.c.1011 n.c.pr.c. pour l'obligation de contribution aux charges du mariage). Les parties peuvent se présenter personnellement devant le juge de paix et n'ont pas besoin de l'assistance d'un avocat. En pratique cependant, il est d'usage de se faire représenter par un avocat. L'appel sera soumis au tribunal d'arrondissement.

Le **tribunal d'arrondissement** est le juge de droit commun. En l'absence d'un tribunal spécial pour les affaires familiales, la plupart des affaires sont à soumettre à ce tribunal (comme p. ex. les affaires relatives à l'état et la capacité des personnes, relatives à la filiation et l'adoption, le mariage et le divorce, les successions etc.).

Le tribunal d'arrondissement comprend 17 chambres<sup>27</sup> chargées des affaires en matière civiles, commerciales et correctionnelles (dr.pénal). Une section spéciale constitue le tribunal de la jeunesse et des tutelles (art.15) qui comprend un juge directeur et d'un juge de la jeunesse et deux resp. un juge (Diekirch) des tutelles. Le tribunal de la jeunesse connaît seul des affaires qui lui sont attribuées par la législation sur la protection de la jeunesse ( L 10 août 92) et par les dispositions légales relatives aux administrations légales, aux tutelles et autres mesures de protection à l'égard des incapables (L.6.6.1990).

Le **ministère public** est représenté auprès des cours et tribunaux et exerce ses fonctions, sous l'autorité du Ministre de la Justice, par le procureur général d'Etat qui a, sous sa direction, les avocats généraux, les procureurs d'Etat et les substituts.

Le ministère public doit être entendu chaque fois que le tribunal d'arrondissement statue sur les mesures provisoires ou définitives relatives à la personne, aux aliments et aux biens d'enfants mineurs non émancipés dont le père ou la mère sont en instance de divorce ou en séparation de corps. (art.15 al.5).

L'appel des décisions **du tribunal d'arrondissement est à soumettre à la Cour supérieure de Justice** qui a son siège à Luxembourg. La Cour comprend une **cour de Cassation** et une **Cour d'appel** avec 10 chambres<sup>28</sup>. La Cour d'appel connaît des affaires civiles, commerciales, criminelles et correctionnelles ainsi que les appels du tribunal de travail.

La **Cour de Cassation** est la juridiction suprême ne statue qu'en droit sur les affaires lui soumises en dernière instance soit comme recours contre une décision de la justice de paix soit contre une décision de la Cour d'appel.

Il convient d'ajouter la **Cour constitutionnelle** qui peut être saisie par toute juridiction en vertu d'une question préjudicielle ayant trait à la conformité de la règle de droit interne évoquée devant cette juridiction avec les dispositions pertinentes de la Constitution luxembourgeoise. (voir ci-avant 2.b.)

---

<sup>27</sup> à partir du 16 septembre 2004 (en vertu de la loi du 12 août 2003) art. 25

<sup>28</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 2005 art. 39 (2)

## **PARTIE 2. L'EXECUTION DES DECISIONS DANS LES CAS TRANSFRONTALIERS**

Note : en complément au rapport luxembourgeois de 2004 concernant les réponses au questionnaire de la Convention de La Haye de 1980 nous précisons un certain nombre d'éléments dans notre rapport.

### **C. Décisions de retour sous la Convention de la Haye de 1980 et, après 1 Mars 2005, Règlement 2201/2002**

Il n'existe pas de dispositions spécifiques par rapport à l'exécution des décisions de retour. Seul le droit commun est applicable.

#### **1. Base légale pour l'exécution.**

Dans la présente partie, nous exposons d'une façon générale (à défaut de procédure spéciale) la base légale et la procédure qui en découle.

##### **1.1. Le Parquet.**

Le nouveau code de procédure civile prévoit au « TITRE XIV.- De l'entraide judiciaire internationale en matière de droit de garde et de droit de visite des enfants » (L. 10 août 1992) des dispositions particulières qui s'appliquent aux conventions internationales bi- ou multilatérales énumérées à l'article 1108 n.c.pr.civ.-

Cet article dispose : « *Les dispositions du présent titre s'appliquent aux demandes introduites sur la base des conventions suivantes:*

- 1) Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, signée à Luxembourg le 20 mai 1980;*
- 2) Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, signée à La Haye le 25 octobre 1980;*
- 3) Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume de Belgique relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987;*
- 4) Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la France relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987.*
- 5) (L. 18 mars 1995) Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République Portugaise relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de visite, signée à Lisbonne, le 12 juin 1992. »*

Conformément à l'article 1109 n.c.pr.civ., l'exécution des décisions ordonnant le retour d'un enfant se fait à l'initiative du Parquet alors que le procureur d'Etat ( l'Autorité centrale au sens de la Convention de La Haye de 1980 au Luxembourg est le procureur général d'Etat) a qualité pour intenter toutes actions relatives à l'application des conventions précitées. Dans sa mission d'exécution, le Parquet peut recourir, si nécessaire, à la force publique mais peut également recourir au service du SCAS (service central d'assistance sociale). Ce service fonctionne sous l'autorité du procureur général d'Etat, et comprend des psychologues et des assistants sociaux. Il peut également recourir aux professionnels en la matière comme les services de la

polyvalence de secteurs des assistants sociaux, à des psychologues ou aux services de médiation familiale ou de l'enfance etc.

Le règlement communautaire Bruxelles IIbis (règlement (CE) 2201/2003) sera probablement à ajouter à cette liste énumérée à l'art. 1108 n.c.pr.civ. alors que ces dispositions s'appliquent à la convention de La Haye et que le règlement CE s'applique cumulativement dans tous les Etats membres (à l'exception du Danemark) avec cette convention. Il n'existe pour l'instant pas encore de jurisprudence en cette matière il nous est impossible de vérifier la pratique judiciaire.

## **1.2. Autres acteurs**

A côté du procureur d'Etat, l'article 1109 n.c.pr.civ. prévoit que « Le présent article ne fait pas obstacle à la faculté pour toute personne intéressée de saisir directement, à tout moment de la procédure, la juridiction compétente, ni pour l'autorité centrale, de charger un avocat. » Ainsi, toute partie ayant un intérêt comme par exemple le parent dessaisi peut entamer également avec ou sans l'Autorité centrale une procédure pour le rapatriement de son enfant enlevé illégalement.

## **1.3. La jurisprudence**

### **1.3.1. La jurisprudence traditionnelle.**

Il existe très peu de cas soumis aux juridictions luxembourgeoises en la matière notamment quant à l'exécution des décisions de retour en cas d'enlèvement international illégal de sorte qu'il nous est impossible d'en faire une analyse exhaustive.

1.3.1.1. Rappelons la position traditionnelle de la jurisprudence en matière d'état et de capacité des personnes dont font partie les décisions de garde d'enfant. « Les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes jouissent au Luxembourg de l'autorité de la chose jugée; il en est ainsi spécialement des décisions étrangères concernant la garde des enfants mineurs et l'obligation alimentaire, alors que ces décisions se rattachent étroitement à l'institution du divorce et de la séparation de corps dont elles sont une conséquence directe. » (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du 6. juillet 1955 P. XVI p. 415.)

Les décisions étrangères définitives sont donc reconnues au Luxembourg sans exequatur dans la mesure où elles ne donnent pas lieu à des actes d'exécution matérielle. Mais il faut une décision d'exequatur pour exécuter les mesures ou pour prendre des mesures de coercitives. Bénéficie ainsi de l'autorité de la chose jugée, les décisions étrangères ayant statué sur la garde des enfants et accessoirement à un divorce. Mais dès qu'il y a contestation sur la garde, il faut soumettre les jugements étrangers à une procédure d'exequatur qui rend la force exécutoire au Luxembourg à la décision étrangère. (en ce sens également F. Schockweiler op. cit. § 995 p. 228). [voir plus loin § 1.4.1.]

### **1.3.1.2. Jurisprudence sur les conventions bilatérales**

1.3.1.2.1. Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République Portugaise relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de visite, signée à Lisbonne, le 12 juin 1992. (L. 18 mars 1995)

### **Cour d'Appel de Luxembourg du 29 mai 2000 (Rôle n° 24202)**

« Suivant la convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République Portugaise relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite, signée à Lisbonne le 12 juin 1992, approuvée par la loi du 18 mars 1995 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1995, les tribunaux de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sont seuls compétents pour statuer en matière de droit de garde et de droit de visite, sauf dans le cadre d'une procédure en divorce ou en séparation de corps (art.3, al. la). En outre, suivant alinéa 2 dudit article 3, "le tribunal saisi d'une instance en violation du paragraphe 1 se prononce d'office et à tout moment incompetent pour en connaître". Il se dégage de la requête introductive d'instance que l'enfant fréquentait à ce moment une école au Portugal et que partant il y avait sa résidence habituelle, que ce soit auprès de sa grand-mère ou de sa mère. La circonstance que le mineur était encore déclaré sur les registres de la population de la Ville de Luxembourg à la date du dépôt de la requête, ne l'empêchait pas de résider en fait et habituellement au Portugal à la susdite date. Il s'ensuit que les juridictions luxembourgeoises sont incompetentes pour statuer sur le droit de garde et sur le droit de visite concernant le mineur. »

**1.3.1.2.2.** Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume de Belgique relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987  
Note : cette convention ratifiée par le Luxembourg ne semble pas être entrée en vigueur en Belgique. Pourtant les juridictions luxembourgeoises ont appliqué cette convention.

**Cour d'Appel de Luxembourg du 22 janvier 2001 (Rôle n°s 24073 & 25122) P. XXXII. p. 198**

« La Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 tout comme la Convention bilatérale approuvée le 10 août 1992 entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume de Belgique relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987, a pour objet d'assurer le retour des enfants mineurs de moins de 16 ans, quelle que soit leur nationalité, déplacés ou retenus illicitement dans l'un des Etats concernés, par une action en retour immédiat ou par une action en reconnaissance et exécution des décisions judiciaires relatives au droit de garde. L'entraide s'étend également à l'organisation et à la protection du droit de visite.

L'article 10 de la Convention de Luxembourg dispose que dans les cas autres que ceux visés aux articles 8 et 9 (déplacement d'un enfant mineur sans droit), la reconnaissance ainsi que l'exécution peuvent être refusées s'il est constaté qu'en raison de changements de circonstances incluant l'écoulement du temps mais excluant le seul changement de résidence de l'enfant à la suite d'un déplacement sans droit, les effets de la décision dont l'exequatur est sollicité ne sont manifestement plus conformes à l'intérêt de l'enfant.

Dans cette hypothèse, l'autorité relevant de l'Etat requis doit prendre connaissance du point de vue de l'enfant, à moins qu'il n'y ait la capacité de discernement de celui-ci (article 15) et peut demander que des enquêtes appropriées soient effectuées. Cependant même dans cette hypothèse, l'intervention d'un avocat pour défendre les intérêts de l'enfant mineur n'est pas prévue. L'article 4 de la Convention de Luxembourg dispose que "toute personne qui a obtenu dans un Etat contractant une décision relative à la garde d'un enfant...". Il s'en suit que la Convention s'applique aussi bien aux père et mère de la mineure qu'à ses proches parents, comme en l'espèce aux grands-parents, et même à de tierces personnes en l'absence d'une définition précise donnée à l'article premier.

Les effets de la Convention seraient considérablement limités si elle avait pour seul objectif de régler les conflits entre les seuls père et mère de nationalité différente d'enfants mineurs, dès lors que souvent les conflits surgissent, non seulement à la suite du divorce des parents légitimes de nationalité différente, mais souvent à la mort de l'un des parents ou son incapacité. »

**1.3.1.2.3.** La convention avec la France bien que ratifiée par le Luxembourg n'a pas encore été ratifiée par la France.

### **1.3.2 Compétence résiduelle ou préventive**

Par ailleurs, le juge du *for* est toujours subsidiairement compétent pour prendre des mesures d'urgence à l'égard d'un mineur. On notera qu'un enfant qui se trouve sur son territoire et dont la situation n'est pas clairement établie respectivement qu'il y a un risque que cet enfant se trouve illégalement sur son territoire celui-ci pourrait faire l'objet d'une décision du juge des tutelles qui peut même se saisir lui-même. Dans ce cas, et afin de ne pas consolider *de facto* une situation illégale, le juge des tutelles pourrait placer l'enfant dans une structure d'accueil en attendant qu'une procédure soit engagée conformément p. ex. à la convention de La Haye et au règlement CE précité..

Ainsi, la **Cour d'Appel de Luxembourg du 29 juin 1984**, P. XXVI, 188 précise :

« Dans les cas exceptionnels où un mineur a sa résidence habituelle en un lieu qui n'est pas son domicile légal, c'est le juge des tutelles dans le ressort duquel le mineur a sa résidence habituelle qui est compétent pour connaître des mesures de protection légale.

Spécialement, lorsqu'un mineur à protéger est de nationalité étrangère et qu'il a son domicile à l'étranger, mais que sa résidence habituelle est au Grand-Duché, la nécessité d'une protection efficace des intérêts de ce mineur exige, à défaut de règle de compétence spéciale déterminée par une convention internationale, d'étendre à l'ordre international la règle de compétence territoriale interne.

Il s'ensuit que le juge des tutelles luxembourgeois est notamment compétent pour statuer sur une demande en autorisation de vente d'un immeuble appartenant à un mineur de nationalité étrangère domicilié hors du Grand-Duché mais y résidant de façon habituelle. »

On ajoutera également un jugement du tribunal des tutelles de Luxembourg a décidé le 6.12.1984 (rôle: 99/84)

« Attendu que d'après les principes généraux du droit international privé la protection des incapables partant l'organisation d'une tutelle au profit d'un mineur, doit avoir lieu selon la loi nationale;

Attendu que néanmoins, en cas de difficultés de mise en oeuvre de la loi étrangère, les tribunaux peuvent toujours, à titre provisoire, pourvoir à la protection d'un incapable selon leur propre loi, s'il y a urgence et absence de protection légale conforme à la loi personnelle; (V.Civ. fr. 10 mars 1923 D.H. 1924.3, J.1924,163, R. 1924,136; Civ. fr. 7 mai 1928.1.238, J.1929.431); Attendu qu'en l'espèce, même à supposer que les parents restent en vie, il y a lieu à application de l'article 376 du Code civil qui prévoit que perd l'autorité parentale sur son enfant mineur celui des père et mère qui se trouve hors d'état de manifester sa volonté en raison notamment de son éloignement. »

On notera également que sur base de la législation sur la protection de la jeunesse (voir 1<sup>ère</sup> partie du présent rapport), le Procureur général d'Etat peut prendre une mesure de garde provisoire. En pratique encore l'enfant sera placé dans une structure d'accueil (foyer)<sup>29</sup> en attendant que le tribunal puisse statuer.

### **1.3.2 Jurisprudence relative à la Convention de La Haye 1980**

---

<sup>29</sup> Sur ces structures d'accueil, voir Jos Bewer (+) et Michel Neyens, La protection de l'enfance et de la jeunesse dans les pays de la Communauté Européenne : Luxembourg. ASEA Angers, 1992.

Rappelons que cette convention ne règle pas le problème de garde ou le droit de visite mais tend à réintégrer immédiatement l'enfant illégalement enlevé dans son milieu naturel caractérisé par sa résidence habituelle (sauf quelques exceptions restrictives limitativement énumérées par la convention et d'interprétation restrictive) la juridiction de la résidence habituelle demeure compétente pour se prononcer sur ces droits.

Nous reproduisons quelques décisions judiciaires quant à la convention de La Haye de 1980 :

**1.3.2.1.** Référé du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 octobre 1992 ( Rôle n° 1895/92)

« L'article 2 de la loi du 16 mai 1986 portant approbation de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants prévoit que le Procureur Général d'Etat est désigné comme l'autorité prévue par l'article 6 de la Convention. L'article 7 f) de cette convention oblige les autorités centrales d'agir directement, soit avec le concours de tout intermédiaire pour introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative, afin d'obtenir le retour de l'enfant. Il s'ensuit que le Procureur Général d'Etat peut agir soit directement soit avec le concours de tout intermédiaire pour intenter la présente action. L'article 897-1 nouveau du Code de procédure civile prévoit que le Procureur d'Etat a qualité pour intenter toutes les actions relatives à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Cet article ainsi que toute la procédure versée en cause, oblige le Procureur d'Etat de Luxembourg d'agir en son nom devant les juridictions compétentes, pour avoir été saisi de cette affaire par les autorités portugaises et par le Parquet Général de Luxembourg. Le Procureur d'Etat n'ayant pas été saisi directement par le sieur José Manuel T. A. pour lequel il entend d'agir dans la présente instance. L'alinéa 2 de l'article 897-1 nouveau du Code de procédure civile autorise expressément toute personne intéressée et notamment le père des enfants enlevés, de saisir directement la juridiction compétente en se basant sur ladite Convention. Il s'ensuit que la présente instance doit ou bien être introduite directement par le Procureur d'Etat, qui a qualité pour agir, ou bien par toute personne intéressée mais alors sans intervention du Procureur d'Etat. »

**1.3.2.2.** L'arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 03/05/2000 (N° du rôle 24115 & 24134; P. XXXI p.334) est un autre exemple (rare) de cette application.

« La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants en application de laquelle le Procureur d'Etat a introduit la demande en organisation d'un droit de visite attribue en principe, suivant ses articles 10 et 12, compétence aux autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant où se trouve en fait l'enfant, la présence de l'enfant dans un Etat contractant pouvant être fortuite ou passagère. La compétence des autorités de l'Etat contractant où se trouve en fait l'enfant s'impose lorsqu'il s'agit d'assurer le retour immédiat de l'enfant victime d'un déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention ou encore lorsqu'il s'agit d'exécuter un droit de visite ponctuel. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, la juridiction d'un Etat contractant est saisie d'une demande tendant à attribuer pour la première fois et à aménager suivant l'intérêt de l'enfant un droit de visite destiné à être exercé régulièrement à l'avenir, elle ne saurait pour asseoir sa compétence territoriale, référer à la simple présence passagère de l'enfant concerné sur son territoire. Il y a lieu, dans ce cas, d'attribuer compétence au juge de la résidence habituelle de l'enfant qui est le mieux placé pour apprécier l'intérêt de l'enfant. La compétence du juge de la résidence habituelle de l'enfant pour statuer sur le fond du droit de garde ou de visite est admise implicitement par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980,

en ce qu'elle dispose dans son article 19, qu'une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit (cf, Fallon et Lhoest, Rev. trim. droit familial, 1999 no 23 ; Rapport Pérez-Vera, no 16).

Cette compétence est encore imposée par le droit international privé luxembourgeois en cette matière. »

**1.3.2.3.** Sur base de l'art. 13 (principe de non-séparation de la fratrie) l'arrêt reproduit ci-après est une illustration du rejet d'une demande de retour

#### **Cour d'Appel de Luxembourg du 21 décembre 1992 (Rôle n° 14852).**

« Par exploit d'huissier du 4.11.1992, le Procureur d'Etat se prévalant des dispositions de l'article 1904 du Code civil portugais et des articles 2 et 12 de la Convention de La Haye du 25 novembre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, avait requis le juge des référés d'ordonner un retour immédiat des enfants D. et M. auprès de leur père J., demeurant au Portugal, les enfants étant depuis le décès de leur mère retenus au Grand-Duché par les grands – parents maternels. » (Les faits sont également cités par Me Vogel, Le divorce au Luxembourg, Larquier, 2<sup>e</sup> éd., 1998, § 424 p. 415)

« Les appelants, pour faire échec à l'action du Ministère Public, font état de l'article 13 de la Convention édictant que l'autorité judiciaire n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu' « il existe un risque grave » que le retour de l'enfant risque d'entraîner « un danger physique ou psychique ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable » ; dans ce contexte ils avancent que l'enfant M. serait de santé fragile et qu'il serait intolérable de séparer les deux filles, le retour immédiat de D., sa sœur, n'ayant pas été ordonné par la décision entreprise, acceptée sur ce point par le Ministère Public et par le père qu'il représente dans la présente procédure.

Il résulte d'un certificat médical établi le 6 octobre 1982 par le docteur P. que l'enfant M, « est d'une grande sensibilité nerveuse » provoquant des alcopécies (sic) répétées déjà après de petits incidents émotionnels (p. ex. : querelle familiale..) et qu'elle aura besoin d'un milieu calme et rassurant.

Or, il est à craindre qu'habitée à l'environnement psychiques sérieux si elle venait à être séparée brutalement de D. [son frère] qui continuera à demeurer au Grand-Duché en attendant une solution sur le fond du droit de garde (non affecté par une décision rendue dans le cadre de la Convention – art. 19 de la Convention).

Dans les conditions données, la demande du Ministère Public concernant l'enfant M. est à déclarer non fondée ».

(comp. Dans le même sens T. d'arr. de Lux. 3 juillet 1997 (rôle n° 55781)

**1.3.2.4.** Les conventions antérieurement conclues restent applicables comme le montre la décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 juin 2000 (Rôle n° 63849) que nous reproduisons par extrait à titre de complément d'information.

« Conformément à l'article 2 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, approuvée par la loi du 17 mai 1967, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur prennent les mesures prévues par la loi interne. L'attribution du droit de garde, du droit de visite et d'hébergement est dès lors soumise à la loi luxembourgeoise, si les enfants concernés ont leur résidence habituelle au Grand-Duché de Luxembourg, tandis que la loi portugaise est applicable à l'enfant vivant au Portugal auprès de ses grands-parents.

En application de l'article 4 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, approuvée par la loi du 6 juin 1981, la loi interne de la résidence

habituelle des enfants créanciers d'aliments régit la question de la pension alimentaire à payer par les père et mère en cas de divorce. L'enfant résidant au Portugal ensemble avec ses grands-parents maternels, les dispositions de l'article 1874 du code civil portugais sont applicables à la pension alimentaire que le père doit payer pour assurer son entretien et son éducation.

En ce qui concerne le secours alimentaire à titre personnel, il y a lieu d'appliquer aux obligations alimentaires entre époux divorcés, la loi appliquée au divorce conformément aux dispositions de l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, approuvée par la loi du 6 juin 1981.

Une demande en dommages-intérêts doit être déclarée irrecevable pour autant qu'elle est basée sur l'article 301 du code civil. En effet, cet article constitue une disposition spécifique du droit de divorce luxembourgeois laquelle ne trouve pas à s'appliquer à un divorce entre deux ressortissants portugais régis par la loi portugaise (voir notamment TA lux 20.2.1992 no 43980) »

**1.3.2.5.** Les principes tirés des conventions La Haye en la matière peuvent trouver à s'appliquer ou à inspirer les juridictions luxembourgeoises dans un cas où l'Etat de la nationalité n'avait pas adopté cette convention. A titre d'exemple nous reproduisons un extrait d'une décision.

#### **Tribunal d'Arrondissement du 15 novembre 1985 (rôle n° 21/85)**

« En l'absence de convention internationale réglant les conflits de loi ou de juridictions pouvant naître entre l'Italie et le Grand-Duché de Luxembourg, il y a lieu d'appliquer les principes généraux du droit international privé. La Convention de la Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle des mineurs dont fait état la défenderesse et aux termes de l'article 3 de laquelle la loi de la résidence de la mineure serait applicable est bien encore en vigueur entre l'Italie et le Grand-Duché de Luxembourg. Elle ne peut cependant pas être appliquée en l'espèce alors que son objet se trouve limité à l'organisation des tutelles et ne concerne pas les problèmes en rapport avec l'exercice de l'autorité parentale par l'un ou l'autre des parents d'un enfant naturel. L'attribution de l'autorité parentale et plus généralement toutes les actions relatives au statut d'un mineur sont régies par sa loi nationale. Il est en effet généralement admis que l'autorité parentale sur un enfant naturel constitue plutôt une mesure de protection pour le mineur qu'un droit des parents et doit ainsi entraîner l'application de sa loi nationale ( Planiol et Ripert T. 1. Nr 303). Ceci aura également pour avantage de faire régir par une même loi l'autorité parentale et la tutelle qui peut lui succéder. La prépondérance de la loi nationale de l'enfant est encore consacrée par la Convention de la Haye de 1961 concernant la compétence et la loi applicable en matière de protection des mineurs de sorte qu'il n'est pas interdit au tribunal luxembourgeois de s'inspirer des principes qui ont conduit à la signature et à la ratification de cette convention, bien qu'elle n'ait pas été ratifiée par l'Italie. »

#### **1.4. Le droit communautaire**

Antérieurement au règlement (CE) 2201/2003, la jurisprudence luxembourgeoise reconnaît les jugements étrangers de divorce comprenant également des mesures de garde des enfants mineurs. A titre d'illustration nous reproduisons une décision en ce sens.

##### **1.4.1 Jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 25 novembre 1993 (Rôle n°48276)**

« Les jugements étrangers prononçant le divorce sortent leurs effets légaux au Luxembourg, indépendamment de toute transcription sur les registres de l'état civil, dans la mesure où ils

concernent l'état des personnes et ne doivent pas donner lieu à des mesures d'exécution à l'égard de biens ou de personnes. De même, bénéficient de l'autorité de la chose jugée les décisions étrangères ayant statué sur la garde des enfants et l'obligation alimentaire accessoirement au divorce. En tant que se rattachent à cette institution, elles sont considérées comme relevant de l'état et de la capacité des personnes (F. Schockweiler: Les conflits des lois et les conflits de juridiction en droit international privé luxembourgeois, nos. 987 et suivants, notamment no. 989, et la jurisprudence y citée). »

**1.4.2.** Le droit communautaire notamment le Règlement (CE) 2201/2003 directement applicable à partir du 1<sup>er</sup> mars 2005 est trop récent pour qu'une jurisprudence pertinente puisse s'établir.

On a cependant trouvé des applications du règlement (CE) 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2001

Ainsi, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg statuant en matière de référé le 10.05.2004. (rôle n°86645; 196/2004) dispose :

« L'assigné soulève *in limine litis* l'incompétence *ratione loci* du juge des référés saisi au motif que les enfants se trouveraient sur le territoire portugais.

La requérante quant à elle soutient que les enfants auraient leur domicile habituel à Luxembourg et que le père les maintiendrait contre le gré de la mère au Portugal.

En raison de l'élément d'extranéité existant dans le présent dossier - les époux résident dans des Etats différents -, il convient de faire application des règles de conflit de juridictions du droit international privé luxembourgeois et de faire abstraction des règles de compétence territoriale interne.

Il incombe en effet de faire application du règlement (CE) numéro 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2001.

Ce règlement, contraignant et directement applicable, est, notamment, destiné à empêcher le « forum shopping » et, tout en évitant la contrariété des décisions judiciaires à l'intérieur de l'Union européenne, à faciliter la circulation de ces décisions dans la matière concernée. Il couvre la responsabilité parentale des enfants communs pour toutes les questions qui présentent un lien étroit avec une procédure de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, y compris les questions tenant au droit de visite et d'hébergement.

L'article 3 du présent règlement, pertinent en la matière, limite dans son paragraphe premier la compétence aux juridictions de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant. »

## **1.5. La procédure**

### **1.5.1. Compétence et procédure**

La procédure est initiée en principe par le Procureur d'Etat (mais comme on l'a vu le parent gardien peut également mettre en œuvre directement selon l'article 1109 du n. code pr. civ. la procédure en question.

Le parent gardien n'a pas à comparaître personnellement pour déclencher la procédure mais peut se faire représenter par un avocat par exemple.

Cependant en cas de nécessité, le tribunal a la latitude de demander la comparution personnelle du parent gardien.

Par contre, le parent ravisseur sera toujours assigné à comparaître<sup>30</sup>. Si le cas requiert célérité, le juge peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou habituellement chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes. Ainsi, nous avons connaissance qu'un président du tribunal d'arrondissement à titre préventif s'est déplacé ensemble avec son greffier et le parent gardien à l'aéroport et au seuil de l'avion du parent « ravisseur *in spe* » a pris une ordonnance maintenant l'enfant chez son parent gardien.

**Art. 1110. n.c.pr.civ.**

Le président du tribunal d'arrondissement dans la juridiction duquel l'enfant a été trouvé est compétent pour statuer sur toute action concernant le retour immédiat. Il statue comme en matière de référé.

**1.5.2.. Procédure d'exécution d'une décision étrangère**

S'il s'agit d'une décision étrangère qui doit être rendue exécutoire sur le territoire luxembourgeois, le nouveau code de procédure prévoit deux procédures d'exequatur soit la procédure ordinaire soit la procédure prévue pour différentes conventions en matière de droit de garde et de visite énumérées à l'art. 1108 n.c.pr.civ. Cette dernière procédure est simple et sans coût pour le requérant. C'est donc cette dernière qui s'applique à une demande de retour d'un enfant à sa résidence habituelle.

**Art. 1111. n.c.pr.civ.**

La demande en reconnaissance et en exécution d'une décision étrangère est présentée par voie de requête au président du tribunal d'arrondissement dans la juridiction duquel l'enfant a sa résidence ou est présumé résider, sinon au président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Le demandeur doit faire élection de domicile dans le ressort du tribunal saisi.

**Art. 1112 n.c.pr.civ.**

Il est statué sur la demande par ordonnance du président, sans que la partie contre laquelle l'exécution est demandée puisse, en cet état de la procédure, présenter d'observation. La requête ne peut être rejetée que si la décision étrangère ne remplit pas les conditions prévues par la convention invoquée pour pouvoir être reconnue et exécutée. En aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond. L'ordonnance est notifiée au requérant par lettre recommandée à la diligence du greffier.

**1.5.3. Voies de recours**

Les délais pour exercer une voie de recours sont abrégés dans la procédure d'exequatur applicable à la Convention de La Haye.

**Art. 1113 n.c. pr. civ.**

Si l'exécution est autorisée la décision fixe au requérant le délai, qui ne peut être supérieur à **15 jours**, dans lequel la signification de la décision doit être effectuée à peine de caducité. Contre la décision autorisant l'exécution la partie contre laquelle l'exécution est demandée peut former un recours devant la Cour d'appel dans les **8 jours** de la signification. Le recours est introduit par exploit d'huissier contenant assignation à comparaître à la partie poursuivant l'exécution et est jugé comme matière sommaire et urgente.

<sup>30</sup> Le cas échéant et pour autant que le parent ravisseur ne demeurerait pas sur le territoire, ce qui est rarement le cas en la matière le délai de comparution peut être augmenté des délais de distance qui sont à l'intérieur des pays de l'UE et de EEE de 15 jours supplémentaires qui s'ajoutent aux délais ordinaires de comparution (art. 167 et 168 n.c.pr.civ.).

La décision rendue sur le recours ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation dans les formes et délais prévus en matière civile. (= c.à.d. selon le droit commun).

On notera qu'en principe le pourvoi en cassation qui est mesure de recours extraordinaire n'est pas suspensif de sorte que l'exécution provisoire pourrait se faire.

Jurisprudence

**Cour d'appel du 21 Décembre 2005**, 2e Chambre, Référé (rôle n° 30341) BIJ 2006 p. 13

« L'article 939 du Nouveau Code de procédure civile prévoit en ses alinéas premier et second que:

"L'ordonnance de référé peut être frappée d'appel dans un délai de quinze jours à partir de la signification. En cas de défaut, elle est susceptible d'opposition dans un délai de huit jours, à partir de la signification, lequel court simultanément avec le délai d'appel".

La disposition afférente résulte du règlement grand-ducal du 25 novembre 1983 qui a notamment introduit la voie de recours de l'opposition en matière de référé.

D'après les documents parlementaires en question (cf. n° 2639, Exposé des motifs sub article 811-1 C.P.C., actuellement article 939 N.C.P.C.), il y avait lieu d'«admettre l'opposition, concurrentement avec l'appel. Les délais de ces deux voies de recours devront courir simultanément, la partie condamnée pouvant choisir la voie qui lui convient. De cette façon, on assure que l'ordonnance prenne assez rapidement un caractère définitif. Quant à la durée de ces délais, celui de l'opposition est de huit jours, alors que celui de l'appel est de quinze. Ils courent à partir de la signification à personne ou à domicile».

La signification ne conditionne le droit ni d'appeler ni, d'ailleurs, de former opposition et il n'existe pas de disposition légale sanctionnant d'irrecevabilité, pour être prématuré, un appel formé avant l'expiration du délai d'opposition. La solution retenue par l'article 939 du Nouveau Code de procédure civile implique même le contraire. »

**Cour d'appel de Luxembourg du 27.01.2005** – 9e Chambre – Arrêt civil – (rôle n° 27743)

« La Cour d'appel, dans un arrêt du 1er juillet 1992 (P. 29, 12) a retenu que le défaut-congé implique toujours rejet de la demande et constitue une décision judiciaire contre laquelle opposition et appel sont possibles.

(...)

Dans un arrêt du 5 mai 1952 (BC 1952, 2, N° 176, p.135), la Cour de Cassation française a admis la possibilité pour une partie, après avoir formé opposition à un jugement par défaut, d'interjeter appel de cette même décision, ce fait constituant un désistement tacite à l'égard de la première des voies de

recours, du moment qu'il n'était en rien établi que la procédure d'opposition eût été déjà liée.

L'instance est en principe liée lorsque le défendeur a déposé ses conclusions au fond (Encycl. Dalloz, Proc. civ. et com., v° Désistement N°36). »

#### **1.5.4. Instructions ou directives**

A noter qu'il n'existe ni de circulaire, ni de directive ou guide pratique établi par les autorités luxembourgeoise portant sur l'exécution de décisions judiciaires en matière de droit de la famille qui gouvernent l'exécution des décisions de retour. Comme le Parquet est chargé de l'exécution des décisions judiciaires ordonnant le retour immédiat de l'enfant, et que celui-ci est organisé hiérarchiquement l'autorité centrale en la personne du Procureur général d'Etat peut donner des instructions ou des directives aux procureurs d'Etats.

### 1.5.5. Exécution

L'exécution peut se faire immédiatement à la signification de la décision. En effet il s'agit la plupart des cas d'une décision d'urgence prise en référé et dont l'exécution peut avoir lieu sur minute et avant enregistrement nonobstant les voies de recours. Pour la signification des actes de procédures et des décisions judiciaires voir : Règlement (CE) no 1348/2000, du 29 mai 2000, relatif à la signification et la notification dans les États membres des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale<sup>31</sup>;

### 1.5.6. Frais

Il n'existe pratiquement pas de frais pour le parent gardien (sauf frais de rapatriement éventuellement voir ci-après 2.3.) Voir cependant la déclaration du Luxembourg lors de la ratification de la Convention de La Haye de 1980 précise :

« **Art. 3.** Le Gouvernement est autorisé à déclarer qu'il ne sera tenu au paiement des frais visés à l'article 26, alinéa 2 de la Convention, à savoir des frais liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique, ou aux frais de justice, que dans la mesure où ces coûts sont couverts par le système luxembourgeois d'assistance judiciaire et juridique. » (Mém. 1986, 1379) Le Gouvernement luxembourgeois a fait une telle réserve.

Si une signification par exploit d'huissier est nécessaire dans le cadre d'une procédure de retour d'un enfant par le Procureur d'Etat, ces frais seront pris en charge par l'Etat (via le budget du Ministère de la Justice) Pour le surplus, l'intervention des autres services publics n'engendrent pas de frais pour le parent, les frais étant pris intégralement en charge par l'Etat.

## 2. Procédure et pratique concernant les décisions de retour en vertu de la Convention de La Haye ou du Règlement 2201/2003

2.1. En principe, le procureur général d'Etat est compétent pour exécuter les décisions de retour.

En pratique, le Procureur « essaie d'amener le parent ravisseur à exécuter volontairement la décision ordonnant le retour. Il n'est cependant pas d'usage de fixer à cet effet un délai au parent ravisseur. »<sup>32</sup>

### 2.2. Mesures provisoires en attendant l'exécution

Le Procureur peut également, sur base de la législation sur la protection de la jeunesse, prendre une mesure de garde à l'encontre du mineur et par exemple placé l'enfant dans un établissement ou chez un tiers digne de confiance. (voir ci-avant 1.3.1. alinéa final).

### 2.3. La remise de l'enfant ou le rapatriement

En principe et dans la pratique, on évite de faire un détour ou de rallonger le retour effectif de l'enfant dans son milieu familial et social de sa résidence habituelle de sorte que l'enfant devra être remis le plus rapidement donc immédiatement à son ou ses parents qui ont en la garde effective et légale. Si le parent se trouve sur place, la remise de l'enfant pourra s'effectuer directement à ce parent. A défaut, le parent peut désigner par exemple une personne de

---

<sup>31</sup> Entrée en vigueur le 31 mai 2001.

<sup>32</sup> Réponse du Luxembourg au questionnaire relative à l'application de la Convention de La Haye 2004 § III. C. 2)

confiance (qui peut être un agent diplomatique de son pays) et qui organise le rapatriement de l'enfant.

En pratique, il semble que les frais de rapatriement avancés sont à charge du parent gardien qui peut faire une action en paiement définitive à l'encontre de « l'enleveur ». La pratique varie d'un pays à un autre. Certains Etats qui ont avancé les frais de rapatriement ne réclament rien au parent gardien, d'autres se retournent vers l'auteur de l'enlèvement etc.

Au Luxembourg, si un enfant doit y être rapatrié, il existe une pratique administrative de rapatriement si le parent gardien n'a pas les moyens. Ainsi, le Ministère de la Famille avance sur son budget d'aides sociales les fonds nécessaires, à la demande du Ministère des Affaires étrangères saisi par ses agents diplomatique dans le pays où l'enfant se trouve. Si le parent gardien n'a pas beaucoup de moyens, il est parfois renoncé selon le principe de l'équité à récupérer les fonds déboursés.

## **2.4 Les autres acteurs d'exécution (voir 1<sup>ère</sup> partie de notre rapport)**

Le Procureur peut également recourir aux instances d'exécution comme huissier de justice. En pratique et pour éviter des délais allongés ou des frais, il recourt en dernière instance directement aux forces de l'ordre (police).

Ainsi pour retrouver un mineur le signalement pourra se faire à tous les commissariats de police. Le Procureur peut également ouvrir une procédure d'information judiciaire du chef d'enlèvement d'enfant ou du chef de non-représentation d'enfant. Les personnes impliquées dans l'enlèvement peuvent ainsi faire l'objet de mesures coercitives.

## **3. Questions spécifiques**

*III. b) Que se passe-t-il lorsque l'autorité judiciaire de première instance a refusé le retour mais que, en appel, l'autorité judiciaire saisie du recours a ordonné le retour ? Dans un tel cas, l'autorité judiciaire chargée de superviser / contrôler la procédure d'exécution est-elle l'autorité judiciaire de première instance, l'autorité judiciaire d'appel qui a ordonné le retour ou bien une autre autorité judiciaire ?*

Dans le cas où la première instance a refusé le retour, et qu'en instance d'appel il est fait droit, la même procédure est applicable et le Procureur général d'Etat a les mêmes pouvoirs d'exécution qu'en première instance.

### **3.1. C. L'effectivité de la procédure d'exécution**

#### *3.1.1. L'exécution est-elle encadrée dans un délai?*

L'exécution est immédiate dès la signification de la décision judiciaire. Ce n'est que dans le cadre d'un retour volontaire de l'enfant par le ravisseur que le Parquet peut (mais il n'est pas obligé) accorder des délais assez restrictives d'ailleurs et pour autant qu'il n'existe pas de risque de fuite.

#### *3.1.2. Est-il courant d'accorder un délai pour permettre l'exécution volontaire de la décision de retour ou pour permettre l'organisation matérielle appropriée pour le retour de l'enfant ?*

Oui, le Procureur peut accorder un délai d'exécution volontaire sous certaines conditions notamment s'il n'y a pas de risque que le ravisseur et l'enfant disparaissent.

3.1.3. *Existe-t-il des mesures destinées à prévenir le fait que le ravisseur dissimule l'enfant une fois la décision de retour rendue et avant son exécution proprement dite ? Dans l'affirmative, veuillez préciser lesquelles.*

Voir les mesures préventives (§ 2.2. ci-avant)

4. *Que se passe-t-il lorsque l'enfant est dissimulé une fois la décision rendue et avant son exécution proprement dite ? Quels sont alors les acteurs impliqués (par exemple l'Autorité centrale, la police, le ministère public, etc.) et quelles mesures peuvent-ils prendre pour localiser l'enfant ? Quel effet la dissimulation peut-elle avoir sur les éventuels délais qui encadrent la procédure d'exécution ?*

Dans ce cas, le Procureur général d'Etat ouvrira certainement une instruction pénale pour enlèvement d'enfant avec toutes les possibilités comme signalement, information policière et mesures coercitives.

5. *Lorsque l'exécution est commencée, quelles sont les étapes nécessaires (par exemple, mesures prises par le demandeur, par l'autorité judiciaire ou toute autre autorité de supervision, par les organes chargés de l'exécution) ?*

En principe, l'exécution est immédiatement commencée. Le Procureur convoque immédiatement le parent « ravisseur » et essaie la remise volontaire de l'enfant et en cas de refus ou opposition du ravisseur, recourt à la force publique de sorte que la police retire l'enfant au ravisseur.

6. *Quelles mesures coercitives existent et quelles en sont les conditions (par exemple, amendes pécuniaires, recours à la force [contre qui? l'enfant ? le défendeur ? d'autres personnes ?], détention) ? Quelles mesures parmi celles mentionnées sont généralement ordonnées en pratique ?*

Il est rare de devoir recourir à des mesures coercitives. A côté des sanctions civiles comme l'astreinte ordonnée par le juge, les sanctions pénales sont importantes. Le ravisseur peut être entendu par la police voire même être mis en détention préventive. Pour la description de ces mesures voir partie I du présent rapport)

7. a) *Faut-il que ces mesures soient ordonnées de manière spécifique (c'est-à-dire déterminer s'il s'agit d'une « amende », d'un « recours à la force », d'une « détention ») ? Dans l'affirmative, à quel moment et par qui ?*

Seule l'astreinte civile doit être spécifiquement ordonnée par le juge à la demande du requérant, toutes les autres mesures coercitives sont à la disposition du Procureur général. Ces mesures peuvent certes faire l'objet d'un contrôle juridictionnel *a posteriori*, par les juridictions compétentes saisies par le « ravisseur », En cas d'ouverture d'une instruction pénale initiée le Procureur d'Etat ces mesures sont soumis au contrôle soit du juge d'instruction, soit ensuite à la Chambre de mises en accusation. (voir procédure pénale)

b) *Si des problèmes surviennent lors de l'exécution, les organes chargés de l'exécution peuvent-ils « élever » de manière unilatérale le degré des mesures coercitives ou bien doivent-ils obtenir l'autorisation d'une autorité supérieure déterminée (par exemple l'autorité judiciaire chargée de l'exécution ou autre) ? Veuillez préciser.*

Le procureur général d'Etat est le chef hiérarchique du parquet et lui seul est le « maître » de l'exécution des décisions judiciaires auquel les différents organes subalternes resp. la police doit rendre compte. Il peut tempérer les mesures d'exécution en fonction de la situation selon le principe de proportionnalité.

*8. Veuillez indiquer s'il est possible d'obtenir en situation d'urgence le prononcé de décisions judiciaires. Ces décisions peuvent-elles être rendues en dehors des heures de bureau et en dehors de la présence du défendeur ?*

En principe toute les décisions ayant pour objet le retour d'un enfant sont traité d'une façon urgente avec une procédure rapide et sommaire voir art. 1108. n. c. pr. Civ. qui se réfère à la procédure de référé qui est en principe une procédure d'urgence. En cas d'extrême urgence, le parquet près du tribunal de la jeunesse peut placer l'enfant, avec l'appui de la police le cas échéant, dans une structure d'accueil (FADEP) en attendant que la juridiction prenne une décision. Une telle décision provisoire doit être prise dans les 24 heures au plus tard du placement.

#### **D. Coûts**

*1. La procédure d'exécution engendre-t-elle des coûts ? Dans l'affirmative, ces coûts font-ils partie intégrante des coûts liés à la procédure judiciaire ? Comment sont-ils calculés ? A quels services correspondent-ils ?*

Dans le cadre de la procédure de la Convention La Haye le coût sera néant pour le parent dessaisi. (voir ci-avant 1.5.6)

*2. Qui est tenu de payer les coûts liés à l'exécution ? Qui en est le créancier ? Une réduction ou une exonération de ces coûts est-elle possible, par exemple grâce à un programme d'aide juridictionnelle ? A quelles conditions ? En particulier, une avance financière est-elle requise pour que les organes chargés de l'exécution puissent agir ? Dans le cas où une aide juridictionnelle a été accordée lors de la procédure qui a abouti à la décision de retour, cette aide couvre-t-elle aussi l'étape de l'exécution ou bien faut-il redéposer une demande d'aide juridictionnelle ?*

Le parent demandeur du retour de l'enfant peut théoriquement agir également devant les juridictions pour que le retour de l'enfant enlevé illégalement soit ordonné. Dans ce cas, le parent nécessiteux peut obtenir une aide judiciaire. (Procédure *Pro Deo*). Voir point 1.5.6. Le parent qui avance les frais de voyage peut évidemment se retourner contre le parent « ravisseur » en vue de récupérer ces frais.

En pratique, le Procureur général d'Etat agit en principe toujours ce qui n'entraîne pas de frais de justice pour le parent en question.

*3. Les coûts liés au rapatriement de l'enfant (par exemple les frais de transport aérien de l'enfant et de la personne qui l'accompagne éventuellement) sont-ils considérés comme faisant partie des coûts liés à l'exécution ? Qui est tenu de payer les coûts liés au rapatriement ? Une avance financière est-elle requise pour l'exécution ?*

(Voir : 2.3 ci-avant)

Ces coûts sont en principe à charge du parent demandant le retour de l'enfant. Cependant la pratique est quelque peu différente et dépend de la politique de chaque Etat du domicile

habituel. Si l'enfant a la nationalité de cet Etat celui-ci prend fait et cause pour ses nationaux même à l'étranger. Il n'y a pas de droit en principe mais une faculté. La question se pose – et nous n'avons pas de réponse – si un Etat de l'UE où l'enfant a sa résidence habituelle mais qui n'est pas l'Etat de sa nationalité doit agir de même pour cet enfant comme il le fait à l'égard de ses propres ressortissants sur base p. ex. de l'art. 8 du TUE sur la citoyenneté communautaire ou du principe d'égalité et de non discrimination. Nous estimons qu'il devrait le faire.

*4. Veuillez indiquer comment sont informés les demandeurs étrangers des coûts qui leur incombent en matière d'exécution.*

Via soit de l'autorité centrale (Procureur général), soit des agents diplomatiques soit les autorités d'exécution. Comme il y a peu de cas, une véritable pratique n'existe pas au Luxembourg. En cas d'urgence, on peut certainement envisager que l'Etat avance les frais d'avion par exemple, quitte à se retourner contre qui de droit notamment contre le parent ravisseur. En pratique, le Procureur d'Etat essaie que le parent ravisseur avance volontairement les frais de retour.

*5. Veuillez préciser quelles sont les obligations spécifiques des organes chargés de l'exécution pendant la procédure d'exécution des décisions de retour fondées sur la Convention de La Haye.*

Ces obligations résultent de la loi. Voir Partie I du présent rapport.

*6. Avez-vous d'autres observations à formuler sur la procédure d'exécution ?*

Sans observations de principe. On remarquera cependant que souvent dans les cas de retour d'enfants illégalement déplacés, le demandeur se focalise trop sur ses droits résultants de l'autorité parentale alors que le « ravisseur » se focalise souvent exclusivement sur l'intérêt de l'enfant. Or, la Convention de La Haye de 1980 tout comme le règlement Bruxelles II bis cherchent un équilibre parfois difficile à atteindre dans la pratique. On notera que ces deux textes sont complémentaires et sont à invoquer ensemble. Une meilleure information du cadre juridique conventionnel international, trop hétéroclite avec de nombreux chevauchement nous semble nécessaire même en vulgarisant cette information alors que les parties concernées ne semblent pas comprendre leurs droits dans la formulation juridique spécifique. Nous estimons qu'une codification générale des différentes conventions internationales s'impose au niveau de la Conférence de La Haye.

## **II. CARACTERE EXECUTOIRE ET RECOURS JURIDIQUES**

*1. a) Une décision de retour peut-elle faire l'objet d'un appel ou de toute autre forme de recours juridique ? Veuillez préciser (nombre et types de recours, éventuels délais pour interjeter appel ou pour permettre à la cour d'appel de trancher, etc.).*

*b) Veuillez préciser si un tel recours ne peut être fait qu'une seule fois et quelle est la juridiction compétente pour statuer sur ce recours.*

Voir § 1.5.3 ci-avant

L'opposition pour défaut doit se faire devant la même juridiction dans un délai de 8 jours. La procédure est reprise en présence du défendeur ou de son représentant.

Il est de principe qu'opposition sur opposition ne vaut. Si, en cas d'opposition, le défendeur n'apparaît pas ou n'est pas représenté, la décision judiciaire devient définitive et ne peut être attaquée en première instance que par l'appel à faire dans les 8 jours respectivement après la décision d'appel par un recours en cassation (qui n'est pas suspensive) selon le droit commun c.à-d. dans un délai de 2 mois (plus le cas distance, le cas échéant) à partir du jour de la

signification ou, en cas de défaut, après que le délai pour faire opposition est révolu. On ne peut faire qu'une fois un recours en cassation et uniquement pour violation d'une règle de droit. Il n'existe pas de délai pour la juridiction d'appel pour statuer cependant nous nous trouvons en matière sommaire de sorte que la procédure peut être classée dans la catégorie de procédure d'urgence. En pratique les décisions de demande de retour sont fixées prioritairement par la Cour d'Appel de Luxembourg.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Luxembourg du 23 mars 2004 (Rôle 92/04) précise le respect dû à une décision judiciaire en matière de garde d'enfant même si en appel cette décision est reformée:

« L'infraction de non représentation d'enfant prévue par l'article 371-1 du code pénal est établie en cas de non respect d'une décision judiciaire exécutoire par provision, même si cette décision est par la suite infirmée. »

2. a) *Veillez préciser si l'exécution effective d'une décision de retour nécessite une autorisation ou toute autre mesure (par exemple, enregistrement en vue de l'exécution, formule exécutoire, décision ordonnant une mesure d'exécution spécifique ou autre).*

b) *Quel est l'organe compétent pour prononcer de telles mesures ?*

En principe, la décision nécessite la formule exécutoire qui est obtenue par la première délivrance authentique de cette décision (grosse). Souvent, en pratique, les décisions judiciaires en matière de garde précisent que l'exécution peut se faire sur minute et avant enregistrement nonobstant opposition ou appel et sans caution. On n'a donc pas besoin dans ce cas d'une formule exécutoire.

Dans le cadre de la présente décision d'exequatur d'un jugement étranger le juge ne dispose pas de cette faculté puisqu'il lui est interdit de revoir à fond la décision étrangère.

Ce n'est donc que sur base de la grosse obtenue dans quelques heures au plus après la décision qu'une signification de la décision peut se faire. Cette signification est nécessaire avant l'exécution ceci pour garantir le contradictoire de la procédure et l'opposabilité officielle de la décision judiciaire.

3. *Faut-il que la décision de retour soit définitive et ne soit plus susceptible de recours pour que l'autorisation d'exécution ou la mesure spécifiée sous II.2 puisse être ordonnée ?*

Non, pour autant que l'exécution soit ordonnée dans la décision étrangère. L'appel ou l'opposition peut une fois faite peuvent arrêter l'exécution.

4. a) *Les mesures spécifiées sous II.2.a) (autorisation d'exécution ou autre mesure) sont elles susceptibles d'un recours juridique indépendamment de tout recours engagé sur le fond contre la décision de retour ? Veillez préciser (nombre et types de recours, éventuels délais pour interjeter appel, éventuels délais pour permettre à la cour d'appel de trancher, etc.).*

b) *Veillez préciser si un tel recours ne peut être fait qu'une seule fois, s'il suspend le caractère exécutoire / l'exécution de la décision et quelle est la juridiction compétente pour statuer sur ce recours.*

5. *Si votre Etat admet les deux types de recours juridiques spécifiés sous II.1 et II.4 (c'est-à-dire contre la décision sur le fond et contre toute mesure prononcée ou requise au stade de l'exécution), peuvent-ils être faits simultanément ? Est-ce le même tribunal qui est compétent lorsque ces recours sont interjetés (a) simultanément et (b) à des moments différents ?*

En principe les mesures d'exécution ne sont pas susceptibles d'un recours sauf en cas de violation de la loi, le requérant peut contester a posteriori les mesures. Un tel recours n'arrête pas l'exécution. Quant à la compétence de la juridiction compétente, tout dépend du droit violé resp. de l'action : ainsi le requérant peut demander devant la juridiction compétente l'annulation des mesures d'exécution pour défaut de signification ou des dommages-intérêts, ou porter plainte ou citation devant le juge au pénal contre les forces de l'ordre etc...

Il n'existe pas de recours contre l'exécution provisoire: La Cour d'appel ne saurait intervenir que pour autant que le jugement de première instance n'a pas respecté le droit dans sa décision .

*6. Avez-vous d'autres observations à formuler sur les recours juridiques et l'exécution des décisions de retour ?*

En principe non.

On observe cependant qu'en cas de garde non-conjointe des parents (séparation) le droit de visite d'un parent est très mal pris en compte aux niveaux de la Convention ou du Règlement CE. Il existe également des abus du parent gardien ce qui entraîne parfois des enlèvements d'enfant. Comme mesure préventive il faudrait amender la Convention de La Haye pour une meilleure prise en compte également au plan international du droit de visite du parent non-gardien.

## **PARTIE 2B. AUTRES DECISIONS JUDICIAIRES EN DROIT DE LA FAMILLE.**

### **E – La loi et la pratique concernant l'exécution des décisions en droit de la famille**

#### *1. Les instruments et la législation nationale appropriés pour l'exécution des décisions judiciaires en droit de la famille dans des affaires transfrontalières*

*Indépendamment du règlement « Bruxelles 2 bis » (voir la question 2 ci-dessous), et de la Convention de La Haye (discutée dans la partie 2A) votre Etat membre peut être partie à d'autres conventions internationales ayant pour objet l'exécution des décisions judiciaires en droit de la famille (par exemple Convention de la Haye de 1961, Convention de 1996 sur la protection des enfants, ou conventions régionales).*

*Veillez énumérer ces conventions.*

#### **1.1. Conventions multilatérales applicables en la matière**

1.1.1. La convention de La Haye du 12 juin 1902 concernant la tutelle des mineurs (appr. L. 10 mai 1904, Mém. 1904, 562) remplacé par la Convention de 1961. Le Luxembourg est encore lié par la présente convention dans ses rapports avec la Belgique et Roumanie.

1.1.2. La Convention 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (appr. L. 17 mai 1967, Mém. 1967, 532 )  
En vigueur entre (au 1er janvier 2006): Allemagne, Autriche, Espagne, Finlande, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse, Turquie.

1.1.2.1. Le Luxembourg a formulé en ratifiant la présente convention la réserve suivante :  
« 1. Conformément à l'article 13, alinéa 3, l'Etat luxembourgeois, se réserve de limiter l'application de la présente Convention aux mineurs qui sont ressortissants d'un des Etats contractants.

2. Conformément à l'article 15, alinéa premier, l'Etat luxembourgeois réserve la compétence de ses autorités appelées à statuer sur une demande en annulation, dissolution ou relâchement du

lien conjugal entre les parents d'un mineur, pour prendre des mesures de protection de sa personne ou de ses biens.

Le juge des enfants à Luxembourg (Palais de Justice, 2, rue du Nord) »

### **1.1.2.2. Jurisprudence :**

Cour d'Appel de Luxembourg du 22 janvier 2001, P. XXXII, p. 198

« La Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants du 20 mai 1980, dite Convention de Luxembourg, est applicable aux décisions réglant le droit de garde et de visite non seulement des père et mère, mais aussi d'autres proches parents, comme les grands-parents, et même de tierces personnes (...) La Convention ne prévoit pas l'intervention d'un avocat pour défendre les intérêts de l'enfant mineur. Une telle intervention volontaire doit dès lors être déclarée irrecevable.

1.1.3. La convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (voir ci-avant)

1.1.4. La convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, signée à Luxembourg (Loi du 28 février 1983 ; Mém. 1983, 226 mod. L. 10 août 1992, Mém. 1992, 2043). En vigueur entre (au 1er janvier 2006): Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Ex-Rép. Youg. de Macédoine, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Rép. tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Serbie-et-Monténégro, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie.

1.1.5..La convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nation –Unies (Mém. 1993, 2191 et Mém. 1994, 717 mod. le 12 décembre 1995, appr. L. 6 mai 2000, Mém. 2000, 923)

et le Protocole facultatif à la Convention du 25 mai 2002 relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, fait à New York (appr. L. 25 avril 2003, Mém. 2003, 1114)

Cette convention ne prévoit pas de procédure spécifique de retour d'un enfant mais est souvent invoquée subsidiairement pour souligner « l'intérêt primordial de l'enfant ». C'est pourquoi elle est signalée ici.

A noter que le Luxembourg n'est pas signataire pour l'instant ni de la convention du Conseil de l'Europe relative à l'exercice des droits de l'enfant du 22 janvier 1996 ni de la convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003.

## **1.2. Conventions ou arrangement bilatérales**

Note : Seule la convention avec le Portugal s'applique intégralement de part et d'autre des deux Etats parties et peut éviter le recours à la Convention de la Haye de 1980. Le Luxembourg a ratifié toutes ces conventions ce qui n'est pas le cas de la Belgique [sauf l'arrangement sub.

1.2.1.1.ci-après] ou de la France.

### **1.2.1. Belgique**

1.2.1.1. L' Arrangement 19 juillet 1933 entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Belgique en vue du rapatriement des enfants mineurs qui se sont soustraits à l'autorité paternelle ou tutélaire (Mém. 1933, 562).

Cet arrangement établit une collaboration entre les Parquets luxembourgeois et belge. On notera que l'arrangement prévoit : « Le Parquet luxembourgeois saisira le Président du tribunal du siège qui fera comparaître l'enfant devant lui, l'interrogera ainsi que les personnes chez lesquelles il s'est réfugié et appréciera si le rapatriement est conforme à l'intérêt du mineur. » Une disposition analogue existe du côté belge.

1.2.1.2. La convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume de Belgique relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987;

### **1.3. Portugal**

La convention du 12 juin 1992 entre le Grand-Duché de Luxembourg et la République Portugaise relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite ( appr. L. 18 mars 1995, Mém. 1995, 813)

### **1.4. France**

La convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la France relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987.

### **1.5 . Autriche**

La convention entre le Luxembourg et l'Autriche du 29 juillet 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des actes authentiques en matière civile et commerciale approuvée par la loi du 4 août 1975 (Mém. 1975 p. 1040) est la seule convention bilatérale du Luxembourg en matière de coopération judiciaires. Cette convention « traditionnelle » a un champ d'application plus large que la convention de Bruxelles de 1968 ou de Lugano ou le règlement CEE précité et englobe les matières civiles comme les questions d'état, de capacité des personnes et de successions.

*Veillez indiquer toute législation mettant en application ou permettant la bonne application de ces conventions.*

Voir art. 1108 n.c.pr.civ. ci-avant et jurisprudence sous 1.3.1.2.2 (Belgique) et 1.4.2. (Portugal).

*Au cas où aucun instrument international ne serait applicable, veuillez indiquer s'il existe une législation ou une jurisprudence appropriée pour l'application des jugements étrangers en droit de la famille.*

S'il n'existe pas d'instrument international le jugement étranger s'il doit donner lieu à des mesures d'exécution au Luxembourg doit être soumis à la procédure ordinaire de l'exequatur. (art. 678 n.c.pr.civ.)

## 2. La loi nationale appropriée pour l'exécution transfrontalière des décisions judiciaires en droit de la famille dans le cadre du Règlement Bruxelles 2 bis

Il n'y a pas de dispositions spécifiques que celles mentionnées ci-avant dans le cadre de l'application de la Convention La Haye de 1980.

## 3. La pratique nationale concernant l'exécution dans un autre Etat membre d'une décision judiciaire en droit de la famille émanant de vos propres juridictions

*Au cas où les tribunaux de votre Etat membre prendraient une décision qui doit être exécutée dans un autre Etat membre, prendront-ils en considération le facteur transfrontalier. ?*

*Par exemple, est-ce que la cour considérera :*

*- si les mesures prises à l'appui de la décision sont praticables (ou pas) dans l'Etat membre où l'exécution doit avoir lieu (par exemple l'intervention des forces de police ne peut pas être utilisée dans tous les Etats membres dans l'hypothèse, par ex., de l'exécution d'un droit de visite).*

*- tous les autres facteurs pratiques concernant l'exécution de la décision qui découlent du fait que l'exécution a lieu dans une situation transfrontalière, telle que la participation des agences de protection des enfants étrangers, la prise en compte des différentes coutumes sociales et pratiques de l'autre Etat membre, ou les difficultés pratiques rencontrées par l'enfant et les personnes concernées (principalement les parents) quand les droits familiaux tels que la garde ou les droits de visite doivent être respectés dans une situation transfrontalière.*

Il est évident que les juridictions luxembourgeoises tiennent compte de l'état du droit dans le pays où l'exécution doit être faite pour autant qu'on connaisse de façon précise le pays en question. Les juristes luxembourgeois sont formés à l'étranger (France, Belgique) jusqu'à présent et ils sont, de par leurs études, formés au droit comparé et, de ce fait, peut-être plus ouvert à considérer également le droit étranger. Cependant il n'est pas possible de connaître toutes les pratiques en la matière du pays d'exécution. Aussi les relations professionnelles avec leurs collègues étrangers sont nécessaires et permettent de se consulter sans grand formalisme. L'importance de pouvoir parler plusieurs langues (français, allemand, anglais voire portugais ) devient important en la matière.

Une garantie que le juge étranger considère la décision luxembourgeoise conforme à son droit ne saurait être donnée.

#### *4. La pratique nationale concernant l'exécution dans votre Etat membre des décisions de justice en droit de la famille émanant d'un autre Etat membre*

*Quand une décision de droit de la famille émanant d'un autre Etat membre doit être exécutée dans un autre Etat membre, les tribunaux seront-ils enclins à amender les modalités d'une telle décision, par exemple en ce qui concerne les mesures soutenant l'exécution (intervention des forces de police) ou la faisabilité des arrangements établis par la cour étrangère.*

Le juge luxembourgeois doit vérifier un certain nombre de conditions.

La décision étrangère doit d'abord être exécutoire dans le pays dans lequel elle a été rendue que cette décision soit provisoire ou définitive mais qu'elle contienne nécessairement une condamnation susceptible d'être exécutée. (Cour d'Appel de Luxembourg du 14 mai 1975. P.XXIII p. 138)

En second lieu, le juge étranger doit avoir été compétent sur le plan international d'après les règles luxembourgeois concernant les compétences internationales et ces règles se confondent avec la compétence interne. Ce contrôle est d'ordre public et le juge doit vérifier cette compétence de non-contrariété avec les règles de compétence du for.

En troisième lieu, la compétence interne du juge étranger est contrôlée c.-à-d. si le juge étranger a respecté sa propre compétence selon son propre droit. (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 17 juin 1986 (rôle n° 34622)).

En quatrième lieu le juge luxembourgeois doit vérifier la compétence de la loi applicable au fond désignée par les règles de conflit des lois luxembourgeoise. Il n'est pas nécessaire que le juge étranger se réfère explicitement aux règles lux. mais il suffit que la solution qu'il retient ne soit pas contraire au droit luxembourgeois.

En cinquième lieu, le juge lux. vérifie la régularité procédurale pour éviter toute fraude au détriment du défendeur comme par exemple le respect des droits de la défense, du contradictoire etc.

Finalement, le juge lux. vérifiera le respect de l'ordre public national ou du moins si la décision étrangère n'est pas contraire à cet ordre public.

Si dans le passé le juge de l'exequatur lux. semblait avoir eu tous les pouvoirs en vérifiant en fait et en droit la décision étrangère (en fait c'était un nouveau procès), aujourd'hui les juridictions luxembourgeoise ne révisent plus la décision étrangère et le juge lux. ne vérifie que les conditions d'admissibilité de l'exequatur sans apprécier le bien-fondé de la décision étrangère. Le juge de l'exequatur ne peut donc que régler les incidents d'exécution. L'exequatur peut également être donné partiellement à la décision étrangère.

A noter que la procédure même d'exécution relève toujours de la loi du pays où l'exécution a lieu.

#### **5. La mise à l'écart ou la modification des jugements étrangers**

*Est-il possible d'indiquer quelles conditions doivent être remplies avant qu'une décision d'un autre Etat membre, qui doit être reconnue et exécutée dans votre Etat membre, puisse être écartée par une « nouvelle » décision de vos propres juridictions ? Par exemple le juge du divorce d'un autre Etat membre a pris des mesures concernant l'autorité parentale et le droit de visite. L'enfant vient alors vivre dans votre Etat membre. Après une certaine période, l'une des parties intéressées remet en cause les modalités décidées par ce juge tandis que l'autre partie concernée plaide en faveur de l'application de ces modalités.*

Dans ce cas, le juge luxembourgeois devient compétent par la résidence habituelle de l'enfant et peut modifier et les modalités du droit de visite et le droit de la pension alimentaire à l'instar du droit luxembourgeois qui prévoit qu'après une décision de divorce, la juridiction qui a prononcé le divorce devient incompétent pour modifier les décisions en matière de garde ou d'obligation alimentaire de sorte qu'il revient au juge de la jeunesse qui peut modifier les relations personnelles ( voir Partie I)

### **Partie 2C. Issues spécifiques concernant l'application transfrontalière des décisions de justice en droit de la famille**

#### **1. Le rôle des organismes et institutions**

*Quels organismes et institutions nationaux sont impliqués dans l'exécution transfrontalière des décisions en droit de la famille, que l'exécution ait lieu dans votre Etat membre ou 'à l'étranger' (dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers). Nous supposons que jusqu'à un certain degré cette question a déjà été abordée ci-dessus aux points B. 1 a-c, mais il peut être nécessaire d'ajouter certains détails.*

Voir ci-avant.

#### **2. Les délais appropriés pour les procédures d'exécution et l'effet de l'écoulement du temps.**

*Jusqu'à un certain degré, ces questions auront été discutées ci-dessus aux points B. 2 a-c, il n'y a peut être pas de règles ou de pratiques différentes. Nous sommes enclins à penser que dans les affaires transfrontalières certains délais (par exemple le délai pour interjeter appel) sont identiques à ceux applicables en droit interne, comme indiqué plus haut au point B, ou sont soumis à la loi étrangère (si la décision émane d'un autre Etat). Cependant, dans les cas transfrontaliers, certains délais peuvent éventuellement avoir une influence sur l'exécution, si c'est l'exécution d'une décision étrangère ou l'exécution à l'étranger d'une décision de votre Etat*

*membre. Enfin, l'écoulement du temps peut avoir un effet différent sur l'applicabilité d'une décision dans les cas transfrontaliers.*

Les délais de signification sont augmentés par des délais de distance de 15 jours pour les Etats-membres UE et EEE sauf urgence à prendre par le juge sur base d'une requête du demandeur proposant de réduire les délais d'assignation p. ex.

### *3. Les mesures coercitives visant à assurer l'exécution*

*Là encore une référence peut probablement être faite au paragraphe B. 3. a-c ci-dessus.*

*Veillez inclure toute question concernant les cas transfrontaliers.*

### *4. Autres conditions légales ou pratiques qui peuvent constituer des obstacles à l'exécution.*

*Là encore une référence peut probablement être faite au paragraphe B. 4 ci-dessus.*

*Veillez inclure toute question concernant les cas transfrontaliers.*

Comme signalé ci-avant il y a des problèmes dans l'exécution du droit de visite transfrontalier.

### *5. Questions concernant spécifiquement les cas transfrontaliers.*

*Les questions spécifiques peuvent changer d'un Etat membre à un autre Etat membre et peuvent très bien être spécifiques à votre juridiction. Les questions éventuelles qui peuvent (ou ne peuvent pas) être discutées sont par exemple :*

- Les droits accordés par certaines décisions en droit de la famille (décisions sur l'autorité parentale ou sur les droits de visite) sont-ils limités géographiquement (par exemple le territoire d'un Etat membre) ou sont-ils absolus (par exemple le droit peut-être exercé dans le monde entier) ?*

Universel puisque faisant partie de l'état de la personne.

- Est-il nécessaire d'obtenir la permission d'un juge pour se déplacer vers un autre Etat membre sans le consentement de l'autre parent détenteur de l'autorité parentale ? En considération de quoi le juge accorde-t-il cette permission de déménager ?*

Non, sauf si le parent non gardien qui a un droit de surveillance s'oppose. En pratique, le parent qui a l'autorité parentale peut emmener l'enfant commun hors du pays. Il en est cependant différemment si les droits de visite du parent non-gardien ne sont pas respectés.

- Y a-t-il des questions spécifiques qui surgissent lors de l'exécution de décisions étrangères en droit de la famille.*
- Y a-t-il des conditions spécifiques en ce qui concerne les décisions étrangères en droit de la famille qui peuvent constituer des obstacles à l'exécution.*
- L'influence de toute convention bilatérale ou régionale concernant l'exécution des décisions.*

Voir ci-avant.

### *6. Médiation/ modes alternatifs de résolution des conflits*

*Veillez discuter dans quelle mesure la médiation (ou les modes alternatifs de résolution des conflits) joue un rôle dans l'exécution des autres décisions judiciaires en droit de la famille. Quel serait ou quel pourrait être le fondement juridique d'une telle solution et dans quelle mesure joue-t-elle un rôle dans la pratique des juridictions. Si la médiation joue un rôle, son utilisation est-elle limitée aux cas internes ou est-elle également utilisée dans les cas transfrontaliers.*

Voir § 4.3.3. ci-avant

Question subsidiaire :

**« Guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles II (Règlement du Conseil (CE) n° 2201/2003 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)**

2.4. La juridiction rend une décision dans un délai de six semaines (Article 11 (3)) »

**Réponse**

1. En réponse à la question posée concernant l'application de l'art. 11(3) de Bx IIbis, je ne puis vous fournir qu'une réponse théorique alors que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas encore eu à traiter une cause relevant de la disposition du règlement en question.

2. Interprétation du délai visé de 6 semaines.

Selon l'interprétation généralement donnée du délai de 6 semaines prévu à l'article 11(3), ce délai n'est que tout à fait indicatif et non impératif et ne concerne qu'une décision d'une première instance. La *ratio legis* du texte du règlement montre qu'il n'est pas question des voies de recours qui ne sont pas prises en compte dans le délai de 6 semaines.

3. La procédure applicable.

Comme la disposition du règlement renvoie à la Convention de La Haye de 1980 (voir Partie II, § 2 de mon rapport), la procédure spéciale et accélérée des articles 1108 et s. du nouveau code de procédure civile trouve à s'appliquer. Aucun délai n'est fixé dans la procédure interne. Nous doutons d'ailleurs qu'on puisse imposer un délai en la matière sauf à faire de la juridiction en question qu'une « caisse enregistreuse » qui ne tient pas compte ni de l'intérêt des parties, ni de l'intérêt de l'enfant.

4. *De lege ferenda* : Pour le maintien d'un délai indicatif

Ce délai ne relève pas uniquement des juridictions mais également des parties à l'instance. Ainsi la partie requérante souhaite être présente mais ne peut se présenter à l'audience arrêté par le tribunal (cas authentique) (cf. § 5 de l'art. 11) le délai de la procédure a du être déplacé ou encore la procédure de l'audition de l'enfant (cf Considérant 19 et alinéa 2 de l'art. 11) implique parfois un délai plus long. Ou encore une instruction est ordonnée par le tribunal afin de vérifier certains faits etc... Donc un délai peut devenir un obstacle à une justice sereine et objective.

5. Pour une procédure rapide.

Malgré ce, la procédure en droit interne est cependant fort expéditive.

Le président du tribunal d'arrondissement est saisie par voie de requête comme en matière de référé, sans que la partie, contre laquelle l'exécution est demandée, puisse à ce stade de la procédure présenter des observations. La décision étrangère ne peut pas faire l'objet d'une révision de fond.

Le délai d'appel de huit jours ne commence à courir qu'à partir de la signification par la partie requérante qui doit être faite dans les 15 jours, à défaut la décision d'exécution devient caduque ! (et en ce sens : Cour d'Appel du 1<sup>er</sup> décembre 1993 rôle n° 15980). On constate que les délais de recours sont extrêmement brefs et dérogent au droit commun des recours.

## 6. Appréciation des recommandations de la Commission

6.1. La Commission recommande au point a) comme solution que le droit interne peut exclure la possibilité de faire appel d'une décision qui implique le retour de l'enfant. En pratique, une telle recommandation semble clairement contrevenir au principe d'un procès équitable visé par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6.1 CEDH) ainsi qu'au principe d'égalité devant les juridictions.

Pendant la procédure de recours, le droit interne prévoit que des mesures provisoires peuvent être ordonnées (art. 1115 n.c.pr. civ.).

Le droit interne ne prévoit pas dans quel délai la juridiction d'appel doit statuer. En pratique, dans des cas analogue mais encore hors de l'application du règlement en question, la Cour d'appel a toujours fixé prioritairement les causes concernées. L'affaire est à juger « comme en matière civile et urgente » (l'art. 1113 alinéa 3 n.c.pr. civ.).

6.2. Quant au point b) le risque de la saisine d'une autre juridiction en cours d'instance.

Plusieurs volets seraient à approfondir en cette matière puisque la Commission craint dans son rapport qu'entre les différentes instances de droit interne, le défendeur pourrait saisir un tribunal étranger avec le risque que les juridictions saisies se déclarent incompétentes sur base par exemple de l'exception de litispendance.

On notera d'abord concernant les saisines antérieures à la saisie d'un tribunal luxembourgeois que les juridictions luxembourgeoises sont restrictives à se dessaisir d'une cause lorsque l'exception de litispendance est avancée devant elles.

L'exception de litispendance internationale est considérée comme une institution procédurale et est, en droit international privé luxembourgeois, considérée comme étant régie par la loi du for et relève donc des conditions propres du droit interne c.-à-d. que le tribunal étranger saisi soit également reconnu compétent d'après les règles luxembourgeoises de compétence (Diekirch 31 janvier 1984, n° 31/84) En ce sens : Fernand Schockweiler, Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois, éd. Bauler 2e éd. 1996 § 774 p. 171).

Dans le passé, les juridictions luxembourgeoises ont réservé la compétence du juge luxembourgeois même en cas de saisine d'une juridiction de fond étrangère. (Cour d'Appel de Luxembourg 22 novembre 1966 P. XX p. 245 ; Cour d'appel de Luxembourg du 10 janvier 1972, P. XXII, p.167) alors qu'il n'existerait pas d'organe qualifié pour effectuer au plan international un règlement des juges (Cour 22.02. 1984, rôle n° 6085). Seule une convention entre Etats pourraient édicter des règles en la matière.

A une époque plus récente, les tribunaux luxembourgeois se sont dessaisis lorsque l'instance étrangère, antérieurement saisie, était compétente selon les règles luxembourgeois, concernerait la même cause et les mêmes parties et que la décision pourrait être reconnue au Luxembourg. Mais la fraude à la loi ou les règles d'ordre public peuvent encore maintenir la compétence des juridictions luxembourgeoise.(Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 novembre 1991 n° 529/91).

A fortiori en est-il ainsi lorsque la juridiction luxembourgeoise a été saisie en premier lieu.

En conclusion après cette brève analyse, j'estime que la procédure telle que prévue par le droit interne, respecte pleinement les dispositions du règlement. L'interprétation par la Commission du délai de 6 semaines ne me semble pas conforme à la rédaction des dispositions notamment

interprétées à la lumière des travaux préparatoires, de la doctrine et de la position d'un grand nombre d'Etats-membres.

En effet, le règlement est d'une approche fort pragmatique et très flexible et ne devrait pas être interprété d'une manière trop rigide sous peine que les demandeurs choisissent une autre procédure plus souple et mieux appropriée à la réalité de leur situation.

Enfin il convient de noter qu'au plan de la pratique au Luxembourg, on essaie toujours de trouver un arrangement entre parties et une exécution plutôt volontaire qu'une exécution forcée (dans le cadre de la Convention La Haye, l'autorité centrale à savoir le Parquet utilise cette méthode avec succès). Cette procédure, en cas de succès, est évidemment de loin la plus rapide et la plus satisfaisante. Malheureusement elle n'est pas applicable dans tous les cas.

\*  
\* \*

## **ANNEXE au rapport reprenant un certain nombre d'extraits de décisions de jurisprudence luxembourgeoise.**

### **1. Convention la Haye de 1961 et de 1980**

#### **Cour d'Appel de Luxembourg du 9 novembre 1987 (rôle n° 10210)**

« Attendu qu'aucune disposition de la règle de compétence interne ne prévoit un dessaisissement du tribunal de la jeunesse saisi au profit d'une autre juridiction, en cas de changement de domicile ou de résidence du mineur en cours d'instance. Attendu que cette règle de compétence territoriale interne n'est pas restreinte ou modifiée par une règle de droit international; que notamment la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs n'a pas été ratifiée par la Grande-Bretagne; que le Grand-Duché en a limité l'application aux mineurs aussi sont ressortissant d'un des Etats contractants; que le titre III de la Convention du 20.5.80 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants règle la procédure pour parvenir à la reconnaissance ou l'exécution dans un autre Etat contractant d'une décision relative à la garde; que la demande doit être introduite sous forme de requête en exequatur; que partant ladite Convention ne fait que reprendre le principe général de droit international privé suivant lequel les décisions étrangères doivent être revêtues de l'exequatur dès lors qu'il s'agit d'assurer l'exécution d'une décision emportant coercition sur les personnes; Attendu que l'article 546-6 du code de procédure civile dispose que pendant le délai du recours prévu par l'article 546-4 et jusqu'à ce qu'il soit statué sur celui-ci, il ne peut être procédé qu'à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée; que cette disposition légale est à interpréter en ce sens que pendant le délai d'appel et jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel, la décision dont l'exécution est poursuivie n'est pas exécutoire si elle emporte coercition sur les personnes comme cela est le cas en matière de garde des enfants; »

#### **Cour d'Appel de Luxembourg du 5 février 1992, P. XXVIII, 265.**

« Dans le système établi par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, le droit de garde obéit aux règles qui sont posées pour toutes les mesures de protection des enfants

mineurs. La désignation de la personne titulaire du droit de garde à la suite du divorce des parents est une mesure de protection de la personne du mineur.

Dans ce système, « la loi nationale s'applique exclusivement aux rapports d'autorités *ex lege*. Si la loi nationale confie à une autorité judiciaire ou administrative le soin d'organiser la protection de l'enfant, la loi nationale cesse d'être applicable. Il ne s'agit plus alors de rapport *ex lege*, mais de mesures de protection qui sont de la compétence des autorités et de la loi interne de l'Etat de résidence habituelle du mineur. »

## **2. Refus de l'enfant**

### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 7 décembre 1988 (Rôle 1807/88 VII)**

« Le dossier pénal ne contient aucune preuve que Y aurait donné à sa fille des explications suffisantes sur l'utilité et la nécessité du droit de visite du père et qu'elle l'aurait raisonnablement le cas échéant sans succès. Pour le surplus il ne faut pas perdre de vue que la décision judiciaire a nécessairement et obligatoirement tenu compte de l'intérêt du mineur. Celle-ci, née le 26.4.1976 n'est d'ailleurs pas encore dotée d'une personnalité telle qu'elle ne saurait être contrainte à obéir aux injonctions de sa mère. D'autre part il n'existe en l'espèce aucune circonstance exceptionnelle susceptible de décharger Y. Si elle a voulu faire croire que l'enfant aurait été victime d'attouchements de la part du grand-père paternel et qu'il y aurait peut-être même eu des rapports sexuels entre l'enfant Anne-Cathérine et son frère Jean-Louis, ces faits sont restés à l'état de pures allégations et ont même été contredits par les résultats de l'enquête menée par la gendarmerie- section jeunesse de Liège. Outre l'existence d'une décision ayant statué sur la garde de l'enfant et des faits matériels de transgression de cette décision par une personne revêtant la qualité de mère de l'enfant ayant fait l'objet d'une mesure concernant sa garde, le dernier élément constitutif de l'infraction reprochée à la prévenue, à savoir l'intention délictueuse, est également établi en l'espèce. En effet l'article 371-1 du Code pénal ne requiert d'autre intention criminelle que dol général; l'auteur du fait matériel doit avoir agi sachant qu'il tient en échec une décision de l'autorité judiciaire. Le mobile est indifférent (Rigaux et Trousse, art. 369 bis, p. 263 et réf. y citée). »

### **3. Non-représentation d'enfant. (art. 371-1 du code pénal)**

Suite de l'affaire précédente

### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 7 décembre 1988 (Rôle n° 1807/88 VII)**

« Il résulte des pièces du dossier pénal ainsi que des témoignages recueillis à l'audience qu'à l'exception de la période du 15 juillet au 15 août 1987 X ne réussit pas à exercer son droit de visite; à chaque fois qu'il se présente au domicile de Y qu'il trouve d'ailleurs fermé à deux reprises, il se voit opposer un refus net de la part de son ancienne épouse. Interpellée à de nombreuses reprises par les agents de la force publique, Y ne cesse de répéter qu'étant donné le refus de l'enfant d'accompagner son père elle n'est et ne sera pas disposée à la remettre. Dans les circonstances données elle considère qu'il serait irresponsable de sa part que de méconnaître la volonté de l'enfant. La finalité de l'article 371-1 du Code pénal consiste à assurer respect par les père et mère des décisions des autorités judiciaires qui ont statué sur la garde des enfants. Les termes employés par le législateur, à savoir la soustraction de l'enfant, sa non-représentation et son enlèvement, concernent tous les faits de nature à mettre en échec les mesures ordonnées dans l'intérêt de l'enfant. La soustraction, notion d'ailleurs suffisamment large pour englober la non-représentation et l'enlèvement, n'exige en conséquence pas uniquement et exclusivement un acte positif dans le chef de son auteur. L'obligation qui pèse sur les parents, s'ils veulent échapper aux sanctions de l'article 371-1, fait de l'infraction prévue

par ce texte non seulement un délit de commission, mais parfois aussi un délit d'omission; le texte de loi n'impose pas seulement à ceux qui ont autorité sur l'enfant une obligation négative, ne rien faire pour empêcher la représentation du mineur; il leur impose encore une obligation positive, celle de tout faire, moralement et matériellement, pour assurer l'exacte observation de la décision judiciaire. Il réprime donc moins une action particulière qu'un résultat: le délit est constitué si, par suite de la carence de l'inculpé, la décision n'a pas pu être ramenée à exécution (Jurisclasseur de droit pénal, vo enlèvement de mineurs No 112 et 113). De son côté l'attitude d'un mineur, sa résistance ou son aversion à l'égard de la personne qui le réclame, ne saurait constituer pour la personne qui a l'obligation de le représenter ni une excuse légale ni un fait justificatif, sauf lorsqu'elle a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément constatées l'ont empêchée d'exécuter son obligation (Cass. fr. 23.1.1968 Bull. crim. 1968, No 20; Cass. crim. 23.11.1982, Dalloz info. rapides 143). «

Suite finale de l'affaire précédente :

### **Tribunal d'Arrondissement du 21 juin 1989 (Rôle N° 852/89 VII)**

« L'instruction menée aux audiences des 18 mai et 6 juin 1989 n'a fait que confirmer les constatations des agents verbalisant ainsi que les témoignages antérieurement recueillis en cause, attestant une vive aversion de l'enfant mineur Anne-Cathérine à l'égard de son père qui n'a pu exercer son droit de visite lui accordé par ordonnance de référé rendue par le président du tribunal de première instance séant à Liège (B) le 2 octobre 1986 et rendue exécutoire au Grand-Duché de Luxembourg qu'à de très rares occasions. La prévenue refuse en effet de représenter l'enfant et prétend agir ainsi dans l'intérêt de celui-ci, Anne-Cathérine n'étant pas d'accord à accompagner son père aux dates spécifiées dans l'ordonnance de référé. L'enfant a d'ailleurs précisé au tribunal les motifs justifiant d'après elle ce refus : elle estime en effet que ses libertés sont trop restreintes au domicile de son père en Belgique, elle reproche à celui-ci d'avoir causé trop de peine à sa mère et elle juge injuste que son frère qui habite avec son père n'a de son côté pas besoin de venir séjourner périodiquement au domicile de sa mère à B. (L.). En ce qui concerne ce dernier point de vue, l'enfant est d'ailleurs vivement fortifiée dans son opinion par l'actuel mari de la prévenue qui a parlé d'un "déséquilibre des prestations" lorsque entendu comme témoin à décharge à la barre il s'est prononcé sur les droits de visite respectifs accordés à la prévenue et au demandeur au civil. L'aversion éprouvée par l'enfant Anne-Cathérine à l'égard de son père pour les motifs ci-dessus relatés, ne peut cependant constituer pour la prévenue ni une excuse légale, ni un fait justificatif, sauf s'il est établi en cause qu'elle a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément constatées l'ont empêché d'exécuter son obligation de représenter l'enfant (cf. C.S.J. arrêt no 92/86 du 21.4.86 Delambre c/ Nicolas, Cass.fr; 23.1.1968 Bull.crim. 1968, no 20; Cass.crim. 23.11.1982, Dalloz info rapides 143; T.C.L. no 1807/88 du 7.12.88 M.P. c/ Lemineur et autres références y citées). Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce, alors que la prévenue a déclaré à maintes reprises qu'elle n'entendait pas exécuter son obligation au vu du refus de l'enfant d'accompagner son père et que le témoin, père de la prévenue, a déclaré à l'audience que sa fille "laissait faire Anne-Cathérine et qu'elle ne l'influçait ni dans un sens ni dans un autre. Il ressort d'autre part des dépositions de l'enfant à la barre que X n'a pas usé de toute son autorité pour la convaincre d'exécuter la décision judiciaire qui, faut-il le rappeler, a été rendue dans son seul intérêt, après que ses père et mère avaient exposé leurs points de vue respectifs. L'infraction reprochée à la prévenue est partant établie. «

### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 14 mars 1990 (rôle n° 441/90)**

« Lorsqu'un enfant se refuse au droit de visite que son père entend exercer à son égard, sa

mère ne peut être reconnue coupable de l'infraction de non-représentation d'enfant que s'il est établi qu'elle a commis une faute parce qu'elle aurait dressé l'enfant contre son père. (CA Bruxelles, 9 novembre 1984, CA Bruxelles 1 octobre 1986, II 180; Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg 17 octobre 1989). Si la résistance des enfants ou leur aversion à l'égard de la personne qui les réclame ne saurait constituer pour celui qui a l'obligation de les représenter ni une excuse légale, ni un fait justificatif, il en est autrement lorsqu'il a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément constatées l'ont empêché d'exécuter son obligation. (Cass. Fr. 23.01.1968 Bull crim.1968 no 20, Cass.Crim. fr. 23.11.1968 Dalloz I.R. 143). Les circonstances exceptionnelles de nature à limiter l'obligation de représentation peuvent consister dans la situation de fait des enfants, leur âge ou leur état de santé (Cour sup. de Justice 21.04.1986 no 92/86-VI). En l'espèce, il ne résulte pas de l'instruction à l'audience que la mère a dressé la mineure contre son père, mais que l'enfant est obligée par sa mère à s'habiller et à descendre pour accompagner son père qui l'attend dans sa voiture aux portières fermées devant la maison. A chaque fois cependant la mineure, âgée de presque 15 ans va auprès de la voiture de son père et lui annonce son refus de l'accompagner. D'autre part, les témoins X et Y affirment que l'enfant fait des scènes à sa mère menaçant de s'enfuir si elle est obligée de partir avec son père. Il est également constant en cause que les résultats scolaires de la mineure ont fortement diminués. Ces affirmations sont confirmées par le certificat médical produit en cause qui contient également la recommandation de ne pas forcer la mineure à voir son père. »

#### **Cour d'Appel de Luxembourg du 16 mars 1990 ( Rôle n°50/90 V)**

« Si la résistance des enfants ou leur aversion à l'égard de la personne qui les réclame ne saurait constituer pour celui qui a l'obligation de les représenter ni une excuse légale ni un fait justificatif, il en est autrement lorsqu'il a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément constatées l'ont empêché d'exécuter son obligation (Cour d'appel, 21 avril 1986, Pas. XXVI, page 384). La question n'est donc pas de savoir si celui des parents qui a la garde des enfants s'est obtenu d'animer la haine de ceux-ci envers l'autre, mais de déterminer si malgré sa bonne foi et ses recommandations et coercitions, il lui était impossible de vaincre le refus des mineurs au risque, en cas d'insister, de nuire à leur santé et de se rendre ainsi fautif au sens de l'article 401 bis du code pénal. »

#### **Cour d'Appel de Luxembourg du 11 janvier 1991 Ministère Public contre W.**

« Eu égard aux éléments de la cause, il aurait été irresponsable de la part de la mère d'aller au-delà de simples recommandations, car en insistant, en raisonnant les enfants, en les menaçant de punitions ou en leur promettant des compensations, elle aurait risqué d'exercer sur eux des violences morales réprimés par la loi «

#### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 13 mars 1991 (Rôle n° 484/91)**

« La finalité de l'article 371-1 du Code pénal consiste à assurer le respect par les père et mère des décisions des autorités judiciaires qui ont statué sur la garde des enfants. Ce même respect incombe à toute autre personne ayant une autorité de fait sur les enfants ce qui est en l'espèce le cas pour la prévenue vivant en faux ménage avec le co-prévenu. Les termes employés par le législateur, à savoir la soustraction de l'enfant, sa non-représentation et son enlèvement, concernent tous les faits de nature à mettre en échec les mesures ordonnées dans l'intérêt de l'enfant. La soustraction, notion d'ailleurs suffisamment large pour englober la non-représentation et l'enlèvement, n'exige en conséquence pas uniquement et exclusivement un acte positif dans le chef de son auteur. L'obligation qui pèse sur les parents, s'ils veulent

échapper aux sanctions de l'article 371 -1 fait de l'infraction prévue par ce texte non seulement un délit de commission, mais parfois aussi un délit d'omission; le texte de loi n'impose pas seulement à ceux qui ont autorité sur l'enfant une obligation négative, ne rien faire pour empêcher la représentation du mineur, il leur impose encore une obligation positive, celle de tout faire, moralement et matériellement, pour assurer l'exacte observation de la décision judiciaire. Il réprime donc moins une action particulière qu'un résultat: le délit est constitué si, par suite de carence de l'inculpé, la décision n'a pas pu être ramenée à exécution (Jurisclasseur de droit pénal, Ve enlèvement de mineurs, No 112, 113). Par ailleurs l'attitude d'un mineur, sa résistance ou son aversion à l'égard de la personne qui le réclame, ne saurait constituer pour la personne qui a l'obligation de le représenter, ni une excuse légale, ni un fait justificatif, sauf lorsqu'elle a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément constatées l'ont empêché d'exécuter son obligation. (Cass.fr.23 janvier 1968, Bull.crim. 1 968, No 20; Cass crim 23 novembre 1982, Dalloz info. rapides 143). Les prévenus sont en défaut de fournir une explication réelle et sérieuse au refus des enfants de suivre leur mère. L'allégation d'une simple absence d'envie chez eux ou leur désir de rester le samedi après-midi auprès de leur famille paternelle ne saurait à l'évidence être suffisante. »

#### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 29 avril 1991 (Role n° 767A/91)**

« L'esprit de l'article 371-1 du code pénal sanctionnant la non-représentation d'enfant est de rendre punissable toute atteinte à une décision de justice statuant sur le droit de visite de l'enfant mineur dès que cette décision est exécutoire, même provisoirement. Or, une ordonnance du juge des référés ne peut être exécutée que si elle est précédée de sa signification. (cf. Cézard-Bru, Hebraud, Seignolle, Odoul, Juridiction du président du tribunal, Tome 1 Ed. 1978 no 150). Le délit de non-représentation d'enfant suppose dès lors, pour être caractérisé en ses éléments constitutifs, qu'à l'époque des faits incriminés, la décision ayant statué sur le droit de visite ait été signifiée au prévenu, car ce n'est qu'après cette signification que le bénéficiaire du droit de visite pouvait réclamer l'enfant et l'autre parent commettre le délit. (Tribunal de grande instance Le Mans 16 novembre 1983, G.P. 1984, 1 sommaire p.122, Corr. Nivelles 8.10.1986 J.T. 1987 p.788). »

#### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 11 novembre 1992 (Rôle n° 1417/92)**

« Par arrêt du 10 juillet 1989 la Cour Supérieure de Justice confirma un jugement du tribunal de la jeune se confiant la garde du mineur d'âge P à son père T. Avant cette décision la garde avait été exercé par la mère A qui, après son divorce, cohabitait depuis avril 1988 avec B. Il avait été convenu entre les parents de P que la mère bénéficierait d'un droit d'hébergement du 30 juillet jusqu'au 13 août 1989. Il résulte du dossier et des débats à l'audience que A et B ne voulaient cependant pas se plier à la décision judiciaire relative à la garde. P, influencé par sa mère et B refusait également d'aller vivre auprès de son père et ne voulait plus, à l'issue du séjour chez sa mère, retourner chez son père. A, B et l'enfant décidaient de quitter le Luxembourg en mettant à profit le droit d'hébergement confié à la mère. Au dernier moment A décida cependant de prolonger son séjour au Luxembourg et de ne rejoindre B et P qu'une fois que ceux-ci se seraient établis en Italie. L'enquête établit que le 18 juillet 1989 B demanda le renouvellement de son passeport et que le nouvel passeport lui fut remis le 21 juillet 1989. Le 1er août 1989 A préleva la somme de 310.000 francs sur son compte et remettait 300.000 francs à B pour permettre à B et P de subvenir à leurs besoins. Par ailleurs divers témoins déposaient devant les agents enquêteurs que A et B projetaient, dès l'instance d'appel contre le jugement statuant sur la garde, d'enlever ou de soustraire l'enfant à son père. A remettait également à B une autorisation permettant à ce dernier d'emmener l'enfant en vacances. Le 2 août 1989, un ami de A conduisait P et B à la gare de Metz d'où les deux derniers prenaient le train pour Marseille.

Il avait été convenu qu'ils devaient ensuite se rendre en Italie. P aurait dû rester à l'étranger jusqu'à l'âge de 13 ans alors que selon A après son treizième anniversaire il pourrait, dans le cadre d'une procédure d'attribution du droit de garde, être entendu par le juge et choisir librement chez lequel de ses père et mère il voulait habiter. Le 13 août 1989 T voulait reprendre l'enfant auprès de son ex-épouse mais cette dernière lui déclara que P était parti depuis le 2 août 1989 faire un tour avec B dans le nord du pays et qu'elle n'avait plus de nouvelles d'eux. Le 14 août 1989 T porta plainte contre A et B pour enlèvement et/ou non-représentation d'enfant. Le même jour A recevait, tel que convenu auparavant, un appel téléphonique de B. B reconnut devant le juge d'instruction qu'il avait appelé A une fois de Marseille et ultérieurement une fois de Rome. Lors de ce dernier appel B et P avaient déclaré à A qu'ils seraient à Milan. Il résulte du dossier qu'ils n'ont plus téléphoné à A après cet appel. Suite au mandat de recherche international B et P furent découverts en Calabre. Le 16 décembre 1991, donc 2 ans et 4 mois après sa disparition, l'enfant fut rapatrié au Luxembourg et au mois de juillet 1992 B fut également extradé. Pour que l'enlèvement de mineur libellé sub 1) par le Ministère Public soit constitué, il suffit que le mineur ait été sciemment et volontairement entraîné et déplacé par un tiers pendant un certain temps quand bien même il aurait consenti et, à ce moment, aurait déjà abandonné, de son propre gré son domicile ou la résidence qui étaient normalement les siens (cf. Crim. 24.07.57, D.58.288).

L'article 370 du Code pénal exige la réunion des trois éléments constitutifs suivants:

1) un fait matériel d'enlèvement ou de détournement qui implique un déplacement matériel d'un lieu à un autre dans le but de rendre impossible la découverte du mineur à ceux qui en ont la garde (Novelles, Droit pénal, T.3,n. 5996 et s.) Il faut donc que le mineur soit enlevé du lieu où il avait été mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels il était soumis ou confié (Schuind, Traité pratique de droit criminel 1, art. 368-271 C.p.).

2) la qualité de la victime: il faut qu'il s'agisse d'un mineur au-dessous de 16 ans, ce qui était le cas en l'espèce. En effet, P était âgé de 11 ans au moment des faits.

3) l'intention coupable. Le délit exige que le prévenu ait agi sciemment, volontairement et intentionnellement. La loi n'exige cependant pas une intention criminelle déterminée (cf. Schuind précité) et le mobile n'est pas pris en considération. Il faut essentiellement pour qu'il y ait infraction que l'auteur des faits ait agi sans droit c'est-à-dire qu'il n'ait aucun titre pour emmener l'enfant de l'endroit où celui-ci se trouvait normalement vers un lieu autre. L'infraction existe quand bien même l'enfant aurait suivi volontairement son ravisseur. En ce qui concerne la prévention d'avoir "fait enlever", il a été jugé que ces termes impliquent une extension des règles de la participation criminelle. L'auteur moral est mis sur le même pied que l'auteur matériel: tous deux tombent sous le coup de l'article 370 du Code pénal (cf. Novelles précité,n.6005). Par les termes "celui qui fait enlever" est visé quiconque donne un mandat d'enlever et quels qu'en soient les termes ou les conditions, et alors même que ce mandat n'aurait pas été accompagné de dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables (cf. Novelles précité). L'infraction de non-représentation d'un enfant à la personne qui est en droit de le réclamer c'est-à-dire à celle qui est investie du droit de garde sur cet enfant - libellée sub 2) de la citation - consiste dans le refus obstiné et volontaire de le rendre, ou tout au moins de fournir toute explication sur ce qu'il est devenu (Novelles, T.3,n.6026). Le délit exige la réunion de cinq éléments constitutifs, à savoir:

1) l'existence d'une décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant.

En effet, le délit de l'article 371-1 du Code pénal ne se conçoit qu'en fonction de l'existence d'une décision de justice provisoire ou définitive exécutoire. La décision n'a pas besoin d'être

coulée en force de chose jugée, il suffit qu'elle soit exécutoire par provision, même si elle n'a pas été signifiée (cf. Recueil annuel de jurisprudence belge 1990, Vo Enlèvement de mineurs, n.3). A ce sujet il a été jugé que le jugement modifiant ou maintenant les mesures provisoires au cours de l'instance bénéficie de l'exécution provisoire. En l'espèce, l'arrêt de la Cour Supérieure de Justice était une décision exécutoire, même un pourvoi en cassation n'aurait pas modifié ce caractère exécutoire, le pourvoi n'ayant pas d'effet suspensif, la méconnaissance par les prévenus des dispositions de l'arrêt constitue le délit de non-représentation (cf. Code pénal - Litec - art 357 - sub 3). L'article 371-1 du Code pénal s'applique par la généralité de ses termes, à la fois à la réglementation du droit de garde, du partage des vacances et du droit de visite.

2) la qualité de père ou de mère et d'autres personnes. L'article 371-1 du Code pénal a pour but d'assurer, par une sanction pénale, l'exécution des mesures judiciaires ordonnées au sujet de la garde des enfants mineurs, il ne saurait en revanche sanctionner l'inexécution d'une obligation qui n'est pas mise par la décision de justice à la charge personnelle d'un prévenu (Crim. 7.12.72, D. 73.172). Bien que le délit de non-représentation implique, pour être consommé, la circonstance que lorsque la réclamation a lieu, l'auteur se trouve "chargé de l'enfant" c'est-à-dire qu'il en ait la garde de fait (cf. Nouvelles précitées) et que B n'avait sur l'enfant aucun droit apparent ou réel, il est de jurisprudence que "quand la coopération matérielle est possible à un crime exigeant une qualité spéciale chez l'auteur principal, il n'y a aucun obstacle à ce qu'un tiers non revêtu de cette même qualité soit puni comme coauteur matériel" (Goedseels, Commentaire du Code pénal belge, n. 600).

3) la qualité de la victime: il doit s'agir d'un mineur de 18 ans.

4) un acte matériel de commission, d'omission voire même de carence de non-représentation d'enfant. Cet acte peut consister dans le fait de soustraire l'enfant, de ne pas le représenter, de l'enlever, de refuser de le rendre, de le cacher ou de l'emmener à l'étranger. La non-représentation peut aussi consister en une abstention pure et simple consistant à ne pas présenter l'enfant à celui qui a le droit de la réclamer. La non-représentation est également constituée lorsque l'enfant a été réclamé par celui qui en a la garde et lorsque celui qui doit le remettre s'y oppose soit par des agissements positifs tels que dissimulation ou refus catégorique soit par son inertie. Celle-ci peut consister dans le fait de ne pas user de toute son influence pour obtenir de l'enfant qu'il obéisse à la décision de justice le concernant. Lorsque c'est le mineur qui refuse d'être remis à la personne le réclamant, le "gardien" de l'enfant ne saurait s'abriter derrière cette attitude pour échapper à toute responsabilité pénale car il doit user de son influence sur le mineur pour que soit respectée la décision judiciaire (Crim. 29.04.76, J.C.P. 76 II. 18505). Il n'en va autrement que lorsque l'intéressé a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément constatées l'ont empêché d'exécuter son obligation par exemple "lorsque l'attitude antérieure du demandeur a gravement perturbé les enfants et que la perspective d'un nouvel exercice du droit de visite soit de nature à mettre en péril leur santé" (Crime. 15.12.76, Rev. sc. crim. 1977.339) ce qui n'est cependant pas le cas en l'espèce. L'opposition de l'enfant orchestrée par sa mère (Crim. 13.04.88, D. 1 989, 461) ne constitue pas une circonstance exceptionnelle justifiant la résistance du mineur. 5) l'intention délictueuse: la loi n'exige pas d'intention criminelle déterminée. Il suffit que l'auteur de l'infraction a agi volontairement en sachant qu'il violait une décision de justice. L'élément intentionnel est cependant un des éléments essentiels du délit de l'article 371-1 du Code pénal qui se caractérise par le refus réitéré et délibéré de remettre d'enfant à la personne qui a le droit de la réclamer, quel que soit le mobile qui guide cette attitude (Crim. 03.07.1984, Bull. crim. no. 254, p. 672). »

**Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg – 7e Chambre correctionnelle – 22 novembre 2001 (rôle n° 2787/01) BIJ 2004 p. 114/5**

« Le délit de non-représentation d'enfant exige la réunion de cinq éléments constitutifs, à savoir:

- 1) L'existence d'une décision judiciaire statuant sur la garde, le droit de visite et/ou le droit d'hébergement d'un enfant.

La décision judiciaire ne doit pas être coulée en force de chose jugée, il suffit que cette décision soit exécutoire par provision (Cass., 1er octobre 1973, Pas., 1974, I, 98; G. Schuind, Traité pratique de droit criminel, I, p. 348B). (...)

- 2) La qualité de mère ou de père de l'enfant ou d'autres personnes

Le délit de non-représentation de l'enfant implique, pour être consommé, la circonstance que lorsque la réclamation a lieu, l'auteur se trouve « chargé » de l'enfant, c'est-à-dire qu'il en a la garde de fait (cf. Nouvelles, Droit pénal, T. 3, n° 6026 et ss.). (...)

- 3) L'âge de l'enfant: il doit s'agir d'un mineur de moins de 18 ans (...)

- 4) Un acte matériel de non-représentation d'enfant à celui qui le réclame La non-représentation peut consister dans une abstention pure et simple résidant dans le fait de ne pas représenter l'enfant à celui qui a le droit de le réclamer. (...)

- 5) L'intention délictueuse

La loi n'exige pas d'intention criminelle déterminée, il suffit que l'auteur de l'infraction a eu la volonté consciente d'enfreindre une décision de justice. L'élément intentionnel étant un des éléments essentiels du délit de non-représentation, il se caractérise par le refus réitéré et délibéré de remettre l'enfant à la personne qui a le droit de le réclamer en vertu d'une décision de justice exécutoire, quel que soit le mobile qui guide cette attitude. »

#### **Cour d'appel de Luxembourg du 23 mars 2004 - Appel correctionnel – 5e Chambre (rôle n° 92/04V) (BIJ 2004)**

« Les dispositions de l'article 371-1 du Code pénal ont pour but d'assurer, par une sanction pénale, l'exécution des mesures ordonnées au sujet de la garde, du droit de visite et du droit d'hébergement d'un enfant mineur en érigeant en infraction la non-représentation de l'enfant à la personne qui est en droit de le réclamer.

La Cour se rallie aux considérations du ministère public et de la défense en ce qui concerne la qualité de titulaire, à l'époque des faits, de l'autorité parentale: conformément aux alinéas 1er et 2 de l'article 360 du Code civil, les droits liés à l'autorité parentale étaient exercés en commun par les deux époux (...) depuis leur mariage le 5 mai 2000. (...) aurait donc dû mettre en cause le père adoptif

lorsqu'elle avait introduit l'assignation en référé pour obtenir un droit de visite. Cette considération a d'ailleurs amené la septième chambre de la Cour d'appel à déclarer irrecevable la demande de (...) arrêt du 30 janvier 2001).

En ce qui concerne la question de savoir si les faits dans ces circonstances restent punissables, il convient de retenir que même si les dispositions concernant l'état des personnes et par conséquent celles concernant

l'adoption sont, comme le fait valoir (...), d'ordre public et qu'une décision de référé n'a qu'un caractère provisoire, il n'en reste pas moins qu'au moment des faits (...) avait méconnu une décision de justice légalement exécutoire. Le fait que cette décision a été réformée par la suite, de même le fait qu'une adoption plénière, prononcée le 5 juillet 2001 et rétroagissant en vertu de l'article 357 du

Code civil au jour de son dépôt – 5 juillet 2000 – partant également avant les faits, sont sans relevance. En effet, les décisions de référé sont, aux termes de l'article 938, alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile, exécutoires par provision.

Même si un juge d'appel réforme une décision et met ainsi à néant un jugement en substituant sa décision à celle du premier juge, ce principe n'empêche cependant pas que la première décision, dans la mesure où elle était exécutoire, ait eu des effets juridiques: la décision réformée ne saurait par conséquent être considérée comme inexistante. Il s'ensuit que la prévenue (...) aurait dû se conformer à l'ordonnance de référé du 30 juin 2000, jusqu'à la date de sa modification par une nouvelle décision de justice. La modification postérieure des faits de non-représentation ne saurait enlever à ce fait le caractère délictueux qu'il présentait au moment de l'acte (en ce sens: voir Cass. fr. ch. crim., 15.6.1965, D. 65 p. 761; id., 21.05.1980, Bull. crim., 1980 n° 157; Cass. Belge, 1.2.1977, Pas. belge 1977 p. 595, id. 21.2.1992, Pas. B., 1992, n° 260).

Si en l'espèce les éléments constitutifs du délit sont donc réunis, à savoir l'existence d'une décision judiciaire exécutoire, les qualités des parties au litige de mère et de grand-mère de la mineure et si l'acte matériel de non-représentation aux dates indiquées dans la citation est reconnu, (...) fait encore valoir l'absence de toute intention délictueuse de sa part, se prévalant de circonstances exceptionnelles consacrées par la jurisprudence qui auraient justifié son refus. (...) ne peut ainsi être contredite quand elle affirme que le 6 août 2000 elle s'était trouvée en vacances avec son mari et l'enfant et qu'elle était dans l'ignorance des modalités arrêtées par l'ordonnance de référé lui signifiée la veille au domicile mais en son absence. La Cour ne trouve dans le dossier pénal lui soumis aucun élément susceptible de démentir la prévenue et notamment de savoir à qui l'ordonnance avait été notifiée.

L'infraction, faute de preuves, n'est par conséquent pas établie, à l'exclusion de tout doute pour le jour en question. Il est constant que le 20 août 2000, (...) avait présenté à (...) un certificat médical attestant que l'enfant ne pouvait sortir de la maison pendant tout un mois. La Cour estime établies pour le 20 août 2000 les circonstances exceptionnelles retenues par la jurisprudence pour justifier le non-exercice par (...) de son droit de visite. Pareilles circonstances n'ont cependant pas été établies pour le 15 octobre 2000, (...) trouvant à cette date la porte fermée au domicile de (...). Celle-ci reste par conséquent convaincue du délit de non-représentation d'enfant. »

### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 Juillet 2005- 9e Chambre – Jugement correctionnel – N° 2370/2005 BIJ 2006 p.30**

« La finalité de l'article 371-1 du Code pénal consiste à assurer le respect par les père et mère des décisions des autorités judiciaires qui ont statué sur la garde des enfants et le droit d'hébergement et de visite. Ce même respect incombe à toute autre personne ayant une autorité de fait sur les enfants. Les termes employés par le législateur, à savoir la soustraction de l'enfant, sa non-représentation et son enlèvement, concernent tous les faits de nature à mettre en échec les mesures ordonnées par les juridictions dans l'intérêt de l'enfant.

Le délit de non-représentation d'enfants exige la réunion de cinq éléments constitutifs:

1) l'existence d'une décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant.

En effet, le délit de l'article 371-1 du Code pénal ne se conçoit qu'en fonction de l'existence d'une décision de justice provisoire ou définitive exécutoire. La décision n'a pas besoin d'être coulée en force de chose jugée; il suffit qu'elle soit exécutoire par provision, même si elle n'a pas été signifiée (cf. Recueil annuel de jurisprudence belge 1990, V° enlèvement de mineurs, n° 2) la qualité de père ou de mère des enfants ayant fait l'objet d'une mesure les concernant.

3) la qualité de la victime: il doit s'agir d'un mineur. (...)

4) un acte matériel de commission, d'omission voire même de carence de non-représentation d'enfant.

L'article 371-1 du Code pénal s'applique par la généralité de ses termes, à la fois à la réglementation du droit de garde, du partage des vacances et du droit de visite.

En l'occurrence, il n'y a pas de discussion à ce sujet, les parties étant en possession d'une ordonnance de référé, exécutoire par provision. La non-représentation est constituée lorsque l'enfant a été réclamé par celui qui a le droit de le réclamer et lorsque celui qui doit le remettre s'y oppose soit par des agissements positifs tels que dissimulation ou refus catégorique soit par son inertie comme en l'espèce.

Cette inertie peut consister dans le fait de ne pas user de toute son influence pour obtenir de ou des enfants qu'ils obéissent à la décision de justice les concernant. Lorsque, comme en l'espèce, les deux filles mineures refusent d'être remises à leur père les réclamant, le "gardien", donc ici la mère, ne saurait s'abriter derrière cette attitude pour échapper à toute responsabilité pénale car elle doit user de son influence sur le ou les mineurs pour que soit respectée la décision judiciaire (cf. Crim., 29.4.76, J.C.P., 1976, II, 18505).

La soustraction, notion suffisamment large pour englober la non-représentation et l'enlèvement, n'exige en conséquence pas uniquement et exclusivement un acte positif dans le chef de son auteur. L'obligation qui pèse sur les parents, s'ils veulent échapper aux sanctions de l'article 371-1, fait de l'infraction prévue par ce texte non seulement un délit de commission mais aussi un délit d'omission. Le texte de loi n'impose pas seulement à ceux qui ont autorité sur l'enfant une obligation négative – ne rien faire pour empêcher la représentation du mineur – il leur impose encore une obligation positive, celle de tout faire, moralement ou matériellement, pour assurer l'exacte observation de la décision judiciaire. Il réprime donc moins une action particulière qu'un résultat: le délit est constitué si, par suite de carence du prévenu, la décision n'a pas pu être ramenée à exécution (Jurisclasseur de Droit pénal, v° enlèvement de mineurs, nos 112 et 113; Cour d'Appel, 12 mars 1985, 666/85 VII).

Par ailleurs l'attitude d'un mineur, sa résistance ou son aversion à l'égard de la personne qui le réclame, ne saurait constituer pour celle qui a l'obligation de le représenter, ni une excuse légale, ni un fait justificatif, sauf lorsqu'elle a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément constatées l'ont empêchée d'exécuter son obligation (Cass. fr., 23 janvier 1968, Bull. crim. 1968, n° 20; Cass. crim., 23 novembre 1982, D., I.R., 143; Cour d'Appel, 13 mars 1991, n°484/91; Cour d'Appel, 30 janvier 1996, n° 56/96).  
5) l'intention délictueuse.

La loi n'exige pas d'intention criminelle déterminée. Il suffit que l'auteur de l'infraction ait agi volontairement en sachant qu'il violait une décision de justice. L'élément intentionnel est un des éléments essentiels du délit de l'article 371-1 du Code pénal qui se caractérise par le refus réitéré et délibéré de remettre le ou les enfants à la personne qui a le droit de le réclamer, quel que soit le mobile qui guide cette attitude (Crim., 3.7.84, Bull. crim., n° 254, p. 672) ».

**Obs:** Ce jugement est frappé d'appel.

#### **4. Procédure d'exécution**

##### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 15 juin 1992 (Rôle n° 851/92)**

« Les décisions présidentielles précitées, exécutoires par provision nonobstant appel, créent bien pour L H un droit de réclamer l'enfant contre J B aux époques, jour et heures y indiqués. L'exécution provisoire ne décharge cependant pas celui qui s'en prévaut, en l'espèce L H, de procéder à la signification de la décision de justice qui l'ordonne, même s'il s'agit d'une décision rendue par une ordonnance de référé, afin de pouvoir exercer en pratique le droit alloué. En effet, une ordonnance de référé étant assimilable à un jugement, il en résulte qu'elle ne peut

être mise en exécution qu'après signification d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, hormis le cas exceptionnel où le juge déclare l'ordonnance exécutoire sur minute (Paris, 23 mars 1984, DS 84, inf. rap. p. 248). En l'espèce aucun acte de signification n'est versé par L. H. L'infraction prévue à l'article 371-1 du Code Pénal et libellée à l'encontre de J. B. n'est partant pas établie en fait, L. H. ne disposant pas d'un droit exécutoire de réclamer l'enfant commun. »

#### **Tribunal d'arrondissement de Diekirch du 10 juin 2005 – Référé (Rôle n°150/2004)**

« En vertu de l'article 932 al 2, le juge des référés statue sur les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement ou d'un titre exécutoire.

Il est de principe que la difficulté d'exécution doit être définie comme étant tout moyen qui peut être invoqué par le débiteur pour empêcher ou arrêter l'exécution, respectivement tout moyen invoqué par le créancier de nature à justifier l'exécution de la décision.

S'agissant de la signature d'une convention préalable - concernant le respect du règlement d'ordre intérieur du service "Treffpunkt" auprès duquel le droit de visite est à exercer - ainsi que de la présentation des enfants auprès de l'expert, il s'agit de problèmes ayant trait à l'exécution d'une décision de référé, de façon que ces demandes sont recevables sur base de l'article 932 alinéa 2. »

#### **5. Compétence en matière de garde entre le juge des référés-divorce et du tribunal de la jeunesse et du juge des tutelles .**

Les trois juridictions peuvent être compétentes en matière de garde. Si un divorce est entamé le juge des référés-divorce est compétent pour prendre des mesures provisoires y compris des mesures de garde de l'enfant mineur. Si le divorce est prononcé et le jugement définitif, le juge des tutelles peut intervenir et modifier à tout moment la décision de garde. (2<sup>e</sup> espèce)

Si avant une procédure de divorce, le tribunal de la jeunesse a pris une décision de garde alors le juge des référés n'est plus compétent comme le prouve la décision ci-après. (1<sup>ère</sup> espèce)

#### **Cour d'appel de Luxembourg du 6 Juillet 2005 - 2e Chambre – Arrêt référé (divorce) – (rôle n° 30127) - (BIJ 2005)**

« Il résulte des pièces versées et des renseignements fournis en cause que les enfants communs A., B. et C. ont fait, en date du 10 mai 2004, l'objet d'une mesure de garde provisoire prise par le tribunal de la jeunesse.

Cette mesure, modifiée par une ordonnance du 2 septembre 2004, est toujours en vigueur.

Suivant l'article 11 de la loi du 10 août 1992, si le mineur est placé hors du domicile de ses parents, ceux-ci conservent uniquement un droit de visite et de correspondance dont le tribunal ou le juge de la jeunesse fixe les modalités, tandis que tous les autres attributs de l'autorité parentale relatifs à la personne du mineur sont transférés à la personne ou à l'établissement à qui le mineur est confié, à l'exception du droit de consentir à l'adoption et au mariage.

La demande de garde concernant les trois susdits enfants mineurs communs formée par D. en première instance se heurte à la décision du tribunal de la jeunesse du 10 mai 2004, qui s'impose à la juridiction statuant en matière de référé divorce.

Il s'ensuit que la demande de D. tendant à se voir attribuer la garde provisoire des trois susdits enfants communs est irrecevable.

Il doit en être de même, par corollaire, de sa demande en obtention d' «un secours pour l'entretien et l'éducation de ces enfants communs».

## **Cour d'Appel de Luxembourg du 6 octobre 2003 (Rôle n° 18/03)**

« Aux termes de l'article 378, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil, si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre. Ainsi l'autorité parentale exercée par le parent gardien n'est-elle ni exclusive ni discrétionnaire. Le droit de surveillance apparaît pour le parent non gardien comme un substitut permanent de l'autorité parentale qu'il n'exerce plus directement et qui lui permet de contrôler si le conjoint gardien utilise bien ses prérogatives au service de l'intérêt de l'enfant. Ce droit de surveillance s'applique notamment aux décisions relatives à l'orientation scolaire de l'enfant.

Lorsque le parent non gardien estime que les décisions prises ou à prendre par le parent investi de la garde sont contraires à l'intérêt de l'enfant, il pourra saisir le juge des tutelles. L'article 375-1 du code civil qui accorde compétence au juge des tutelles pour statuer sur les litiges relatives à l'exercice de l'autorité parentale s'applique non seulement pendant le mariage des parents, mais encore après leur divorce. Cette compétence du juge des tutelles est exclusive de toute autre et en particulier de celle du juge de la jeunesse. »

### **6. Droit de garde**

#### **6.1. Loi applicable**

##### **Tribunal de la jeunesse du 22 mars 2002 (Rôle n°s 10/02; 18/99)**

« Le litige relatif à la garde d'un enfant, présente des éléments d'extranéité, alors que l'enfant est de nationalité anglaise à l'instar de la mère tandis que le père est de nationalité irlandaise. En l'absence de convention applicable en l'espèce le litige doit être toisé par référence aux règles de conflit communément admises. On applique généralement à l'autorité parentale exercée par les parents après divorce soit la loi appliquée au divorce soit la loi nationale de l'enfant (F. Schockweiler éd. Bauler no 346 , H. Batiffol et P. Lagarde droit international privé éd. L.G.D.J. tome 2 no 458 et 478).

En l'espèce, la loi appliquée au divorce était la loi luxembourgeoise tandis que la loi nationale de l'enfant est la loi anglaise.

Il se trouve cependant que la règle de conflit anglaise renvoie à la loi luxembourgeoise en tant que loi du domicile des parents. La question qui se pose est celle de savoir si la règle de conflit luxembourgeoise désigne la loi interne, matérielle anglaise ou l'ensemble des règles de droit anglaises y compris les règles de conflit auquel cas il y aurait lieu d'accepter le conflit.

Autrement dit le juge saisi accepte-t-il que la loi que lui désigne sa propre règle de conflit désigne à son tour une autre loi pour régir le rapport de droit, cette autre loi pouvant être celle du juge saisi ou celle d'un autre Etat ?

Lorsque la loi désignée par la règle de conflit renvoie à la loi du juge saisi, ce renvoi est admis mais dans la mesure seulement où il est renvoyé à la loi matérielle du juge saisi (F. Schockweiler op. cité no 112 et 114; H. Batiffol et P. Lagarde op. cité tome 1 no 302; Trib.Lux. 06.06.1986 no 32 677 du rôle).

Il convient dès lors d'appliquer au litige la loi luxembourgeoise. »

#### **6.2. Droit de garde**

##### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (référé) du 21 février 2002 (rôle n° 63/2002)**

« En principe lorsque les parents se disputent le droit de garde provisoire de l'enfant l'intérêt de l'enfant devra être le seul critère de la détermination par le juge du titulaire du droit de garde.

L'intérêt de l'enfant impose de lui assurer la plus grande stabilité possible dans une période de sa vie où il doit déjà subir la séparation de ses parents. La situation actuelle a été provoquée par la mère qui a arraché l'enfant du domicile familial, qui a tiré l'enfant de sa vie scolaire, qui a coupé ses contacts avec son père, avec ses camarades de classe et avec ses petites amies qu'elle fréquentait pendant son temps libre.

Il n'appartient pas à la mère de créer une situation de fait qui aboutit à laisser l'enfant en semaine sous la surveillance d'une tante lorsque son père, qui s'en occupait depuis sa naissance, dispose du temps libre pour assurer son éducation.

En l'occurrence il est dans l'intérêt de l'enfant qu'elle réintègre l'ancien domicile conjugal, retrouve sa vie scolaire, l'enseignant, ses camarades de classe et ses petites amies, ainsi que son père. Attribuer la garde provisoire à la mère reviendrait à laisser l'enfant en semaine sous la surveillance d'une tierce personne et à réduire le contact avec le père, qui était permanence auprès d'elle, à un droit de visite et d'hébergement une fin de mairie sur l'autre. Sans doute est-il préférable de confier au père la surveillance de l'enfant que de la laisser à une tante. En l'occurrence le seul reproche formulé par la mère à l'encontre de l'aptitude éducative du père était son comportement possessif et sa tendance à l'écarter de l'enfant. Or par le fait de la séparation des parties ce problème se trouve en partie résolu. L'enfant étant dorénavant seule avec sa mère pendant l'exercice du droit de visite et d'hébergement et la rivalité se trouvera exclue du fait de l'absence du père.

Toutefois ces éléments d'appréciation dont dispose le juge des référés ne sont que lacunaires et insuffisants pour trancher la question du droit de garde à plus longue échéance. Il y a partant lieu de recourir à une enquête sociale, d'autant plus qu'il résulte des dires de l'époux qu'il est inscrit à l'administration de l'emploi afin de trouver un emploi lui permettant de subvenir lui-même à ses besoins et qu'il a dû résilier le contrat de bail relatif à l'ancien domicile conjugal étant donné que le loyer dépasse ses moyens financiers.

Mais en attendant le dépôt de l'enquête sociale à instituer la garde de l'enfant commune est à confier provisoirement au père, ceci pour le plus grand avantage de ladite enfant, sauf à accorder à la mère un droit de visite et d'hébergement. »

### **6.3. Divorce et droit de garde**

#### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (référé) du 31 octobre 2003 (rôle n°s 83880; 404/2003)**

« Si l'enfant doit fréquenter un foyer de jour, c'est uniquement parce que l'épouse s'adonne à une activité rémunérée à temps plein pour subvenir elle-même à ses propres besoins, situation que les juridictions encouragent pour les femmes en instance de divorce même si elles ont la garde d'un voire de plusieurs enfants. Dès lors lui enlever la garde de son enfant âgé seulement de neuf mois, parce qu'elle doit fréquenter un foyer de jour en raison de l'activité rémunérée de sa mère, reviendrait à sanctionner la mère et irait totalement à l'encontre de la politique actuelle des juridictions de référé.

S'y ajoute que le juge des référés estime que l'intérêt de l'enfant est tout aussi bien sauvegardé dans un foyer de jour composé de personnel d'éducation qualifié qu'auprès de la tante de l'époux. »

#### **Cour d'appel de Luxembourg du 15 octobre 2003 – 2e Chambre – Arrêt référé (divorce) – (Rôle n° 28074) (BIJ 2003)**

« L'appelant conclut en ordre principal à être autorisé à résider durant l'instance au domicile conjugal et au déguerpissement de [l'épouse] de celui-ci.

Il conclut en ordre subsidiaire à se voir accorder le droit d'accéder librement à la

partie du jardin où sont établies «les étables de la basse-cour» et les ruches d'abeilles. [L'appelant] soutient en second lieu que son épouse a pris l'initiative de l'action en divorce de sorte qu'elle n'aurait pas le droit de se voir attribuer le droit de résider séparée au domicile conjugal.

Cet argument doit cependant être écarté étant donné qu'il aurait pour conséquence d'écartier systématiquement de l'attribution de la résidence séparée au domicile conjugal celui des époux qui a pris l'initiative de la procédure; les conditions d'attribution du domicile conjugal doivent, en effet, obéir à des considérations d'ordre familial et économique et non pas à des considérations d'ordre procédural.

La garde provisoire de l'enfant commune ayant été attribuée à [l'épouse] et celle-ci étant la partie la plus faible économiquement, c'est à bon droit que le juge de première instance l'a autorisée à résider durant l'instance au domicile conjugal.

Il s'ensuit que l'appel de [l'appelant] n'est pas fondé dans sa branche principale.

Il résulte des renseignements fournis que [l'appelant] est le seul à s'occuper des poules, lapins et abeilles qu'il tient dans une partie du jardin attenante au domicile conjugal. Il échec dès lors de faire droit à la branche subsidiaire de l'appel et d'accorder à [l'appelant], par réformation, le droit d'accéder librement à la partie du jardin où il tient ses animaux. »

#### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (référé) du 14 novembre 2003 (rôles n°s 83244; 432/2003)**

« En ce qui concerne le droit de garde provisoire, il y a lieu de rappeler que la jurisprudence préfère, en principe, dans l'attribution du droit de garde provisoire, la mère au père. Il n'est dérogé à cette règle qu'en cas de circonstances exceptionnelles et graves (Gaston VOGEL, Le divorce en droit luxembourgeois, 2e édition, n° 161).

Force est de constater que l'époux ne fournit aucun élément susceptible de mettre en doute les capacités de la mère de s'occuper convenablement des quatre enfants communs. La décision concernant l'attribution de la garde provisoire des enfants doit être prise essentiellement en considération du seul intérêt de ceux-ci.

Or, l'intérêt des enfants consiste non pas dans le seul succès scolaire, mais exige, même, et surtout, en cas de séparation des parents que les enfants gardent les attaches tant à l'égard de leur père qu'à celui de leur mère et qu'il soit veillé à leur développement psychique et affectif harmonieux, tel qu'il est redû et indispensable à chaque enfant (Gaston VOGEL, op. cit. page 172).

Il a ainsi été décidé que le fait qu'une mère ait, suite à la séparation des époux et à l'introduction de la demande en divorce, rejoint son pays d'origine, ne saurait être sanctionné sur le plan du droit de garde provisoire, qui est à attribuer exclusivement en fonction de l'intérêt de l'enfant. La décision en question a retenu que l'intérêt de l'enfant, qui a suivi sa mère dans son milieu d'origine, commande que l'enfant reste auprès de sa mère, sous condition toutefois que le père bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement à aménager en fonction de l'intérêt de l'enfant et de la situation personnelle de ses parents (Lux. Réf. 5 janvier 1996, n° 3/95).

Compte tenu du lien étroit qui unit en l'espèce les quatre enfants à leur mère, de l'absence d'éléments permettant de conclure à un quelconque risque pour la santé tant morale que physique des enfants, d'une part, et compte tenu de la disponibilité réduite du père, rien ne s'oppose à confier la garde provisoire des enfants communs mineurs. »

**Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (référé) du 13 mai 2004 ( Rôles n°s 84394; 211/2004)**

« En principe, lorsque les parents se disputent le droit de garde provisoire des enfants, l'intérêt des enfants est le seul critère de la détermination par le juge du titulaire du droit de garde. L'intérêt de l'enfant impose notamment de lui assurer la plus grande stabilité possible dans une période de sa vie où il doit déjà subir la séparation de ses parents.

La décision sur la garde de l'enfant doit prendre en considération de nombreuses circonstances de fait tenant à l'enfant ou aux parents, dont généralement aucune n'est décisive, mais dont chacune a un poids plus ou moins important dans la formation de l'intime conviction du juge, en fonction notamment de la représentation qu'il a des éléments essentiels qui conditionnent le bon développement de l'enfant (Cour 27 juin 2000, n° 24607 du rôle).

En l'espèce, il ressort des débats à l'audience qu'il existe, de l'accord implicite des deux parents, depuis novembre 2003 une situation de fait, qui tient compte de la volonté des trois enfants, et que les enfants sont actuellement bien intégrés dans leur environnement social respectif.

Il ressort également des plaidoiries que l'équilibre des enfants n'est pas troublé par le fait que la fratrie n'a pas de contacts journaliers. Il n'y a donc pas de contradictions apparentes entre l'intérêt des enfants et leurs volontés respectives.

Au vu de ce qui précède, la garde provisoire de l'enfant commun mineur cadet est confiée à la mère, ceci pour le plus grand bien de l'enfant, sauf à accorder un droit de visite et d'hébergement selon les modalités formulées par le père et la garde provisoire des enfants communs mineurs aînés est confiée au père, ceci pour le plus grand bien des enfants, sauf à accorder un droit de visite et d'hébergement usuel à la mère. »

**Cour d'appel de Luxembourg du 19 janvier 2005 – Appel civil – 1<sup>re</sup> Chambre – (rôle n° 28842) (BIJ 2005)**

« En principe, lorsque le tribunal statue conformément aux conclusions des parties, celles-ci sont irrecevables à entreprendre ledit jugement quant aux dispositions qui entérinent leur l'accord. En effet, les parties, n'étant pas lésées par ces dispositions, n'ont aucun intérêt à les entreprendre (Cour d'appel aff. C. c/ P., 9-12-1998, n° 21748 du rôle; Cassation fr. civ. 2e ch., 19 juin 1981, D.

1981, Somm. comm., p. 381).

Cependant, les dispositions relatives au droit de visite et d'hébergement du parent non gardien étant toujours révisables, peuvent valablement faire l'objet d'un appel même lorsque la partie appelante avait obtenu satisfaction en première instance, à condition que des circonstances nouvelles imposent

d'adapter les mesures prises en première instance en fonction de l'intérêt des enfants. Or en l'espèce, il n'y a pas de circonstances nouvelles, étant donné qu'il n'est pas établi que l'appelante serait actuellement astreinte à travailler les samedis matin en exécution du contrat d'insertion. En outre, même à le

supposer recevable, l'appel serait non fondé, le juge ne pouvant imposer un élargissement de son droit de visite à un parent qui s'y oppose. Il appartient dès lors à l'appelante de demander une augmentation de la contribution de l'intimé aux frais d'entretien et d'éducation des enfants pour compenser les frais de gardiennage supplémentaires qu'elle devra supporter le cas échéant. »

## 6.4. Droit de visite

### **Cour d'Appel de Luxembourg du 15. mai 2002 (rôle n°25737)**

« Aux termes de l'article 302, alinéa 3, du Code civil, un droit de visite et d'hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des parents qui n'a pas obtenu la garde de l'enfant. En l'espèce, ni l'éloignement géographique entre le domicile du père et de celui de l'enfant ni la circonstance que l'enfant ne connaît pas son père, ne constituent des motifs graves faisant obstacle à des relations personnelles entre le père et son fils. Dans l'intérêt de l'enfant, il y a cependant lieu de tenir compte dans l'aménagement des modalités desdites relations du fait que le père est actuellement un étranger pour l'enfant. Partant, il échet de limiter pour l'instant les relations personnelles à un droit de visite à exercer une fois par mois, à savoir le premier samedi de chaque mois de 14 heures à 18 heures au lieu d'habitation de la mère à l'étranger. En cas d'empêchement de l'une ou de l'autre partie, celle-ci devra en informer l'autre en temps utile et le droit de visite sera exercé un autre jour à convenir entre parties. Il y a en outre lieu de dire que les premières cinq visites s'exerceront en présence de la mère ou d'une personne tierce désignée par celle-ci. »

### **Cour d'appel de Luxembourg du 2 avril 2003 (rôles n°s 26912 & 26913)**

« Il est exact que le droit de visite et d'hébergement, corollaire de l'absence de vie quotidienne avec l'enfant, est un droit naturel pour celui des parents auquel la garde de l'enfant n'a pas été attribuée et il est destiné à sauvegarder les liens familiaux entre ce parent et son enfant mineur et ce droit ne saurait être refusé par les tribunaux que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles et graves.

Or, en l'espèce, ces circonstances exceptionnelles et graves existent. Les éléments d'appréciation soumis à la Cour, qui dénotent un comportement d'une rare brutalité du père à l'égard des enfants - lesquels sont traumatisés à l'idée de devoir revoir celui-ci - font que dans le présent cas le droit de visite et d'hébergement doit être refusé au père. »

### **Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (référé) du 16 janvier 2004 (rôle 84902)**

« Le droit de visite et d'hébergement, corollaire de l'absence de vie quotidienne avec l'enfant, est un **droit naturel** pour celui des parents auquel la garde de l'enfant n'a pas été attribuée et il est destiné à sauvegarder les liens familiaux entre ce parent et son enfant mineur, et ce droit ne saurait être refusé par les tribunaux que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles et graves Cour, 1 avril 2003, numéros 26912 et 26913 du rôle ).

Ainsi, le simple refus sans cause apparente d'un enfant de suivre son père n'est pas un motif suffisant pour dénier à celui-ci un droit de visite, étant donné que ce ne sont pas les désirs de l'enfant qui commandent l'octroi ou non d'un droit de visite du père, mais l'intérêt de l'enfant à voir maintenir ou non les relations personnelles avec son père ( Cour, 22 mai 1996, numéro 18635 du rôle).

Le tribunal ne saurait partant interdire au père de voir son enfant au motif que celui-ci aurait d'autres occupations pendant son temps libre. »

### **Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (référé) du 23 juillet 2004 (rôles n°s 89092; 329/2004)**

« En attendant le dépôt d'un rapport d'expertise, compte tenu du fait que les éléments actuels du dossier ne permettent nullement de conclure à un comportement dangereux du père à l'encontre

de ses enfants, il y a lieu de maintenir le droit de visite et d'hébergement. Eu égard aux problèmes psychologiques du père, il y a lieu d'éviter en tout état de cause un surmenage du père du fait de la prise en charge de trois enfants en bas âge, qui pourrait éventuellement entraîner une dégradation de son état de santé. Le droit de visite et d'hébergement devra dès lors s'exercer en présence d'une tierce personne apparentée au père. »

## **6.5. Audition de l'enfant**

### **Cour d'Appel de Luxembourg du 7 mai 2003 (rôle n° 27387)**

« L'article 388-1 du code civil, lequel pourrait le cas échéant s'appliquer en l'espèce, prévoit sub 1) " que dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice, des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet " .

Cette disposition légale prévoit que le mineur capable de discernement " peut être entendu" dans toute procédure le concernant. De ce point de vue la loi du 20 décembre 1993 ayant introduit l'article 388-1 s'inscrit dans la logique de la Convention de l'ONU qui prescrit de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant (art. 12 alinéa 2) au cas où l'enfant est capable de discernement. Lorsqu'il s'agit de déterminer le moment à partir duquel une personne a la capacité d'accomplir tel acte donné, deux systèmes sont concevables, soit un système quantitatif et abstrait à délimiter le seuil de capacité en fonction de l'âge, soit un système qualitatif qui consiste à rechercher si l'individu a effectivement atteint le degré de maturité requis pour accomplir l'acte considéré. En l'espèce, les enfants sont âgés de 8 et 9 ans, elles peuvent en effet disposer à cet âge d'un discernement suffisant.

Concernant l'interprétation de l'article 388-1 du code civil il faut dire que celle-ci ne souffre, quant à elle, aucune ambiguïté. Son objet se limite à la seule écoute du mineur.

La précision que " l'enfant peut être entendu sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention " veut dire que l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Telle est l'interprétation unanimement admise par la jurisprudence. Le même article retient encore sub 3) que le mineur peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Lorsque le mineur amène un avocat à participer à son audition, il ne s'agit ni d'une représentation, ni d'une assistance au sens procédural du terme, mais il s'agit de l'aider à exprimer ses sentiments, de lui apporter une aide morale et psychologique. Il ne s'agit pas de défendre la cause d'une partie, mais d'accompagner le mineur qui doit être présent.

L'article 388-1 du code civil offre dès lors au juge la possibilité d'entendre le mineur aux fins d'information mais il consacre également sub 2) le droit pour le mineur de se faire entendre du juge et ceci à chaque fois que le mineur a un intérêt direct et personnel ce qui est le cas lorsqu'il en constitue l'enjeu principal. Ce que cet article ne prévoit toutefois pas c'est qu'un avocat puisse représenter un mineur dans les procédures civiles qui le concernent aux fins de défendre ses intérêts. »

### **Cour d'Appel de Luxembourg du 9 juillet 2003 (rôle n° 27880)**

« Ainsi, depuis l'entrée en vigueur au Luxembourg, par une loi du 20 décembre 1993, de la Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1988, qui a entraîné l'introduction dans le code civil, par une loi du 27 juillet 1997, d'un article 388-1, les juridictions ont la possibilité, voire même l'obligation, si le mineur capable de discernement le demande, d'entendre l'enfant lui-même. Mais cette " audition de l'enfant ", susceptible de procurer des informations au juge, peut également être faite par des tiers et, notamment, par des professionnels en la matière, mieux outillés et mieux formés pour procéder à de telles

mesures. C'est ainsi que des assistants sociaux peuvent être désignés pour procéder à des enquêtes sociales ou des psychologues ou médecins pour procéder à des rapports d'expertises, susceptibles d'aider le juge dans sa prise de décision. C'est dans cet ordre d'idées qu'également un avocat peut être désigné pour entendre l'enfant et fournir par la suite des informations au juge. Conformément à l'article 388-1 (3), l'avocat peut même assister l'enfant s'il est entendu par le juge, et cela pour l'aider, par exemple, à exprimer ses sentiments et pour lui apporter une aide morale et psychologique, même si cette assistance ne comporte pas le droit de "représenter", au sens procédural, le mineur dans une procédure civile. Évidemment, comme pour toute autre mesure d'instruction, et notamment les expertises, le caractère contradictoire de l'intervention de l'avocat de l'enfant doit être respecté, les droits de la défense des parties au litige devant être sauvegardés. »

### **7. L'astreinte**

Marc Thewes, «*L'astreinte en droit luxembourgeois*», *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 9, 1999, p.173

### **Bibliographie**

Fernand Schockweiler (mise à jour J.-P. Wiwinius), *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois*, 2<sup>e</sup> éd. Bauler, Lux. 1996

Weizel/Ravarani, *Jurisclasseur de droit comparé : Luxembourg*. Ed. techniques 2, 2001 Paris

Mariel Revillard, *Droit international privé et communautaire* 6<sup>e</sup> éd. Rép. Defrénois, 2006 Paris

Estelle Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé* tome 9 coll. Thèses Defrénois, 2004 Paris.