

N° 5155³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (19.4.2004).....	1
2) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (8.3.2004)	2

*

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(19.4.2004)

Monsieur le Ministre de la Justice,

Vous m'aviez transmis par courrier du 23 décembre 2003 le projet de loi visé sous rubrique en demandant d'inviter les autorités judiciaires à vous soumettre leurs observations sur les aspects techniques, procéduraux du projet de loi.

Malgré des rappels aux différentes instances consultées, seul le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fait parvenir un avis qui est l'œuvre du Président de la Chambre du divorce, Monsieur Roger LINDEN.

Il est vrai que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est la juridiction traitant l'essentiel des affaires de divorce et Monsieur le Vice-Président Roger LINDEN, hautement qualifié, excellent juriste et dont l'expérience pratique en la matière spécifique du divorce en sa qualité prévisée est indiscutable, a émis un avis remarquable, très fouillé et approfondi.

J'estime que ses observations nombreuses et pertinentes ne sauraient être ignorées et que le projet de loi est à remanier profondément en tenant compte de ces observations afin que la loi puisse être appliquée utilement et sortir les effets voulus.

Permettez-moi d'opiner par ailleurs que le projet de loi sous rubrique consistant en une réforme de société sans précédent d'une matière du code civil pose de très substantiels problèmes de fond et de procédure, à ne citer qu'à cet égard à titre d'exemple l'épineuse problématique complexe d'un juste et équitable équilibre de la situation économique de chacun des époux après le divorce.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre de la Justice, l'assurance de ma haute considération.

Le Procureur Général d'Etat,
Jean-Pierre KLOPP

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

(8.3.2004)

Par dépêche du 23 décembre 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a transmis le projet de loi visé ci-dessus à Monsieur le Procureur Général d'Etat en lui demandant d'inviter les autorités judiciaires à lui soumettre leurs observations sur les aspects techniques et procéduraux dudit projet.

Par transmis du 24 décembre 2003, Monsieur le Procureur Général d'Etat a continué la dépêche notamment à Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement qui par transmis du 5 janvier 2004 l'a continuée à la quatrième chambre du tribunal pour avis.

Par transmis du 19 février 2004, Monsieur le Procureur Général d'Etat lance un rappel à certaines autorités judiciaires concernées en les priant de lui faire parvenir l'avis demandé *dans les meilleurs délais*.

*

I. CONSIDERATIONS GENERALES

Le but premier du projet de loi sous rubrique est de réformer la procédure de divorce aux fins de tenter de la rendre la moins conflictuelle possible. Un autre but consiste à rendre plus objectives les causes de divorce en ne retenant plus que deux cas d'ouverture: soit l'accord des parties concrétisé dans le cadre du divorce par consentement mutuel, soit la constatation par le tribunal de la rupture irrémédiable des relations conjugales. Le rôle du juge doit changer et consister notamment à essayer de concilier les parties.

Le projet de loi entend partant abolir le divorce pour excès, sévices et injures graves, cas d'ouverture qui est à l'origine de la plupart des jugements de divorce rendus pour cause déterminée.

Les auteurs du projet insistent sur l'expérience traumatisante que constitue une procédure de divorce non seulement pour les époux concernés, mais encore et surtout pour les enfants communs et accessoirement pour le proche entourage.

Ils sont d'avis que le rôle du juge doit évoluer et qu'il devra dans la nouvelle procédure à introduire pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales chercher à concilier les parties de sorte à humaniser la procédure.

La procédure de divorce a été remaniée de façon substantielle par la loi du 27 juillet 1997 ainsi que par celle du 3 août 1998. Le demandeur en divorce n'est plus obligé de passer par ce qu'il était convenu d'appeler une première phase non contentieuse lors de laquelle il était de la mission du juge de s'enquérir de la volonté persistante du demandeur de continuer la procédure et d'essayer de concilier les parties.

Tout début de procédure de divorce recèle des éléments conflictuels plus ou moins prononcés. Les parties s'opposent souvent en ce qui concerne les différentes mesures provisoires à prendre. C'est le juge des référés qui est actuellement compétent pour statuer sur ces mesures. Son mode de saisine et l'organisation inhérente à cette juridiction permettent une prise de décision rapide. Cette rapidité est d'ailleurs un élément non négligeable: elle permet aux parties de savoir de quoi le proche avenir sera fait, en attendant une décision toisant le fond du litige. La comparution personnelle des parties est ordonnée de façon ponctuelle, mais non pas systématique. Le recours à cette mesure d'instruction constitue l'exception. Elle sera le plus souvent ordonnée lorsque le juge est saisi d'une demande de mesure de garde provisoire du ou des enfants communs sinon d'une demande en allocation d'un droit de visite et d'hébergement et qu'il souhaite obtenir davantage de renseignements de la part des époux.

La procédure sera en général déjà bien moins conflictuelle lorsque les parties auront à plaider le divorce devant le juge du fond. Leur situation aura entre-temps dans la majorité des cas été réglée provisoirement par le juge des référés. Les discussions concernant les mesures accessoires au fond porteront souvent sur le mérite des mesures prononcées en instance de référé. Il est rappelé que les ordonnances du juge des référés n'ont qu'une autorité provisoire et ne lient pas le juge du fond.

La procédure de divorce devant le juge du fond est devenue moins lourde qu'elle ne l'était depuis l'introduction de la loi du 11 août 1996 sur la mise en état entrée en vigueur le 16 septembre 1998. Cet instrument juridique permet au juge du siège d'intervenir pour faire avancer la procédure et notamment pour inviter les mandataires à instruire le dossier sous ses divers aspects.

Le temps où le juge adoptait une attitude passive lors de l'instruction de l'affaire en attendant qu'elle soit suffisamment instruite pour prendre par après une décision est révolu. Une affaire de divorce contentieuse peut dans certains cas être évacuée dans des délais avoisinant les six mois, le délai d'évacuation normal étant en règle générale d'une année.

L'approche du juge a changé. Etant conscient du rôle social et pacificateur qu'il est amené à exercer dans un domaine relevant de l'état des personnes, il se laisse souvent guider par le souci, pour peu que les parties veuillent bien le suivre dans cette voie, de tenter de régler les mesures accessoires au divorce en accord avec celles-ci.

Le nombre de jugements dans lesquels les parties s'accordent sur tous sinon du moins sur certains volets du litige est important. Il n'est cependant pas possible de fournir de pourcentage.

Le rôle des avocats n'est pas à sous-estimer. Ils conseillent souvent les clients à chercher des compromis plutôt que de vouloir continuer à se livrer bataille.

Le moment choisi pour parvenir à un tel accord est important: il ne faut pas oublier que les parties auront dans un premier temps vu régler les mesures provisoires par le juge des référés et qu'un délai plus ou moins court ou long se sera écoulé pendant lequel les époux auront pu en mesurer les effets. Il s'y ajoute que la situation conflictuelle a tendance à s'estomper en cours de procédure, les parties manifestant le désir d'en finir une fois pour toutes. L'accord des parties, total ou partiel, ne se fait partant en règle générale pas en début de procédure – dans ce cas, elles préféreront opter pour la voie du consentement mutuel dès le début ou même en cours de procédure contentieuse – mais normalement à un moment où le juge du fond est amené à toiser définitivement les mesures accessoires.

Ces constatations tirées de la pratique judiciaire normale sont à considérer comme un élément de réponse à la question de savoir s'il y a lieu de changer de façon aussi radicale une procédure qui a fait ses preuves et qui ne rencontre pas de critiques majeures de la part des praticiens.

Un autre aspect sur lequel le tribunal entend insister se rapporte à la compétence du juge chargé de toiser les différentes mesures provisoires et accessoires.

Le projet de loi ne fait pas de distinction spécifique en ce qui concerne les compétences respectives du juge des référés et du juge du fond. Cette approche est-elle délibérée? Est-ce à dire qu'un seul juge sera compétent pour statuer tant sur les mesures provisoires que sur le fond du litige en ce y compris les mesures accessoires définitives? N'y a-t-il pas lieu dans ce cas à institution d'un juge spécialisé dans les affaires matrimoniales qui serait également compétent pour toutes les questions relevant de l'après-divorce?

Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité au regard du bref délai imparti pour prendre position sur un projet aussi important, le tribunal se permet de faire les observations suivantes en ce qui concerne le détail des dispositions proposées.

Certaines d'entre elles sont copiées sinon du moins inspirées par le projet de loi français adopté en première lecture par le Sénat lors de son audience du 8 janvier 2004, projet qui devrait être soumis à l'Assemblée Nationale au courant de ce mois de mars.

Il y sera fait occasionnellement référence au long de cet avis.

*

II. LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL (conditions de fond et procédure)

Il est proposé d'abolir la deuxième comparution devant le Président du tribunal. Il est encore proposé de réduire la durée du mariage de deux à une année au cours de laquelle une requête conjointe ne peut être déposée. La condition d'âge minimal est abolie.

Il y a simplement lieu de relever que les époux mettent souvent à profit le délai entre les deux comparutions pour s'assurer de la bonne exécution des mesures contenues dans la convention qui est encore susceptible de modifications en cours de procédure. Il convient dans ce cas de soumettre la convention modifiée au tribunal faute de quoi elle sera sans valeur. (Cour 2.2.2000, P. 31, 349)

Il y a lieu de mettre en harmonie l'article 230 du code civil avec l'article 1397 du même code prévoyant la possibilité d'un changement du régime matrimonial uniquement au bout d'un délai de deux années de mariage. Le fait pour les époux de les obliger à régler préalablement à la demande leurs droits

respectifs les amène dans la majorité des cas à liquider et partager les biens communs ou indivis au moyen d'un changement de régime matrimonial.

La rédaction de l'article 231 proposé gagnerait en clarté par l'adjonction au texte que le tribunal homologue la convention de divorce. Le projet de loi français prévoit en son article 232 que le tribunal homologue la convention.

L'article 235 prévoit notamment que les époux peuvent se faire assister par un avocat à la Cour dans la rédaction sinon dans l'introduction de la convention. Il convient de se poser la question de savoir si cette assistance ne devrait pas, au regard de l'unique comparution envisagée dans le cadre de la procédure et au regard des enjeux importants pour le futur, être rendue obligatoire. La rédaction d'une convention par un notaire est une autre solution qui ne manque pas d'arguments. L'article 250 du projet français prévoit que la demande est présentée par un ou deux avocats.

Il est proposé que le juge examine la convention d'abord avec chacun des époux, puis qu'il les réunit. S'agissant cependant a priori d'une situation d'accord entre les époux, il n'y a pas lieu d'alourdir outre mesure la procédure, les époux pouvant tout aussi bien directement se présenter ensemble devant le magistrat. La démarche peut cependant se justifier pour le cas où le juge devait avoir des doutes quant à la volonté éclairée et libre des époux de divorcer dans les conditions prévues dans le projet de convention.

L'article 237 traite du refus d'homologation de la convention par le tribunal. Ce cas devrait en pratique constituer l'exception.

Il est à supposer que le tribunal devra indiquer les raisons l'amenant à refuser l'homologation, tirées de l'insuffisance de la protection des enfants ou de l'un des époux. Ce refus, ne devrait-il pas être précédé d'un débat contradictoire permettant aux parties au moins de prendre position ou est-ce que le tribunal pourra d'office refuser l'homologation même sans que le magistrat devant lequel les époux ont comparu les aura rendu attentifs au risque de ne pas voir homologuer la convention?

La décision du tribunal doit-elle faire l'objet d'un jugement ou d'une simple information à envoyer aux parties par la voie du greffe? Aucune voie de recours n'est en tous les cas prévue contre la décision du tribunal qui peut être analysée comme une décision de surséance.

L'article 237 alinéa 2 prévoit la possibilité pour le tribunal d'homologuer les mesures provisoires que les parties *s'accordent, le cas échéant, à prendre*. Les parties ne les ont-elles pas déjà prises dans le cadre de la convention de divorce? Devront-elles devant la situation nouvelle prendre de nouvelles mesures? Sont-elles à soumettre au tribunal dans le cadre d'une requête spécifique?

*

III. LA RUPTURE IRREMEDIABLE DES RELATIONS CONJUGALES (conditions de fond et procédure)

1. La procédure préalable à l'assignation

Il vient d'être rappelé ci-dessus que la phase de la conciliation a plus de chance d'aboutir à un moment où la procédure est déjà engagée depuis un certain temps, une conciliation tentée au début de la procédure à un stade de conflit intense entre les parties étant moins sûre d'aboutir.

La comparution des parties devant le juge qui doit s'entretenir personnellement avec chacune d'elle aux fins de tenter de les concilier est, à moins que de ne vouloir en faire uniquement un exercice de style, une procédure lourde qui ne fait que compliquer un système où les parties sont avant tout intéressées à voir régler aussi rapidement que possible les mesures provisoires.

On voit d'ailleurs mal le juge s'entretenir avec les parties autrement que dans l'intimité. Il faut rappeler que le tribunal d'arrondissement, pour en rester au niveau des considérations purement matérielles, ne dispose d'aucune salle de réunion (les salles d'audience ne se prêtent pas à ce genre de rencontres) digne de ce nom. Il n'est pas supposé que les auteurs aient eu la volonté que le juge confère en audience publique avec les parties.

La procédure prévue est lourde. Le juge s'entretient d'abord avec un époux, puis avec l'autre, puis avec les deux et enfin avec les deux en présence de leurs avocats respectifs. Le système est idéal dans sa conception, mais difficilement réalisable en pratique au regard du nombre de demandes de divorce

introduites et des exigences d'un délai raisonnable endéans lequel les parties peuvent du moins espérer voir régler les mesures provisoires.

Il est vrai que la date de parution de la demande à l'audience ne sera plus à la libre disposition des parties qui ne pourront plus assigner à jour fixe devant le juge des référés, mais elle sera fixée par le juge moyennant convocations à faire par le greffe, mode de convocation qui soit dit en passant n'est pas la solution idéale. Encore convient-il de s'interroger sur les délais de convocation et le nombre d'affaires qu'un juge est susceptible d'évacuer par audience, la conciliation étant faut-il une fois encore le rappeler tout sauf évidente à ce stade précoce de la procédure.

La possibilité pour les parties de rédiger elles-mêmes une requête sans l'assistance obligatoire d'un avocat telle que prévue à l'article 241 du code civil est source de problèmes. Il faut également ici se poser la question de savoir si le ministère d'avocat ne doit pas être rendu obligatoire au vu de l'importance des enjeux à venir de même qu'au vu de la charge incombant au juge qui saisi d'une requête non présentée par un professionnel verra sa tâche souvent rendue plus difficile (rédaction défectueuse, pièces manquantes). Le projet de loi français prévoit d'ailleurs dans son article 251 l'introduction d'une requête par avocat.

Il est à cet endroit encore bon de s'interroger sur l'opportunité de la faculté (devoir?) donnée au juge de renvoyer les parties dans un premier temps et de les inviter à se représenter une deuxième fois endéans un certain délai. L'article 243 tel que proposé tend encore à faire l'amalgame de problèmes qu'il n'y a cependant pas lieu de mélanger. Le juge qui officie à ce stade de la procédure ne devrait s'intéresser qu'aux mesures à prendre durant l'instance, mais ne pas se pencher sur le fait de savoir si la cause d'ouverture du divorce est remplie en l'espèce ou non. Renvoyer les parties à une audience ultérieure aux fins de conciliation alors même qu'elles sont contraires quant au caractère irrémédiable de la rupture de leurs relations conjugales risque de ne mener à aucun résultat concret sauf celui de l'allongement de la procédure. La possibilité de renvoyer les parties doit partant être indépendante du fond des causes du divorce. D'après l'article 242, le renvoi à une audience ultérieure paraît être de rigueur en cas de défaillance du défendeur.

Le mode de convocation par la voie du greffe est source de voir augmenter le nombre de procédures par défaut. La notification se fera en effet par la voie postale à une adresse fournie au greffe par la partie demanderesse. La procédure de divorce est spécifique en ce sens que le domicile du défendeur est souvent encore à l'ancienne adresse du domicile conjugal alors même qu'il n'y habite plus. La lettre valant convocation sera souvent réceptionnée par l'époux demandeur. Contrairement à l'article 155(5) du nouveau code de procédure civile qui prévoit que la copie ne peut être remise à celui à la requête duquel l'acte est signifié, l'article 102(5) du nouveau code de procédure civile applicable à la notification diligentée par le greffe dispose que la notification sera réputée faite le jour de la remise de la lettre recommandée à la personne qui l'accepte. Le défendeur régulièrement convoqué par la remise de la lettre à son conjoint fera partant systématiquement défaut, n'étant même pas au courant de la procédure intentée à son encontre.

La procédure actuelle oblige au contraire l'huissier de justice à rechercher l'adresse du défendeur.

Le commentaire de l'article 243 peut prêter à confusion au regard du contenu de l'article tel que proposé. Tandis que l'article 243 prévoit qu'en cas de contestation du défendeur quant au caractère irrémédiable de la rupture, le juge renvoie les parties, le commentaire laisse entendre que le juge peut renvoyer les parties non pas seulement lorsque le caractère irrémédiable de la rupture est en cause, mais encore s'il n'y a pas accord quant aux mesures accessoires.

Autant dire que le renvoi sera la règle systématique pour le cas où le non-accord des parties quant aux conséquences du divorce est à ce stade précoce de la procédure une cause de renvoi. Le renvoi ne doit être qu'une mesure laissée à la libre appréciation du juge, non pas une obligation.

L'article 244 tel que formulé donne l'impression qu'il est dans la mission du juge de tenter de réconcilier les parties, ce qui ne semble cependant pas être dans les intentions des auteurs du projet de loi.

2. Les mesures provisoires

Il est renvoyé en ce qui concerne la compétence du juge appelé à édicter de telles mesures aux considérations générales sub I.

L'article 246 tel que proposé concerne un éventail de mesures provisoires à prendre. Le commentaire précise que l'énumération n'est pas exhaustive. S'agissant cependant d'une compétence d'attribution, il

est indiqué de limiter les mesures qui sont susceptibles d'être prises au niveau provisoire. Elles doivent toutes s'insérer dans les devoirs nés du mariage et qu'il y a lieu de moduler au regard de l'instance introduite.

Les auteurs innovent en accordant au juge la possibilité de proposer une médiation. Le commentaire renvoie à la médiation familiale sinon à un notaire.

Il n'est pas à la connaissance du tribunal que le code civil ou d'autres lois instituent la médiation civile voire la médiation familiale. Le recours à une telle notion ou institution est particulièrement délicat à défaut de statut défini quant aux pouvoirs et effets d'une telle médiation.

Les mesures provisoires concernant les aspects relevant de la liquidation du régime matrimonial sont inopportunes à défaut de certitude concernant la dissolution du lien matrimonial. Ce pouvoir est à réserver au juge du fond qui prononce le divorce, faculté lui accordée par ailleurs par l'article 253 in fine tel que projeté.

L'article 247 du code civil est laconique et semble donner des pouvoirs au juge, dès le dépôt de la requête initiale. Il semble d'après sa formulation que le juge puisse prendre ces mesures sans consultation et entretien préalable avec les parties, de façon non contradictoire. Sera-t-il à cet effet spécialement saisi par voie de requête unilatérale?

D'après le commentaire, il s'agit de mesures de droit commun. De quelles mesures s'agit-il? La compétence du juge est-elle exclusive ou est-elle concurrente avec d'autres juridictions éventuellement compétentes pour édicter de telles mesures de droit commun? Il semble au regard du libellé „*sans préjudice des articles 1008 et suivants du nouveau code de procédure civile*“ que cette compétence soit concurrente. Des conflits positifs de compétence sont à prévoir.

Les articles 248 et 249 traitent de la notification des ordonnances prises sur base des articles 245-247 du code civil et des voies de recours.

L'appel est-il suspensif ou l'ordonnance est-elle exécutoire par provision? Si la dernière hypothèse devait être le cas, il y aurait lieu de le préciser.

3. L'assignation en divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales

L'article 250 projeté renvoie implicitement („*outre les formalités ordinaires*“) aux formalités prévues aux articles 153 et 154 du npc. Cette dernière disposition fait notamment obligation au demandeur d'indiquer l'objet et un exposé sommaire des moyens. Le demandeur ne pourra partant pas se contenter d'affirmer que les relations matrimoniales sont irrémédiablement rompues, mais il devra encore établir la réalité de cette rupture.

Il est cependant utile de s'interroger s'il n'est pas opportun de prévoir un délai maximal endéans lequel l'assignation doit être introduite voire même déposée au tribunal. Les mesures provisoires n'ont en effet de raison d'être qu'au vu de la finalité de la procédure, à savoir la dissolution du lien matrimonial. Elles devraient perdre leur effet en cas de non-assignation. Dans l'état actuel de la législation, l'exploit d'assignation est la plupart du temps double en ce que le défendeur est requis de comparaître aussi bien devant le juge des référés que devant le tribunal statuant sur le fond du litige.

Eu égard aux mesures provisoires déjà ordonnées, le défendeur initial en requête peut avoir intérêt devant l'inertie du demandeur à introduire lui-même l'assignation. Le texte proposé ne prévoit pas ce cas de figure.

Il convient de s'interroger sur l'utilité de l'article 251 du code civil tel que proposé étant donné que le mariage non encore définitivement dissous prend de toute façon fin avec le décès de l'un des époux.

4. Le prononcé du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales

Le commentaire de l'article 252 du code civil prévoit que le tribunal prend uniquement acte de l'accord des époux de voir constater le caractère irrémédiable des relations conjugales. Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les époux quant à l'irrémédiabilité de cette rupture qu'il incombe au juge du fond de rechercher si la cause de divorce est effectivement donnée ou non.

Le commentaire des articles ne s'étend pas sur les critères à appliquer. Il est à supposer qu'il y aura lieu de s'orienter aux cas actuellement visés par les articles 229 et 230 du code civil.

Ne convient-il pas d'introduire à l'instar du BGB allemand des présomptions irréfragables sinon simples de rupture irrémédiable des relations conjugales? Une présomption irréfragable de rupture pourrait par exemple consister dans le fait pour des époux de vivre séparés de façon effective et continue depuis un certain délai. L'article 238 alinéa premier du projet de loi français présume l'altération définitive du lien conjugal s'il y a cessation de la vie commune tant affective que matérielle les deux années ayant précédé l'assignation en divorce.

Question: un époux pourra-t-il en cas de contestation de l'autre quant au caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales fonder la demande sur ses propres violations des devoirs conjugaux? Plus précisément: un époux commet l'adultère et soutient de ce fait que les relations sont irrémédiablement compromises. Son conjoint s'oppose à la demande.

Il n'incombe pas au tribunal de commenter le choix des auteurs de vouloir abolir le divorce pour faute.

Le commentaire des articles (page 19) laisse cependant perplexe en ce qui concerne la faculté laissée à chaque époux d'introduire contre son conjoint une demande de dommages-intérêts basée sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

Un époux est en droit, au regard des règles de droit commun, de rechercher la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son conjoint pour les fautes commises durant le mariage. Les tribunaux accueillent ces demandes avec parcimonie, toute faute susceptible de conduire au prononcé du divorce n'engageant pas automatiquement la responsabilité de l'époux fautif. Il n'y a lieu à allocation de tels dommages-intérêts que si le préjudice accru n'est pas suffisamment réparé par le prononcé du divorce. Les cas de violence conjugale donnent en principe lieu à allocations de dommages-intérêts.

Il est évident qu'une demande basée sur une telle base n'est pas de nature à pacifier les relations entre époux. Il est d'ailleurs fort à craindre que la volonté affichée de rendre objectives autant que possible les causes de divorce se trouvera contrecarrée par une demande d'un époux recherchant la responsabilité de l'autre.

Même si le commentaire des articles dit que chaque époux peut à *tout moment* formuler une telle demande, il y a cependant lieu de relever qu'en pratique cette demande est formulée lors de l'instance judiciaire ayant précisément pour but la rupture du lien matrimonial. Des demandes ultérieures et pour-quoi pas antérieures à une demande en divorce ne semblent encore jamais avoir été introduites.

Le contentieux des époux risque partant de se déplacer sur le terrain délictuel ou quasi délictuel. Une procédure constatant l'accord des époux en ce qui concerne le caractère irrémédiable de la rupture de leurs relations ne devrait en principe pas donner lieu à une telle demande. Elle restera cependant d'actualité dans toutes les demandes introduites par un époux contre le gré de l'autre. Elle risque encore de n'être introduite éventuellement après le prononcé du divorce après qu'un époux a marqué son accord avec le prononcé du divorce. Cette possibilité devrait être exclue.

L'article 252 du code civil prévoit l'homologation par le tribunal de toute convention lui soumise par les époux en ce qui concerne tous les effets ou sinon du moins partie de ces effets, sous réserve des intérêts des enfants ou des époux.

Il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité de prévoir abstraction faite du divorce par consentement mutuel également dans la procédure pour rupture irrémédiable des relations conjugales la procédure de l'*homologation* prévue aux articles 252 et 253 du code civil. Les raisons tirées du commentaire des articles pour instituer une homologation de la convention de divorce préalable au consentement mutuel ne devraient en effet pas s'appliquer dans une instance judiciaire, le jugement de divorce et notamment son dispositif valant suffisamment titre exécutoire. Il est cependant évident que le juge tiendra compte dans sa décision de tout accord trouvé par les parties.

Les articles 253 et 254 du code civil traitent principalement des conséquences du divorce quant aux intérêts patrimoniaux des époux. L'article 253 mentionne encore les accords éventuels des époux quant aux obligations alimentaires.

Il est à supposer que ces obligations concernent tant les époux que les éventuels enfants.

L'article 253 mentionne que le tribunal statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle. A défaut de tout commentaire, le tribunal ne saurait prendre

utilement position quant à la portée de cette disposition. Il est pour le surplus renvoyé au commentaire des articles ayant trait au sort du logement familial.

Le système actuel de liquidation et de partage du régime matrimonial relève du droit commun du partage. Il donne satisfaction.

L'article 254 du code civil prévoit une durée maximale de une année pendant laquelle les opérations de liquidation et de partage devraient en principe être terminées. Il est vrai que ces opérations constituent souvent la dernière pierre d'achoppement entre parties dans la procédure de divorce. La matière est complexe et nécessite souvent de nombreuses réunions auprès du notaire.

Il convient cependant de s'interroger sur l'utilité d'introduire une date-butoir, les intérêts des parties étant en effet d'ordre patrimonial et partant privé. Il s'y ajoute qu'en cas de mauvaise volonté de la part d'un ex-époux, l'autre époux n'est pas sans moyen pour faire avancer la procédure.

*

IV. DES CONSÉQUENCES DU DIVORCE

1. Des conséquences du divorce (par consentement mutuel et rupture irrémédiable) quant à la date de prise d'effet

L'article 257 du projet traite de la date des effets du jugement de divorce quant aux époux.

La question qui se pose est celle de savoir quand le jugement de divorce par consentement mutuel acquiert entre parties autorité de chose jugée.

Il est admis que ce jugement devient définitif dès son prononcé. Ce n'est qu'en cas de refus d'accorder le divorce qu'appel peut être interjeté dans un délai à courir à partir de la notification de la décision à faire par le greffe (voir les articles 238 à 240 proposés reprenant les articles 288 à 291 actuels). En pratique, il n'y a pas notification aux parties par le greffe du jugement prononçant le divorce par consentement mutuel.

L'article 260 du code civil projeté traite des conséquences du divorce entre époux en ce qui concerne leurs biens.

Cette disposition concerne tant le divorce par consentement mutuel (article 231) que celui prononcé sur base de la rupture irrémédiable des relations conjugales (article 232 du code civil).

Le commentaire de l'article prête à confusion.

Il fait état de ce que les conséquences du divorce par consentement mutuel prévues sont identiques à celles en vigueur actuellement.

Tandis que la version proposée prévoit que les effets du divorce remontent au jour de l'homologation de la convention, l'article 293 du code civil actuel dispose que ces effets remontent entre époux en ce qui concerne leurs biens au jour de la déclaration prévue à l'article 278 du code civil, soit à partir de la première comparution devant le président du tribunal.

Le texte proposé diffère encore du régime légal actuel en ce qu'il prévoit – sans commentaire spécifique – que les effets peuvent remonter à une date antérieure autre prévue dans la convention.

Cette disposition est importante. Elle admet implicitement que les parties sont libres de fixer la date de la dissolution du régime à une date autre que la date résultant du prononcé du jugement. S'agissant d'intérêts patrimoniaux, donc de nature privée, le tribunal ne voit aucun inconvénient à ce que ces effets prennent date antérieurement au jour de l'homologation de la convention, soit au jour du prononcé du divorce. Les époux auront en fait avant le prononcé du jugement procédé à la liquidation et au partage de leur régime matrimonial. La jurisprudence admet par ailleurs que dans ce cas, les époux sont libres de fixer la date de la dissolution du régime à une date à convenir entre parties. Il est à relever que les auteurs du projet ne prévoient pas dans ce cas d'espèce un refus d'homologation dû à un partage inéquitable en défaveur de l'un des époux.

L'autre volet de l'article 260 du code civil est applicable en cas de divorce prononcé pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales.

La date de prise d'effet est fixée soit à la date de l'ordonnance rendue sur la base de l'article 245 organisant les modalités de la résidence séparée des époux, soit au jour de l'assignation en divorce. Le texte prêterait moins à confusion si le renvoi à l'ordonnance prise sur base de l'article 245 indique les

modalités devant régler les rapports entre époux durant l'instance en divorce, cette formulation ayant l'avantage de se référer à l'ensemble des mesures pouvant être prises et non pas à une seule.

L'article 260 in fine reprend les dispositions de l'article 266 alinéa 2 dernier alinéa actuel.

Le commentaire de l'article 261 du code civil ne correspond pas au texte proposé, l'un se référant à l'assignation en divorce et l'autre à la requête initiale.

2. Des conséquences du divorce (par consentement mutuel et rupture irrémédiable) quant aux donations et aux avantages matrimoniaux

L'article 262 du code civil renvoie notamment à l'article 1496 du code civil qui a cependant été abrogé par la loi du 4 février 1974.

Le commentaire de l'article 263 du code civil prévoit la possibilité pour les époux de prévoir déjà dans le contrat de mariage accordant des avantages matrimoniaux que ceux-ci seront maintenus même en cas de divorce. Ce maintien peut encore avoir lieu de l'accord des époux fait lors de l'instance en divorce.

La perte des avantages matrimoniaux doit être la règle. Le commentaire de l'article 263 va dans ce sens. Si l'accord des époux donné dans le cadre de l'instance en divorce tendant à voir maintenir lesdits avantages se conçoit en ce sens que les époux peuvent librement décider en pleine connaissance de cause lors de l'instance qui a pour but de voir prononcer le divorce de mettre en échec la règle selon laquelle il y a perte de ces avantages, une stipulation faite avant l'instance et peut-être très longtemps avant l'instance en divorce, souvent avant même le mariage, pourra cependant prêter à discussion quant à la volonté réelle et éclairée des époux à voir maintenir ces avantages en cas de divorce. La renonciation des époux ne devrait partant être possible que sur la base d'un accord pris en vue de la liquidation de leur droits patrimoniaux du fait du prononcé du divorce.

La référence à l'accord amiable prévu à l'article 244 du code civil devrait à tout le moins être complétée par l'accord soumis au tribunal du fond prévu à l'article 253 du projet.

L'article 264 institue la présomption inverse, à savoir que les époux sont censés maintenir les avantages matrimoniaux s'ils n'en parlent pas dans le cadre de la convention de divorce par consentement mutuel.

Il est à se demander s'il est opportun de prévoir des règles diamétralement opposées selon les cas d'ouverture de divorce alors surtout que le projet s'il est adopté tel quel prévoit que la convention de divorce par consentement mutuel peut être rédigée par les époux seuls, ces derniers n'étant pas nécessairement au courant de cette présomption légale.

Il est partant proposé d'instituer une règle uniforme qui cesse d'être applicable en cas de volonté contraire manifestée de façon claire et en connaissance de cause par les époux dans le cadre de tout document à établir en vue du divorce.

Si le législateur devait adopter le projet tel quel, il serait utile de préciser la nature de la présomption – simple ou irréfragable – instituée (*les époux sont censés*) par l'article 264 alinéa 1er.

Le tribunal ne saurait prendre position quant au contenu identique du dernier alinéa des articles 263 et 264 du code civil faute de commentaire joint de sorte qu'il ne lui est pas possible d'en saisir le sens et la portée.

3. Des conséquences du divorce pour les époux (par consentement mutuel et rupture irrémédiable) quant aux pensions alimentaires

L'agencement du projet tel que soumis prévoit que le paragraphe concernant les pensions alimentaires s'applique tant en cas de divorce par consentement mutuel que pour cause de rupture irrémédiable des relations conjugales.

Est-ce partant à dire que le tribunal serait en droit en cas de projet de convention d'en refuser l'homologation (article 231 du code civil) s'il est d'avis au regard des règles édictées aux articles 265 et 266 du code civil que le montant du secours alimentaire sur lequel les époux se sont accordés ne tient pas suffisamment compte des intérêts de l'un des époux? Quid de la liberté pour chaque époux de décider librement de son propre avenir économique?

Le projet de loi entend instaurer l'obligation pour un débiteur d'aliments de verser à son conjoint divorcé une pension qui n'a pas seulement, ainsi que cela est le cas actuellement, un caractère alimentaire, mais qui a encore pour but de compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives.

L'article 267 du code civil traite du caractère révocable et révisable de la pension alimentaire.

Convient-il de distinguer entre révocation et révision? La révocation se définit comme la suppression d'un acte par effet de la loi ou par décision ou à la demande d'une partie, en raison de l'indignité du bénéficiaire. (Dalloz, Lexique de termes juridiques). Elle est le résultat d'une sanction. La révision est le résultat d'une demande portée en justice.

L'actuel article 300(4) dispose que la pension n'est plus due d'office en cas de remariage. Dans le projet, il incombera au débiteur de demander sa décharge par jugement. L'article 267 projeté évoque la situation du partenariat et de la communauté et reprend la définition de la communauté de vie issue de la loi du 27 juillet 1997. Il est à supposer que les éléments constitutifs du partenariat seront les mêmes que ceux formant la communauté de vie. La référence au concept de partenariat semble partant en l'état actuel de la législation qui ne prévoit pas un statut juridique particulier quant à cette forme de vie en commun superflue. Il est cependant vrai que le projet de loi 4946 relatif aux effets légaux de certains partenariats est au moment de la rédaction de cet avis en voie d'être adopté.

La deuxième et dernière phrases de l'alinéa 1er de l'article 267 du code civil se contredisent pour autant qu'il y a lieu de mettre sur un même pied d'égalité les termes de révocation et de modification. En effet, la deuxième phrase admet le principe de la révocation de la pension alimentaire dans le cas où elle cesse d'être nécessaire. La phrase finale prévoit toutefois que la modification n'est possible qu'en cas de détérioration non provoquée de la situation financière du débiteur ou du créancier d'aliments. L'amélioration de la situation du créancier d'aliments, non prévue, peut cependant rendre superflue le versement d'une pension alimentaire qui ne sera donc plus nécessaire.

Il convient d'ailleurs dans ce contexte de signaler que le projet qui reprend la teneur de l'article 277, 4° du code civil en ce qui concerne les possibilités de modification de la pension alimentaire est sous cet aspect plus restrictif que l'article 300 du code civil qui ne soumet pas la modification uniquement aux hypothèses prévues dans le projet, mais qui tient compte de toute modification dans la situation financière des parties.

Cela est dû au fait que le projet proposé fait un amalgame entre les actuels articles 300 et 277 du code civil.

L'opportunité d'introduire l'alinéa 2 de l'article 267 du code civil remet en cause le système des preuves en matière de droit judiciaire privé. Notre droit judiciaire ne connaît pas le système des *Eidesstattlichen Erklärungen* ou autres *affidavits* provenant d'une partie au litige. Les auteurs du projet soulignent l'absence de sanction directe liée à un refus de coopérer de la part d'une partie quitte pour le tribunal d'en tirer les conséquences qui s'imposent.

Il est rappelé que le nouveau code de procédure civile met à la disposition du tribunal une série de mesures lui permettant de déterminer la situation patrimoniale des parties au litige.

La disposition proposée s'inspire de l'article 271 alinéa 2 du code civil français issu de la loi du 30 juin 2000. Cette disposition est critiquée quant à son utilité. (Juris classeur civil fasc. 240, édition 2001, numéro 22 en ce qu'elle fait double emploi avec l'article 259-3 du code civil français qui n'a cependant pas d'équivalent au Luxembourg).

4. Du logement (par consentement mutuel et rupture irrémédiable)

La mesure proposée est d'après le commentaire des articles de nature à pacifier les relations familiales.

Il n'est pas certain que ce but soit atteint.

L'autorité parentale à exercer sur les enfants communs risque par ce biais de constituer un des enjeux majeurs du divorce.

Le logement familial ne constitue pas en règle générale un bien propre de l'un des époux, mais est normalement commun de sorte que la disposition nouvelle aura des effets limités.

La concession judiciaire d'un bail par le juge qui prononce le divorce aura pour conséquence que l'époux propriétaire se verra le cas échéant privé du droit de jouissance jusqu'à la majorité du plus jeune

des enfants communs pour peu que l'enfant réside habituellement auprès de l'autre conjoint. Quid si au surplus l'époux propriétaire n'était pas à l'origine de la rupture irrémédiable des relations conjugales? Il se retrouvera dans une situation qu'il n'a d'abord pas voulue et dans laquelle il est privé de jouir de son bien comme bon lui semble. Cette situation n'est certainement pas de nature à pacifier les relations entre les anciens époux.

L'autorité parentale à exercer sur les enfants risque également dans l'après-divorce de rester un aspect conflictuel entre parties.

Le statut du bail à concéder n'est pas défini.

Le contrat de bail a pour objet de permettre au locataire contre rémunération de jouir du bien du propriétaire. Qu'en est-il d'un loyer à payer? Qu'en est-il des causes de résiliation? Seront-ce les causes de droit commun?

Le commentaire des articles mentionne la possibilité pour le tribunal de prononcer la résiliation en cas de circonstances nouvelles. Il va de soi qu'un changement de résidence du ou des enfants pourra constituer une telle cause nouvelle. Quelles autres causes sont visées?

Une question s'impose si le tribunal peut décider de l'attribution du logement et que cette mesure devait également s'appliquer en cas de divorce par consentement mutuel.

Les époux n'ont pas prévu une telle disposition dans le projet de convention. Le tribunal peut-il l'ordonner d'office? Ou refusera-t-il sur la base de l'article 231 du code civil l'homologation de la convention au motif qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants et de l'un des époux? La probabilité pour les époux de ne pas s'accorder sur cette mesure risque de les amener à ne pas choisir la voie du consentement mutuel.

La disposition proposée s'inspire de l'article 285-1 du code civil français issu de la loi du 11 juillet 1975, article en voie de modification législative.

Le code civil français prévoit cependant toute une panoplie de mesures tendant à la protection du logement familial dont l'article 285-1 ne constitue qu'une facette. Il règle notamment le sort du logement familial qui est commun aux époux en instituant soit une attribution préférentielle, soit une indivision forcée (article 264-1 du code civil français). Il permet encore au juge dans le cadre de la fixation de la prestation compensatoire de décider des modalités selon lesquelles s'exécutera l'attribution ou l'affectation des biens en capital. (articles 270 et suivants du code civil).

L'article 253 proposé en ce qu'il prévoit que le tribunal statue s'il y a lieu sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle est-il à mettre en rapport avec la protection du logement familial?

5. Des conséquences du divorce en ce qui concerne les enfants

Le texte gagnerait en clarté en plaçant l'article 275 du projet devant l'actuel 272 projeté, le dernier bout de phrase de l'article 272 constituant une redite de l'article 271.

L'agencement du projet est conçu de telle façon que la section III du chapitre III s'applique aux deux causes de divorce.

Il y a partant contradiction entre l'article 230 et l'article 271 du code civil en ce que le premier prévoit l'accord des parties quant à l'administration de la personne et des biens de l'enfant mineur et en ce que le second envisage l'hypothèse du non-accord entre les époux. Le divorce par consentement mutuel ne devrait en effet pouvoir être prononcé qu'en cas d'accord des époux en ce qui concerne ce volet du divorce.

D'après le projet de loi, l'autorité parentale conjointe est toujours de principe en cas d'accord des époux, aussi bien en cas de divorce par consentement mutuel qu'en cas de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales. En cas de non-accord des parents, ou si l'accord n'est pas homologué par le tribunal, ce dernier attribue l'autorité parentale à un seul des époux.

La question demeure de savoir si en cas de désaccord, il n'y a pas lieu d'instituer en principe également l'autorité parentale conjointe, sauf circonstances spéciales à établir par celui qui entend se voir confier l'autorité à titre exclusif, et à fixer la résidence habituelle auprès de l'un des époux et à accorder à l'autre un droit de visite et d'hébergement.

V. AUTRES DISPOSITIONS EN RELATION AVEC LA REFORME DU DIVORCE

a. Les époux recourent très rarement à l'institution de la séparation de corps. Le dernier alinéa de l'article 311 projeté renvoie aux articles 258, 259 et 260 du code civil. La séparation de corps entraînant séparation de biens, il ya lieu de se demander s'il ne serait pas également opportun de faire bénéficier les époux séparés de corps de la protection visée à l'article 261 du code civil.

b. L'article 183 du nouveau code de procédure civile traite des affaires communicables au Ministère Public. Il est proposé que les affaires de divorce et de séparation de corps ne soient plus communicables. Le soussigné renvoie pour le surplus aux travaux réalisés dans le cadre d'une commission instituée par le ministère de la justice ayant pour objet une réforme de l'article 183 dont la portée est plus large que le projet de texte actuellement proposé.

c. Le projet de loi ne devrait entrer en vigueur qu'après un laps de temps adéquat laissé aux autorités judiciaires pour mettre en place les importants changements d'ordre administratif rendus nécessaires. Il est proposé un délai minimal de quatre mois après la publication de la loi au Mémorial.

Luxembourg, le 8 mars 2004

Roger LINDEN