A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, seize avril deux mille huit.

Numéro 31924 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Jeannot NIES, avocat général ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

A.), fonctionnaire d'Etat, né le (…) à Luxembourg, demeurant à L-
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 25 juillet 2006,

comparant par Maître Catherine ZELTNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), salariée, née le (…) à Mont Saint Martin, demeurant à F-,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Revu l'arrêt rendu le 4 juillet 2007 ordonnant un sursis à statuer quant à la demande de **A.)** en institution d'une autorité parentale conjointe.

En sollicitant « la confirmation du jugement entrepris conformément à la loi actuellement en vigueur » suivant conclusions notifiées le 12 octobre 2007, **B.)**s'est opposée à cette demande.
A.) a, par conclusions notifiées le 12 février 2008, soutenu que l'article 302, alinéa 1er du code civil ne serait pas compatible avec le principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis de la Constitution en ce qu'il prive nécessairement l'un des parents de l'exercice de l'autorité parentale sur le ou les enfant(s) commun(s) en cas de divorce des parents.

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 un droit et un devoir de garde, de surveillance et d'éducation (article 372, alinéa 2, du code civil). Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité (article 375).
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 (article 378, alinéa 1er).
Suivant l'article 302, alinéa 1er du code civil, le tribunal statuant sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exigera 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 articles 378 et 389. Le parent non attributaire du droit de garde se verra attribuer un droit de visite et d'hébergement qui ne pourra être refusé que pour des motifs graves.
L'attribution par les tribunaux du droit de garde lors du divorce entraîne par conséquent dévolution de l'exercice de l'autorité parentale et de l'administration légale.

Les parents divorcés non attributaires du droit de garde peuvent s'estimer discriminés, soit par rapport aux parents mariés et par rapport à leur ex-conjoint qui s'est vu confier le droit de garde, soit même en comparaison de parents qui n'ont pas été mariés et qui vivent séparés. Cette discrimination pourrait être qualifiée d'illégitime et d'incompatible à l'article 10bis de la Constitution s'il était reconnu que la disparité existant entre ces catégories de parents n'était ni objective ni rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Les parents divorcés non gardiens souffriraient d'abord d'une discrimination par rapport aux parents mariés, non séparés de corps, et au parent titulaire du droit de garde.

Les parents divorcés non attributaires du droit de garde font valoir à cet égard que la parentalité est indépendante du mariage et donc de sa dissolution ; qu'il devrait donc en être de même de l'autorité parentale qui n'est que expression juridique de la parentalité ; que si le divorce met fin à

l'union légale qui unissait mari et épouse, il devrait laisser intactes les relations légales entre les enfants et chacun des parents ;
qu'il est en outre généralement admis qu'il est dans l'intérêt des enfants d'être élevés et éduqués par les deux parents ; que cet intérêt subsiste en principe après le divorce des parents ; que l'autorité parentale est instituée pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, et pour conférer un cadre légal au droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation ; qu'en règle générale l'autorité parentale ne devrait par conséquent pas être soumise aux aléas des relations personnelles entre parents et que ceux-ci devraient pouvoir exercer leur autorité parentale conjointement même après leur divorce ;
que le principe de l'exercice exclusif de l'autorité parentale après divorce par la mère ou par le père, sous réserve du droit de surveillance et du droit de visite du parent non attributaire du droit de garde, tel qu'instauré par les articles 302, alinéa 1er et 378, alinéa 1er et du code civil, ne répondrait par conséquent pas à une nécessité objective et qu'il ne serait pas rationnellement justifié ;
que la notion d'égalité visée à l'article 10bis de la Constitution devrait être comprise par référence au contenu et à la raison d'être des droits et obligations sous examen ; qu'en l'espèce l'appréciation de l'égalité des parents quant à leurs relations avec leurs enfants devrait se faire en considération de l'intérêt des ces derniers ; que l'intérêt des enfants serait qu'en principe l'autorité parentale soit exercée conjointement par leur père et leur mère et non exclusivement par leur père ou leur mère ;
que l'égalité des parents dans leurs relations avec leurs enfants est en outre consacrée par les conventions internationales approuvées par le Grand-Duché de Luxembourg ;
que suivant la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 20 décembre 1993, article 18, 1ère phrase, : « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement » ; que cette obligation faite aux États contractants ne distingue pas suivant que les parents sont mariés ou divorcés, vivent en union libre ou séparés de fait ;
que le protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, approuvé par la loi du 27 février 1989, dispose en son article 5, 1ère phrase, que « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractères civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » ; que cette disposition oblige les États parties à la convention d'assurer le principe d'égalité des époux dans leurs relations avec leurs enfants tant durant le mariage qu'après sa dissolution ;

que même si la Cour Constitutionnelle a pour seule mission de contrôler la constitutionnalité des lois et non la conventionnalité de celles-ci, l'interprétation de l'article 10bis de la Constitution devrait néanmoins être conforme aux obligations auxquelles l'État du Grand-Duché de Luxembourg a souscrites dans les conventions internationales précitées qui, dans la hiérarchie des normes juridiques, l'emportent sur le droit interne ;

que par conséquent les considérations exposées ci-dessus ne permettraient pas de soutenir qu'il serait satisfait au principe constitutionnel d'égalité par la vocation égale de chacun des parents de se voir confier la garde de l'enfant commun en cas de divorce ;
que le principe posé par l'article 304 du code civil suivant lequel « la dissolution du mariage par le divorce prononcé en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois », ne doit pas rester limité à l'état légal des enfants nés du mariage et à leurs droits patrimoniaux, mais devrait aussi valoir quant à leurs relations personnelles avec chacun des parents.

Les parents divorcés non gardiens peuvent encore estimer qu'ils sont placés dans une situation légale inférieure par rapport à celle réservée aux parents qui n'ont pas été mariés et qui vivent séparés.
En effet, l'article 380 du code civil a prévu la possibilité d'instaurer une autorité parentale conjointe hors mariage dans le cas de l'enfant naturel reconnu par ses deux parents sans distinguer suivant que les parents cohabitent ou vivent séparés. La loi introduit ainsi une différentiation par rapport aux parents divorcés non attributaires du droit de garde qui, bien que placés objectivement dans la même situation de fait par rapport aux enfants, sont privés de la possibilité de conserver l'autorité parentale conjointe.
L'instauration du principe de l'exercice privatif de l'autorité parentale par un seul des parents en cas de divorce créerait non seulement une inégalité entre les parents divorcés par rapport aux parents qui n'ont pas été mariés, et par conséquent une différentiation entre les situations des enfants selon qu'ils sont nés ou non dans le mariage.

Comme la décision sur la question soulevée est nécessaire pour rendre l'arrêt, que la question de constitutionnalité est pertinente et que la Cour Constitutionnelle n'a pas déjà statué sur une question ayant le même objet, il y a lieu de saisir la Cour Constitutionnelle des questions préjudicielles libellées au dispositif du présent arrêt.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement sur le rapport du magistrat de la mise en état et les conclusions du Ministère public ;

sursoit à statuer sur la demande de **A.)** en instauration d'une autorité parentale conjointe ;

avant tout autre progrès en cause :

défère à la Cour Constitutionnelle les questions suivantes :

1) les articles 302, alinéa 1er et 378, alinéa 1er du code civil sont-ils conformes à l'article 10bis de la Constitution en ce qu'ils attribuent par

principe l'exercice exclusif de l'autorité parentale en cas de divorce à l'un des parents et écartent par voie de conséquence l'autre parent de l'exercice de l'autorité parentale, sous réserve de son droit de surveillance et de son droit de visite?

2) les articles 302, alinéa 1er et 378, alinéa 1er du code civil sont-ils conformes à l'article 10bis de la Constitution en ce qu'ils attribuent par principe l'exercice exclusif de l'autorité parentale en cas de divorce à l'un des parents sans que la loi ne prévoie la possibilité de maintenir ou d'instaurer une autorité parentale conjointe au cas où l'exercice en commun de l'autorité parentale était justifiée par l'intérêt de l'enfant alors que l'article 380 du code civil prévoit la possibilité d'instaurer une autorité parentale conjointe hors mariage dans le cas de l'enfant naturel, reconnu par ses deux parents, sans distinguer suivant que les parents cohabitent ou vivent séparés?

réserve les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, président de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.