

N° 5155²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

portant réforme du divorce

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(16.3.2004)

Par dépêche en date du 2 juin 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique. Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de la Justice, étaient joints un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

L'avis du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg a été communiqué au Conseil d'Etat en date du 9 mars 2004.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi soumis à l'avis du Conseil d'Etat a pour objet de réformer le régime actuel du divorce avec l'objectif de pacifier les relations entre les conjoints durant et après la procédure de divorce, plus particulièrement dans l'intérêt des enfants issus du couple divorcé. Dans ce but de pacification auquel s'est attelé le Gouvernement, le divorce pour faute est supprimé.

La réforme envisagée est une révision en profondeur du droit applicable en matière de divorce et le Conseil d'Etat estime que des modifications d'une telle envergure méritent une réflexion approfondie et critique, non seulement par rapport à la dissolution de l'union matrimoniale, mais également par rapport au mariage et à l'ensemble du droit de la famille.

La réforme du divorce actuellement projetée n'est pas isolée: elle s'inscrit dans une lignée de projets qui visent à adapter le droit de la famille aux évolutions sociologiques et juridiques par le biais notamment de l'introduction du partenariat ou par la réforme de l'attribution du nom patronymique. Il s'agit de respecter l'aspiration des citoyens à plus d'autonomie et de liberté dans leur sphère privée, alors que la conception paternaliste du droit de la famille est dépassée et que l'immixtion des pouvoirs publics dans la vie privée des individus est de moins en moins tolérée. Mais les changements législatifs découlent aussi du souci d'assurer l'application des droits issus des conventions internationales, telles que la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Convention internationale des droits de l'enfant.

Le projet soumis à l'avis du Conseil d'Etat affecte la philosophie de base du droit du divorce. Mais la conception que l'on a du divorce renvoie toujours à une certaine conception du mariage. En effet, peut-on traiter la question du divorce sans égard au mariage qu'il est censé dissoudre?

Comme l'a fait remarquer le professeur Jean Hauser de l'Université Montesquieu de Bordeaux, lors d'une interview sur la dernière réforme du divorce entamée par le gouvernement français en 2003: „on aurait parfaitement pu trouver qu'il n'y avait pas urgence à réformer le divorce et que d'autres parties du droit de la famille pouvaient être réformées par priorité ... l'ensemble du droit du mariage largement obsolète mériterait plus d'égards qu'il n'en a reçus ces derniers temps ...“ (*Le Dalloz*, 2003, No 22, p. 1447).

Le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, qui vient remplacer le divorce pour faute, ne se justifie que dans une certaine perspective que l'on a du mariage:

„Dans l'esprit de nos contemporains, comme dans la législation moderne, le mariage n'est plus une structure patriarcale organisant une régulation contraignante des liens du couple. C'est avant

tout la reconnaissance par la société des relations à la fois affectives et matérielles librement consenties par deux adultes. Plus que jamais, liberté, égalité et responsabilité gouvernent les rapports entre époux. Il convient de tirer les conséquences de cette évolution, d'abord en révisant certaines règles de formation du mariage datant du Code Napoléon, pour mieux affirmer la responsabilité des époux, et d'eux seuls dans la formation du mariage. La responsabilité se mesure aussi à l'aune des comportements adoptés par les époux qui se séparent. De plus en plus, les époux qui divorcent prennent en charge eux-mêmes non seulement la décision de divorcer mais aussi ses conséquences. Il conviendrait que la législation favorise ce mouvement qui permet aux époux d'être acteurs de leur destin" (*Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Françoise Dekeuwer-Défossez, *La Documentation Française, collection des rapports officiels*, éd. 1999, p. 108).

Dans notre droit actuel, le mariage implique le respect d'un certain nombre de devoirs et d'obligations.

Aussi le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, dont l'avis a été transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 9 mars 2004, donne-t-il à considérer que le mariage n'est pas seulement une institution, mais également un contrat dans lequel chacun des époux contracte des obligations qui devraient être sanctionnées en cas de leur violation.

Jusqu'ici, la violation des droits et devoirs (fidélité, secours et assistance) du mariage était sanctionnée, si la victime le demandait, par la rupture du lien matrimonial prononcée aux torts de l'auteur fautif. Mais au-delà du fait de constituer une faute, cause de divorce, il a toujours été admis que la violation des devoirs et obligations constituait aussi une faute de nature à engager la responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, indépendamment de l'action en divorce et selon les règles du droit commun.

La jurisprudence a d'ailleurs toujours considéré que la réparation des fautes commises par le conjoint durant le mariage des parties tombait sous l'article 1382 et non pas sous l'article 301 du Code civil réservé au préjudice subi par un époux du fait de la dissolution du mariage.

Le Conseil d'Etat estime que si désormais le divorce doit traduire une volonté des époux de mettre fin à un lien matrimonial plutôt que la sanction d'une faute, rien ne s'opposera par contre à ce que la violation des obligations conjugales puisse être sanctionnée par l'application du droit commun de la responsabilité civile comme dans le passé. Les dommages et intérêts alloués pourront prendre la forme d'une rente ou d'un capital.

De toute façon, la question ne devrait pas être abordée sous l'angle des violences conjugales, car celles-ci vont au-delà d'un comportement conjugal fautif. Ce sont des comportements socialement, voire pénalement répréhensibles qui devront être sanctionnés autrement que par la dissolution du mariage. Supprimer le divorce pour faute, ce n'est pas supprimer la possibilité de la reconnaissance de ces agissements et leur châtement.

A l'instar de nombreuses législations étrangères, les auteurs du projet introduisent le divorce pour rupture de la vie commune qui dans l'intérêt de la dignité de l'homme et de la femme organise la dissolution du lien du mariage sur des bases purement objectives, sans atteinte à la sphère privée.

Le Conseil d'Etat souscrit pleinement à cette démarche. Il se montre favorable à toute procédure qui tient compte de l'aspiration des époux en instance de divorce à une simplification et à une accélération des procédures, ainsi qu'à une dédramatisation.

C'est un droit pour toute personne de se libérer de liens conjugaux qui ne sont plus voulus et dont le maintien forcé est une catastrophe pour la structure familiale et surtout les enfants.

La législation porte actuellement sur les causes de la désunion; à l'avenir, elle se concentrera sur les conséquences et sur l'organisation de la vie de famille après le divorce, qui sont les véritables enjeux de la séparation.

Il faut donc éviter tout ce qui peut exacerber le conflit. Dans ce souci, il y a lieu de donner un maximum d'effet aux accords des époux, de reconnaître leur liberté et leur autonomie afin de préserver un minimum d'entente entre eux, dans l'intérêt des enfants.

L'abandon de griefs devrait permettre aux époux de surpasser le conflit personnel au lieu de le mettre en exergue et entretenir la haine des époux entre eux.

La loi sur le divorce a jusqu'ici été en décalage avec l'évolution des mentalités qui dans notre société donne une place majeure et croissante à la protection de l'enfance et de la jeunesse, la Convention internationale de New York sur les droits de l'enfant étant le reflet majeur de cette évolution.

Les mesures concernant les enfants engendrent de grandes difficultés, principalement sur l'effectivité des relations entre l'enfant et ses deux parents et, en particulier, sur la place et le rôle du parent qui ne vit pas quotidiennement avec lui. Il n'est pas rare que le conflit des époux se déplace vers les enfants, qui deviennent alors, au détriment certain de leur épanouissement et de leur équilibre, l'enjeu du divorce.

L'intérêt de l'enfant doit donc être au centre de la réflexion sur la réforme du divorce. Le Conseil d'Etat estime que le principe de la „coparentalité“, selon lequel il est dans l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents et de conserver une relation continue avec eux, même en cas de séparation, devrait être à la base de toute nouvelle réglementation. Il est nécessaire que la notion de responsabilité conjointe des deux parents soit valorisée par le texte.

Ainsi, en vertu du principe de l'égalité des deux parents à exercer les droits et assumer les devoirs concernant leurs enfants, l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents devrait constituer la règle légale tandis que l'exercice unilatéral devrait être l'exception. Il est vrai qu'il ne faut pas surestimer le rôle du droit qui ne peut magiquement transformer les époux séparés en parents coopératifs. Il n'est certes pas possible d'improviser une „coparentalité“ au moment du divorce si l'absence d'un partage réel des tâches au sein du couple ne l'avait pas permise auparavant.

Il est clair que pour exercer en commun l'autorité parentale sur un enfant, les ex-conjoints sont obligés de se concerter sur les diverses questions relatives à l'enfant et à son éducation qui peuvent se poser. Ils doivent faire des efforts pour que l'exercice conjoint de l'autorité parentale se déroule dans de bonnes conditions. Affirmer le principe de l'autorité parentale conjointe revient à souligner la responsabilité des deux parents envers leur enfant au-delà de leur séparation afin d'éviter que l'un d'eux ne se sente injustement écarté ou affranchi de toute responsabilité.

Responsabiliser les deux parents signifie égale responsabilité entre le père et la mère quel que soit leur statut de couple. Les règles relatives à l'autorité parentale sont actuellement définies dans des conditions spécifiques pour les parents mariés, les parents divorcés et les parents non mariés. Le Conseil d'Etat se rallie à l'avis de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg et se prononce à son tour pour un droit commun à l'autorité parentale, regroupant l'ensemble des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Ces dispositions devraient s'appliquer à tous les enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance et à tous les parents indépendamment du statut de leur couple. Selon le Conseil d'Etat, la réforme devrait s'inscrire dans cette perspective.

Lors de la réforme du divorce pour cause déterminée en 1978, les auteurs du projet s'étaient prononcés pour l'abolition du caractère indemnitaire des secours alimentaires, alors qu'avant cette date ces secours avaient un caractère mixte tant indemnitaire qu'alimentaire. A l'époque, les auteurs du projet de loi avaient soutenu „que les aliments sont fournis pour satisfaire des besoins alimentaires et non pas pour compenser le préjudice résultant d'une faute“. La loi du 5 décembre 1978 n'était pas parvenue entièrement à enlever le caractère indemnitaire de la pension alimentaire, puisqu'en cas de divorce prononcé aux torts réciproques, le tribunal tenait compte pour la fixation de la pension alimentaire de la gravité des torts de l'époux créancier. Cependant, depuis la loi du 15 mars 1993, le secours est libéré définitivement de tout caractère indemnitaire et est actuellement de nature purement et exclusivement alimentaire.

Le Conseil d'Etat constate que l'idée de sanction n'a pas disparu entièrement du projet sous avis, malgré l'abolition du divorce pour faute. Ainsi les auteurs introduisent-ils le principe de la prestation compensatoire qui a son fondement dans la rupture du mariage et doit compenser la disparité qui en résulte. Le Gouvernement justifie cette nouvelle mesure en invoquant expressément la situation des femmes qui ont abandonné leur travail rémunéré pendant le mariage pour se concentrer exclusivement à leur famille et qui n'auront du fait du divorce plus les moyens de continuer à vivre de la même façon que durant la vie conjugale.

„Est ce que le mariage crée un droit à la „maintenance“ d'un train de vie antérieur – alors même que le devoir de secours n'existe plus – et une vocation à rattraper, mathématiquement, les inégalités existant entre les patrimoines et revenus des époux? ... La prestation ne devrait-elle pas plutôt être la compensation d'un préjudice financier causé à l'autre époux du fait du mariage (et non plus du divorce): travail au foyer, temps consacré aux enfants ou à la profession de l'autre époux, sacri-

fice d'une carrière ou ralentissement d'ambitions professionnelles, etc.? Autant ce réel préjudice économique, lié à la répartition des rôles dans le couple, justifie pleinement une réparation financière, autant l'inégalité des situations des époux due à leur seule équation personnelle (diplômes, force de travail personnelle, fortune familiale, etc.) ne peut servir de fondement, aujourd'hui, à un rééquilibrage des situations. Seule se justifie, en raison du principe de solidarité à la base du mariage, une indemnité temporaire qui sera dite de „reconversion“ ou de „recyclage“, permettant à l'époux moins fortuné de se réadapter à ses nouvelles conditions de vie ...“ (*Danièle GANANCIA, juge aux affaires familiales, Tribunal de grande instance de Nanterre, Pour un divorce du XXIe siècle*, Gaz. Pal., 1997, Libres propos, p. 36 et 37).

Pour atténuer les conséquences du divorce, le Conseil d'Etat estime qu'il serait opportun de promouvoir toutes les mesures favorisant l'indépendance économique de chacun des époux dans le mariage. Une réforme au niveau des devoirs et droits du mariage serait plus efficace que de vouloir résoudre les problèmes au moment de la séparation du couple nullement propice à de telles discussions.

Le Conseil d'Etat note avec préoccupation que ni la question de l'individualisation des droits ni celle du partage des droits en matière d'assurance pension ne sont prêtes à être résolues dans un proche avenir. Lors de la réforme du divorce pour cause déterminée en 1974, la Chambre des députés avait soulevé le problème de l'affiliation propre de l'époux n'ayant exercé aucune activité rémunérée durant le mariage et de ce fait non couvert par un régime de sécurité sociale: „Au moment de revoir la législation relative au divorce dans le but de faciliter la séparation des époux irrémédiablement désunis, une telle situation ne manque pas de préoccuper la Commission juridique. Favorisant l'homme qui, dans la majorité des cas, est seul à exercer une activité donnant droit à affiliation, cette situation risque de faire de la femme la victime de toute réforme tendant à libéraliser la législation sur le divorce. Aussi la Commission juridique voudrait-elle insister pour que le Gouvernement présente dans les meilleurs délais un projet de loi assurant dans des conditions équitables l'affiliation, à titre autonome, de la femme aux régimes de sécurité sociale existants. De l'avis de la Commission juridique un tel projet est en effet le complément indispensable de toute libéralisation du divorce ...“ (*Doc. parl. No 1845*).

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'une réforme du droit du divorce, de l'envergure comme celle envisagée par les auteurs du projet, aurait mérité une réflexion plus approfondie sur les conséquences patrimoniales du divorce. En négligeant l'aspect humain d'un divorce qui désormais pourra être unilatéralement décidé et unilatéralement imposé par l'un des époux à l'autre, les auteurs du projet s'exposent aux critiques acerbes de ceux qui comme Jean Villacèque, avocat au barreau des Pyrénées-Orientales, ancien bâtonnier, maître de conférences associé à l'Université de Perpignan, qualifient le divorce pour rupture irrémédiable comme un divorce revêtant les „habits neufs de la répudiation“ (*Recueil Dalloz*, 2003, No 36, p. 2443).

Le projet de loi vise à une simplification des procédures en vue de favoriser les formes non contentieuses de divorce. Afin que la procédure de divorce soit pacifiée, les accords entre époux seront valorisés et les règlements alternatifs, tels que la médiation familiale, encouragés.

Tout en partageant cette optique, le Conseil d'Etat se demande pourtant si la démarche adoptée, et notamment le rôle attribué aux différents acteurs de ce processus, permettra la réalisation de cet objectif.

Les juges sont les principaux acteurs dans la réforme projetée. Suite à la requête initiale, l'audience de conciliation représentera le temps fort de la procédure.

Les auteurs du projet de loi soulignent que la procédure préalable n'est pas à confondre avec une tentative de réconciliation, mais que le juge cherche à concilier les parties sur les mesures à prendre. Le juge devient accompagnateur du processus de négociation plutôt qu'une autorité qui doit produire une décision en référence à un texte de loi. Le Conseil d'Etat se demande si les juges chargés de cette nouvelle mission seront des magistrats spécialisés dans le droit de la famille et déplore que cette question n'ait pas été approfondie dans le cadre du présent projet.

Il faut constater qu'en France l'institution d'un juge aux affaires familiales a impliqué une réforme en profondeur des règles de procédure.

La conciliation est prévue par le Code de procédure civile et l'article 70 NCPC a confié au juge une mission générale de conciliation et les dispositions de loi sur la mise en état confirment la mission générale de conciliation au juge dans le but de promouvoir et de faciliter les solutions négociées du conflit. Il est vrai que la conciliation judiciaire présente des avantages certains, notamment de neutralité du juge et son désintéressement, le coût peu important, l'obtention d'un titre exécutoire, mais il faut reconnaître qu'elle reste cependant souvent inefficace, faute de temps, de moyens, de disponibilité du juge.

Si, dans son avis du 12 mai 1975 relatif au projet de loi portant réforme du divorce pour cause déterminée (*Doc. parl. No 1845*), le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur de la procédure préliminaire de conciliation, il avait cependant déjà à l'époque soulevé la question de l'institution d'un juge spécial qui, en cas d'échec de la conciliation, pourrait orienter les efforts vers la recherche d'un accord entre époux sur les conditions de leur divorce. Présentement, le Conseil d'Etat continue à avoir les doutes les plus sérieux quant à l'opportunité de la réintroduction de la procédure préliminaire tant que cette question n'est pas solutionnée.

„Le juge aux Affaires familiales, investi d'une mission de conciliation, est amené dans sa pratique à consacrer un temps et une énergie considérables dans la recherche de solutions; il doit cependant reconnaître et accepter ses limites: il ne dispose ni de la formation psychologique, ni de cet outil essentiel qu'est le temps pour régler ce qui s'est noué en profondeur dans l'histoire du couple“ (cf. *Pour un divorce du XXIe siècle, Danièle Ganancia*, op. cit., p. 16). 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.

L'objectif de la médiation est de parvenir à une conclusion acceptable pour les deux partenaires sans discuter en termes de faute. L'accord obtenu est censé amener une pacification et une amélioration durable de la relation entre partenaires.

Les auteurs du projet entendent réserver une place privilégiée à la médiation au sein du nouveau dispositif.

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).

Tant le rôle des avocats que celui du ministère public se trouvent fortement diminués par le nouveau projet. Le Conseil de l'Ordre s'insurge contre cette façon de procéder en invoquant le droit de la défense et le droit à un procès équitable qui fait que toute personne a le droit de se faire assister à tous les stades de la procédure par un avocat de son choix.

Le Conseil d'Etat estime que l'avocat joue un rôle important dans l'élaboration des projets de règlement des effets de divorce. Plutôt que de bloquer les procédures, l'avocat épaulera le client aux différents stades de la procédure. En dehors des fonctions procédurales, l'avocat a également pour tâche de conseiller son client et de l'aider à prendre du recul sur son affaire. Ainsi pourra-t-il jouer un rôle afin de rétablir le dialogue entre les époux et de mettre en place des accords sur certains points. Le Conseil d'Etat considère dès lors qu'il sera judicieux d'associer l'avocat à tous les stades de la procédure.

Enfin, le projet se prononce pour l'abolition de la communication obligatoire au ministère public prévue par l'article 183 NCPC pour les causes relatives à l'état des personnes. Le Conseil d'Etat reconnaît que la communication systématique des causes de divorce et de séparation de corps au ministère public est exagérée et comporte le risque de voir dégénérer l'intervention du Parquet en une pure formalité. Il est pourtant important que le procureur d'Etat puisse effectivement faire une instruction dans les dossiers plus critiques, sans pour autant devoir assister personnellement aux audiences. Une reformulation de l'actuel article 183 NCPC devient donc nécessaire afin d'éviter que la présence du Parquet soit systématiquement requise.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 229

Le projet de loi propose d'abolir le divorce pour faute pour ne plus maintenir à l'avenir que deux formes de divorce, le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. Le Conseil d'Etat approuve ce choix et renvoie aux considérations générales dans lesquelles ce point a été plus amplement développé.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat examinera les dispositions relatives au divorce par consentement mutuel énoncées aux articles 230 et 231 ainsi que les règles procédurales prévues par les articles 235 à 240 du Code civil, pour ensuite analyser les articles relatifs au divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux avec les règles de la procédure afférente.

Le divorce par consentement mutuel

Les changements essentiels par rapport au divorce par consentement mutuel proposés par les auteurs du projet de loi concernent le raccourcissement de la procédure ainsi qu'un changement des conditions de recevabilité de la demande en ce qui concerne la durée du mariage et l'âge des époux.

Désormais, le divorce pourra être prononcé à l'issue d'une audience unique avec le juge au lieu des deux comparutions espacées de six mois.

Le Conseil d'Etat se demande si la condition de la double comparution, dont le but était d'imposer un délai de réflexion aux époux, est effectivement perçue par les usagers du droit comme une source de lenteur inutile dont l'abolition s'impose impérativement.

Les auteurs du projet motivent la suppression de la deuxième comparution par le fait de son inutilité alors que, d'après eux, les époux seraient parfaitement informés, avant d'entamer leur procédure de divorce, des conséquences de leur action et qu'une rétractation de leur accord interviendrait très rarement. Pour assortir cette simplification des garanties nécessaires pour assurer la liberté du consentement mutuel, les auteurs prévoient un contrôle accru des conventions par le juge et notamment la possibilité d'un refus d'homologation de la convention voire le refus de prononcer le divorce par le tribunal s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux (Art. 231). Actuellement le juge peut contrôler si les mentions obligatoires de l'article 277 figurent dans la convention et vérifier si l'ordre public n'est pas heurté. S'y ajoutent les vérifications du procureur d'Etat concernant les conditions de recevabilité de la demande et des formalités entourant l'expression du consentement des époux conformément à l'actuel article 286. Ce contrôle jusqu'ici obligatoire est abandonné par les auteurs du projet et la communication au Parquet ne sera désormais plus que l'exception.

Le Conseil d'Etat a quelque mal à saisir la logique de cette démarche: d'une part, le projet de loi semble vouloir valoriser les accords entre époux afin de pacifier la procédure de divorce et, d'autre part, cette reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties s'accompagne d'une défiance telle que non seulement la réalité de l'accord est soumise à la vérification du juge, mais également sa valeur. Cette méfiance se traduit même par le choix des termes employés, le texte se référant à „un projet de convention“ qui en vérité constitue un véritable contrat entre parties. Si l'homologation de la convention par le tribunal rencontre l'approbation unanime des praticiens du droit en vue de la reconnaissance et de l'exécution des mesures accessoires au divorce, il leur est cependant difficile d'admettre cette immixtion accrue du juge dans les accords des parties.

En effet, si l'on part de l'idée que le mariage est surtout un contrat par lequel les cocontractants sont liés par l'accord de leurs volontés, leur accord devrait également suffire pour les délier. „Le divorce par consentement mutuel se réalise par la manifestation persistante et solennelle de la volonté des deux époux de mettre fin à leur union. A la seule condition de se soumettre aux exigences de la loi, leur volonté commune est toute puissante. C'est le divorce *communi consensu* des Romains dans toute la force du terme.“ (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.I, rév. J.P. Masson, Bruylant, 1990, pp. 682 et suiv.)

Un accord de volontés plein et entier est donc la première condition de ce divorce consensuel qui en plus requiert un consentement libre et éclairé des deux époux.

En présence de la volonté réelle de chaque époux de divorcer et de son consentement libre et éclairé dûment constaté par le tribunal, il est difficile à maintenir qu'un tribunal puisse refuser l'homologation

d'une convention au motif qu'elle semble défavoriser l'un des époux. Est-ce que le tribunal sera outillé pour pouvoir apprécier si une partie est vraiment défavorisée? Sera-t-il en possession de tous les éléments du dossier?

Le Conseil d'Etat ignore comment le tribunal effectuera son contrôle, alors que le texte du projet ne lui donne aucun moyen d'investigation.

Même si le tribunal devait estimer que le principe ou le montant d'une pension alimentaire seraient contraires aux intérêts d'une partie, il ne lui serait guère possible de vérifier si une justification de cette apparente iniquité ne serait à chercher dans les attributions faites lors de la liquidation et du partage du régime matrimonial, éventuellement réglés de façon définitive par acte notarié de changement du régime matrimonial avant l'introduction de la demande en divorce.

La démarche proposée va à l'encontre des évolutions dans d'autres pays européens dans lesquels on constate une atténuation du rôle des juges dans le cadre des divorces consensuels. Une étude réalisée en Angleterre, au Pays de Galles, en Belgique, au Danemark, en Italie, en Norvège et en Suède, suite à la suggestion du Garde des sceaux d'instaurer en France un „divorce civil“ en cas de séparation des époux par consentement mutuel, est venue à la conclusion „que l'accord des conjoints est une condition permettant le recours à une procédure simplifiée et accélérée et que l'affaiblissement du rôle du juge s'accompagne d'une autonomie croissante des époux dans le règlement des effets du divorce. Cependant la protection de l'intérêt des enfants constitue une limite importante à la déjudiciarisation du divorce“.

Le Conseil d'Etat estime que la protection de l'intérêt de l'enfant justifie le pouvoir donné au juge pour contrôler le contenu des accords passés entre les époux et il se prononce en faveur d'un contrôle réel des intérêts des enfants par le tribunal et ceci de manière approfondie chaque fois que l'accord des parties mettra en échec le principe de l'autorité parentale conjointe, préconisé par le Conseil d'Etat.

Toutefois, le Conseil d'Etat recommande la suppression d'une protection renforcée par rapport aux intérêts de personnes adultes, étant entendu que la liberté contractuelle des époux devrait en tout état de cause respecter l'ordre public.

Par ailleurs, il estime que le juge pourra dans l'intérêt des enfants mineurs tenir compte des sentiments exprimés par eux dans les conditions de l'article 388-1. Le mineur capable de discernement peut être entendu dans toute procédure le concernant de sorte que son intervention ne saurait être limitée à la seule procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales de ses parents, mais devra être étendue à la procédure du divorce par consentement mutuel.

En ce qui concerne l'administration de la personne et des biens des enfants mineurs, le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet admettent que l'autorité parentale conjointe peut être envisagée d'un accord des deux parties.

Il renvoie aux observations concernant l'autorité parentale conjointe émises dans les considérations générales de son avis.

Le Conseil d'Etat approuve l'abandon de la condition d'âge dans le chef des époux. La condition de durée du mariage réduite à un an est maintenue selon les auteurs du projet pour éviter des abus. Si le maintien de cette condition peut se concevoir notamment dans l'optique d'éviter la conclusion de mariages blancs, on peut cependant douter de son efficacité. Ne devrait-on pas plutôt vérifier la volonté réelle de chaque futur époux et son consentement libre et éclairé à la conclusion du mariage au lieu de se focaliser uniquement sur le divorce?

De toute façon, la suppression ou la réduction de la condition de la durée de mariage exige une adaptation conforme de l'article 1397 du Code civil relatif aux changements des régimes matrimoniaux.

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs se tiennent à la terminologie des articles 276 et 277 du Code civil et en déduit que, comme dans le passé, les époux ne seront pas tenus à faire établir un inventaire notarié s'ils ne disposent pas de biens à partager entre eux.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat recommande aux auteurs de mettre la terminologie au diapason des nouvelles dispositions. Cette remarque vaut d'une manière générale pour l'ensemble du texte.

En ce qui concerne la procédure de divorce, il semble évident que les parties devraient pouvoir se faire assister par un ou deux avocats pour introduire leur demande, sans que l'office de l'avocat à la Cour soit obligatoirement requis en première instance.

A l'article 234, il y aura lieu d'ajouter que pour le divorce par consentement mutuel, la compétence *ratione loci* revient au tribunal d'arrondissement dans lequel l'une des parties a son domicile.

Selon la nouvelle procédure proposée par les auteurs, le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Cette disposition est reprise de l'actuel article 231 du Code civil français et doit permettre au juge d'effectuer sa mission de contrôle d'abord par rapport au consentement de chaque époux au divorce pour ensuite vérifier les conventions réglant les mesures accessoires et les effets du divorce. Contrairement à la loi française, le projet sous avis ne prévoit pourtant pas l'assistance des parties par un avocat. Cependant, la postulation obligatoire d'un avocat est considérée par beaucoup d'auteurs comme une garantie supplémentaire. Le Conseil d'Etat émet ses doutes quant à l'utilité et l'efficacité de ce contrôle accru imposé au juge.

A la lecture des différents articles relatifs à la procédure du divorce par consentement mutuel, le Conseil d'Etat ne saisit pas trop bien quel est le magistrat visé par les auteurs du projet: s'agit-il du président du tribunal d'arrondissement ou d'un président de chambre?

Il s'interroge surtout sur la portée de l'article 237. Dans le texte soumis à l'avis du Conseil d'Etat, le tribunal pourrait homologuer celles des mesures qui rencontreraient son approbation, en fixant aux époux un délai pour revoir les points de la convention qui ne préserveraient pas les intérêts des enfants et, en cas de maintien du texte actuel, ceux de l'un des époux.

Le texte proposé parle de l'homologation par le tribunal „de mesures provisoires que les parties s'accordent“, sans préciser comment ce nouvel accord devrait être conclu. En effet, les époux comparaissent devant le juge et aucune comparution ni personnelle ni par les mandataires des parties devant le tribunal n'est prévue.

Lorsque le tribunal refuse d'homologuer la convention de divorce et de prononcer le divorce, les auteurs prévoient la fixation d'un délai qui ne peut dépasser six mois pour réintroduire une nouvelle convention. Le Conseil d'Etat ne comprend pas l'utilité d'un tel délai car rien ne devrait empêcher les époux de présenter une nouvelle convention au juge sans aucun délai. Une telle décision du tribunal de refuser une affaire (d'ailleurs non attaquant selon le texte du projet sous avis) ne fait que retarder inutilement la procédure, surtout si on part de l'idée d'une seule comparution des époux devant le juge. C'est suite à des négociations préliminaires que les deux époux s'étaient accordés sur tous les points de la convention avant de la déposer. Si le tribunal désapprouve l'accord des parties, on peut se demander quel sera désormais le rôle d'un médiateur qui pourra être proposé par le tribunal.

L'imposition d'un tel délai réintroduit d'une certaine manière la double comparution. Dans l'hypothèse d'une double comparution, les renvois „au temps des épreuves“ ou „au temps de la procédure“ figurant à plusieurs endroits du texte, de même que le paragraphe relatif à la caducité de la demande en cas de non-observation du délai, pourraient faire un sens.

Ce n'est également que dans cette hypothèse que la disposition selon laquelle le juge pourra autoriser les époux à résider séparément pendant le temps de la procédure s'explique.

Le Conseil d'Etat pourrait à la rigueur marquer son accord avec le maintien de la double comparution, avec la possibilité pour le juge de dispenser les époux de la seconde audience si les deux parties le demandent et si le règlement des effets du divorce est global et satisfaisant (cf. rapport Rénover le droit de famille, précité, p. 118: il paraît préférable de conserver le principe de la double comparution, assorti de possibilités de dispense, plutôt que de réduire le divorce à une seule comparution. En effet, il a semblé important de signifier que c'est la qualité de l'accord des époux qui permet de réduire la procédure, plutôt que d'envisager que des défauts dans les conventions ne permettent pas le prononcé immédiat du divorce).

Toutes les incohérences de la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel projetée prêtent à la plus grande confusion, de sorte que le Conseil d'Etat ne saurait d'aucune manière marquer son accord avec cette version qui devra impérativement être réarticulée, sous peine d'opposition formelle.

En ce qui concerne le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, le Conseil d'Etat s'interroge de nouveau sur l'opportunité de la durée de mariage fixée à un an à l'article 232, avant que le divorce ne puisse être prononcé.

La version proposée de l'article 233 prévoit une passerelle entre le divorce pour rupture irrémédiable et le divorce par consentement mutuel, sans pour autant indiquer de façon précise la procédure à suivre, de sorte que le Conseil d'Etat ne peut marquer son accord avec la version actuelle.

Il se prononce pour la suppression de cet article alors que les époux restent à tout moment libres d'abandonner la procédure du divorce pour rupture irrémédiable et d'engager une procédure pour un divorce par consentement mutuel.

*La procédure de divorce pour rupture irrémédiable
des relations conjugales des époux*

Paragraphe 1er.– De la procédure préalable à l’assignation

Les articles 241-244 ont trait à la procédure préalable à l’assignation.

Le Conseil d’Etat note que les auteurs donnent une fois de plus compétence au „président du tribunal civil d’arrondissement“ et il recommande de préciser le magistrat visé. Le projet prévoit que le président est saisi par requête initiale et que les convocations se feront selon les formes prévues à l’article 170 NCPC. Le Conseil d’Etat partage les appréhensions de l’Ordre des avocats du barreau de Luxembourg par rapport à l’efficacité de la saisine du juge par requête et des convocations par le greffe. L’expérience a en effet montré que la procédure des notifications et convocations par le greffe est plus longue que celle des assignations et que cette procédure présente de graves inconvénients en cas de changement d’adresse. Un alourdissement de la procédure est à craindre.

Le Conseil d’Etat admet que la procédure du nouveau système devra favoriser l’accord des parties, mais il se demande cependant si l’introduction du divorce par voie d’assignation empêcherait la conclusion d’un tel accord.

Si la comparution personnelle des parties devient obligatoire, la question de l’évacuation des affaires dans un délai raisonnable se pose avec une certaine acuité.

Si le défendeur ne comparaît pas ou s’il n’est pas d’accord avec le principe du divorce et conteste le caractère de rupture irrémédiable des relations conjugales des époux, le juge renvoie l’affaire à une nouvelle audience fixée dans un délai maximum de trois mois, délai qui, le cas échéant, sera renouvelé une seconde fois pour trois mois. A l’issue de cette période de réflexion fixée par le juge et si la volonté du demandeur persiste après le délai imposé, délai qui en tout état de cause ne pourra excéder six mois, le juge ne pourra que constater la dissolution irréversible du lien conjugal et le demandeur devrait être autorisé à assigner son conjoint en divorce.

Il n’y aura donc pas de moyen à éviter le divorce pour rupture des relations conjugales et ceci d’autant plus que la clause de dureté qui permettait à l’époux défendeur (dans de rares cas, il est vrai) de faire échec au prononcé du divorce a disparu et qu’il n’y a pas non plus de clause de dureté propre pour altération des facultés mentales du défendeur.

Ceci est en tout cas la lecture que le Conseil d’Etat fait des articles 241 à 244.

Aucune disposition du texte ne permet en effet de conclure que le demandeur devrait établir la réalité de la désunion par une preuve quelconque. Ainsi, c’est avec un certain étonnement que le Conseil d’Etat a pris connaissance du commentaire relatif à l’article 252 (figurant au paragraphe 4 se référant au prononcé du divorce) qui révèle qu’en cas d’opposition au divorce de la part du défendeur, le demandeur devrait indiquer, s’il ne l’a pas fait dans l’acte introductif d’instance, les faits établissant, selon lui, la réalité de la rupture irrémédiable des relations conjugales des époux. Le Conseil d’Etat en déduit qu’il était dans l’intention des auteurs du projet d’imposer la charge de la preuve de la réalité de la séparation au demandeur de divorce, même si le texte reste muet à cet égard. La modification de l’alinéa 2 de l’article 405 pourrait d’ailleurs s’expliquer en conséquence.

Le Conseil d’Etat pourrait souscrire à un système qui, à côté de la preuve de la désunion irrémédiable par l’accord de l’époux défendeur sur le principe du divorce, érigerait la séparation de fait continue et effective pendant un certain laps de temps (p. ex. un an) en présomption irréfragable de la réalité de la désunion irrémédiable.

Si les époux ne remplissent pas la condition de séparation prévue, le Conseil d’Etat préfère la solution proposée dans le texte du projet préconisant un „délai d’épreuve“ pour permettre la maturation de la demande plutôt que d’exiger que le demandeur prouve l’impossibilité de maintenir la vie commune et rapporte la preuve de faits de nature à établir la désunion irrémédiable. Le Conseil d’Etat craint qu’un tel système ne fasse renaître les inconvénients du divorce pour faute qu’il s’agit d’abolir par le présent projet.

Le délai de réflexion ou délai d’épreuve devra permettre d’empêcher les demandes hâtives ou intempestives et de calmer les appréhensions de certains qui craignent que cette nouvelle procédure ne mène à une banalisation du divorce.

Le Conseil d’Etat estime qu’il faudra compléter l’article 244 en ce sens que l’accord des parties, tant en ce qui concerne le principe que les conséquences du divorce recueilli par le juge lors de la comparu-

tion des parties, devra être consigné dans un procès-verbal dans les formes prévues à l'article 235. Pour clôturer la phase préliminaire, le juge devrait délivrer un permis de citer. Le Conseil d'Etat se demande s'il ne serait pas opportun d'imposer un délai dans lequel l'assignation en divorce devrait être introduite devant le tribunal, sous peine de caducité de la demande.

Paragraphe 2.– Des mesures provisoires

Les articles 245 à 249 ont pour vocation de remplacer les dispositions actuelles concernant les mesures provisoires que le président statuant en référé peut prendre en tout état de cause, dès la demande, et dont il est saisi par voie d'assignation.

La compétence du juge des référés est dans l'actuel système unique et exclusive pour régler, pendant la durée de l'instance en divorce, les mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens tant des parties que des enfants. La procédure des référés est réglée dans le Nouveau Code de procédure civile. La durée de l'effet des ordonnances de référé est sans équivoque alors surtout qu'elles sont exécutoires à titre provisoire sans caution et, le cas échéant, sur minute et avant enregistrement. La possibilité du référé extraordinaire permet au juge d'intervenir avec célérité en cas d'extrême urgence. Les dispositions de l'article 112 NCPC étant applicables, le juge des référés dispose d'un important outil pour se procurer les renseignements nécessaires sur la situation économique des parties pour toiser les demandes de pension alimentaire.

Le Conseil d'Etat constate avec préoccupation que les nouvelles dispositions sur les mesures provisoires sont extrêmement floues et lacunaires.

Ainsi, le texte prévoit que même avant la comparution des parties prévue par l'article 242, le juge peut prendre ces mesures d'urgence. Il reste cependant muet sur la procédure à suivre dans cette hypothèse. Comment le juge sera-t-il amené à prendre des mesures d'urgence avant l'audience prévue à l'article 242? Comment et dans quel délai les parties seront-elles convoquées? La comparution personnelle est-elle obligatoire ou est-ce que la comparution par ministère d'avocat est possible? L'article 247 du projet prévoit un chevauchement de la nouvelle procédure avec les procédures des articles 1008 à 1017 NCPC et on peut se poser la question si les décisions prises en vertu de ces articles ne risquent pas d'être en contrariété avec les décisions que le juge pourra prendre en exécution de l'article 246. D'ailleurs, les nouvelles mesures de protection créées en faveur des victimes de violence domestique et figurant aux articles 1017-1 et suivants du NCPC prennent fin de plein droit dès qu'une décision intervient pour régler la résidence des époux durant l'instance de divorce. La question se pose si l'ordonnance prise en vertu de l'article 246 fera également cesser les effets des jugements pris en vertu de l'article 1011 ou des ordonnances des articles 1012 et suivants du NCPC.

Il n'est pas prévu explicitement que le juge pourra modifier les mesures provisoires en cas de survenance d'un fait nouveau. En admettant la possibilité d'une modification, la procédure afférente devra être précisée impérativement.

L'article 245 prévoit la compétence du juge pour prendre les mesures provisoires jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée. A cet égard, il faudrait absolument suivre le législateur qui, en 1993, a bien pris soin de préciser le maintien de la compétence du juge des référés, même si le divorce est irrévocablement prononcé mais qu'une instance relative aux mesures accessoires reste pendante.

La notification par la voie du greffe présente aux yeux du Conseil d'Etat beaucoup d'aléas dans une matière aussi sensible.

Le Conseil d'Etat ignore à quelle procédure l'article 249 fait référence pour l'appel alors qu'une telle procédure fait déjà défaut en première instance.

Les nouvelles dispositions ne sauraient valablement remplacer l'actuelle procédure de référé et créent une insécurité juridique pour les usagers du droit de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement.

Paragraphe 3.– De l'assignation en divorce

Une fois la procédure préliminaire définitivement clôturée, l'assignation en divorce pourra être introduite. Le Conseil d'Etat estime que cette prérogative ne devrait pas être réservée au demandeur en divorce, d'autant plus que les deux époux peuvent faire une requête conjointe pour introduire le divorce,

mais que cette faculté reviendra à l'époux le plus diligent dans le délai imparti. Il y aura lieu de prévoir que les ordonnances sur les mesures provisoires devraient également être jointes au rôle.

Le Conseil d'Etat constate que désormais l'action en divorce ne sera plus éteinte par la réconciliation des époux.

Paragraphe 4.– Du prononcé du divorce

Le libellé de l'article 252 confirme que le tribunal est tenu de prononcer le divorce une fois qu'il a constaté le caractère irrémédiable de la rupture des relations conjugales, sans pouvoir imposer au demandeur du divorce de fournir la preuve de la réalité de la désunion. En fait, le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et ne peut, si la demande est maintenue, qu'entériner le divorce.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la valeur des accords homologués conformément à l'article 245 par le juge et concernant les mesures accessoires relatives aux enfants. Est-ce que les parties pourraient se rétracter de leurs accords? Une nouvelle homologation par le tribunal est-elle nécessaire? L'article 252 reste en tout cas muet sur cette question.

D'après l'article 253, le tribunal peut refuser d'homologuer la convention que les époux lui soumettent au motif qu'elle ne préserve pas suffisamment les intérêts de chacun des époux et ceux des enfants. Le Conseil d'Etat estime que si les époux parviennent à trouver un accord dans le cadre d'une procédure litigieuse, il n'appartiendra pas au tribunal de remettre en cause l'arrangement trouvé. Il renvoie pour le surplus à ses observations formulées précédemment dans le cadre de l'article 231 relatif au divorce par consentement mutuel.

Le Conseil d'Etat approuve la disposition qui enjoint aux époux de soumettre au juge, dès le début de la procédure, des propositions quant aux modalités de partage des biens communs. Un règlement englobant tant les intérêts patrimoniaux que la détermination des obligations alimentaires permet une plus grande transparence quant aux conséquences pécuniaires du divorce.

A défaut d'accord entre les époux, le tribunal ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle.

Si, au vœu de l'article 253, le tribunal peut au moment du prononcé du divorce maintenir un bien dans l'indivision ou attribuer préférentiellement un bien de la communauté, il doit cependant appliquer les règles du droit commun de l'indivision successorale, conformément à l'article 1476 du Code civil.

Les nouvelles dispositions, qui ne sont d'ailleurs pas autrement commentées par les auteurs du projet, reprennent le texte du Code civil français.

Dans le contexte du droit français, le maintien en indivision est une mesure qui peut avoir de l'intérêt en présence d'enfants mineurs, car elle permet de retarder le moment de la vente du domicile de la famille et donc de permettre à ceux-ci de continuer à vivre dans leur environnement familial. En ce sens, l'indivision est censée présenter, tout comme l'attribution préférentielle du domicile conjugal au profit de l'un des époux, le corollaire de la disposition qui permet au juge de concéder à bail le logement familial qui est la propriété exclusive d'un des époux.

Il faut cependant relever que ces dispositions n'auront pas la même portée en droit luxembourgeois, étant donné que nos règles du Code civil relatives tant au maintien en indivision qu'à l'attribution préférentielle diffèrent fortement de celles du Code civil français (voir articles 815, 1475 et 1476 du Code civil).

La durée excessive des liquidations consécutives au divorce continue souvent à envenimer les relations des époux après le divorce. Dans un but de pacification, le Conseil d'Etat approuve l'imposition d'un délai légal assez court à l'article 254 pour la clôture de la liquidation avec possibilité de prorogation du délai. Il estime cependant inutile d'exiger le renvoi devant le notaire pour établir un état liquidatif lorsque les époux n'ont pas de biens à partager.

Paragraphe 5.– Des voies de recours

L'article 255, en ce qu'il admet l'acquiescement à un jugement de divorce, rencontre l'approbation du Conseil d'Etat. Cette précision adapte le texte légal à l'évolution de la jurisprudence et crée de ce fait une plus grande sécurité juridique.

Néanmoins, le Conseil d'Etat ne peut que marquer son étonnement par rapport au fait que les intérêts du majeur protégé soient pris en compte lors de l'acquiescement au jugement de divorce, alors que tout au long de la procédure, le majeur protégé n'aura aucun moyen pour se défendre contre une procédure de divorce engagée par son conjoint.

Le Conseil d'Etat se prononce en faveur de l'adaptation du délai de cassation au délai de droit commun. Cependant, le libellé actuel de l'article 256 ne permet pas cette adaptation alors qu'il ne tient pas compte des délais de distance. Le Conseil d'Etat suggère de supprimer la référence à un quelconque délai du texte et de maintenir simplement la mention que le délai de cassation (qui implicitement sera le délai du droit commun) sera suspensif.

Les conséquences du divorce

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet sous examen parlent tantôt des conséquences du divorce et tantôt d'effets du divorce, sans toutefois préciser la différence entre ces deux notions. L'emploi d'une terminologie uniforme tout au long du texte se recommande pour faciliter sa lisibilité.

Le Conseil d'Etat approuve l'abrogation du délai de viduité pour la femme divorcée. Cette disposition avait à plusieurs reprises fait l'objet de critiques par rapport à sa non-conformité avec l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Les auteurs auraient cependant pu se borner à enlever la disposition discriminatoire du texte sans autre précision quant à un éventuel remariage. Le paragraphe 2 de l'article 257 est en fait superfétatoire.

En ce qui concerne la date à laquelle se produisent les effets du divorce, le texte fait la distinction entre l'opposabilité aux tiers de la décision de divorce quant aux biens des époux et les rapports entre les époux eux-mêmes quant à leurs biens. Conformément au texte français, la date de l'accomplissement des formalités de la transcription constitue le point de départ des effets à l'égard des tiers, ce qui veut dire que le régime matrimonial dure jusqu'à la publication à l'état civil dans la mesure où les tiers ont intérêt à se prévaloir de ce régime. Une convention passée entre les époux au cours de l'instance de divorce est opposable aux créanciers de l'une des parties jusqu'à la transcription du divorce. Il s'agit d'une règle d'opposabilité du jugement de divorce; la convention des époux, même homologuée en justice, ne peut avoir pour effet, en l'absence d'un accord du créancier, d'éteindre la dette de l'un des conjoints et n'a de force obligatoire que dans leurs rapports réciproques. (*Encycl. Dalloz, droit civil, divorce, No 853*).

Le Conseil d'Etat se prononce pour la suppression des amendes prévues aux articles 258 et 259 qui, en pratique, ne sauront être appliquées, alors que le texte prévoit une fourchette pour ces amendes sans cependant préciser qui sera habilité pour en fixer le montant exact.

L'actuel article 232-3 relatif aux dépens de l'instance de divorce est abrogé, sans que les auteurs ne prévoient une nouvelle réglementation. Le Conseil d'Etat estime qu'il y aura lieu de combler cette lacune, soit par l'introduction dans le Code civil d'une disposition relative aux dépens de l'instance et à l'attribution d'une éventuelle indemnité de procédure dans le cadre de la procédure du divorce, soit par la modification des règles afférentes du Code de procédure civile.

Les conséquences du divorce pour les époux

A l'article 262, le Conseil d'Etat recommande la suppression de la référence à l'article 1496, abrogé depuis 1974.

Les articles 263 et 264 contiennent une disposition concernant les droits que des conventions passées avec des tiers attribuent au conjoint divorcé et qui, selon les auteurs, sont perdus de plein droit par l'effet du divorce. Une telle disposition se retrouve à l'article 265 du Code civil français et suscite plusieurs difficultés: „Il n'est pas de contrat qui attribue des droits au conjoint divorcé en tant que tel. Il faut en conclure, pour que le texte ait une signification, qu'il vise les droits attribués au conjoint par un contrat, lorsque ces droits peuvent subsister après le divorce, c'est-à-dire après que la qualité de conjoint a disparu. Le texte ne résout pas non plus la question de la survivance de principe des droits contractuels au divorce. Celle-ci demeure subordonnée à l'analyse du contrat. Si le conjoint a été désigné personnellement et individuellement, le bénéfice du contrat lui est propre et survit normalement à la disparition de sa qualité de conjoint; si, au contraire, le conjoint n'a été désigné qu'impersonnellement sans être nommé, le bénéfice du contrat cessera pour lui en même temps que sa qualité de conjoint ... L'article 265 ne peut jouer que si le bénéficiaire du contrat est attaché à la personne du conjoint,

nommément désigné, de sorte qu'il ne cesse pas automatiquement à la dissolution du mariage. Cette disposition a été conçue dans l'esprit d'une peine privée à l'encontre de l'époux coupable, même si le bénéfice de la déchéance profite à un tiers totalement étranger à la question matrimoniale." (cf. *JCL, divorce, fascicule 60, Nos 30-49*)

Dans le texte français, cette déchéance n'est d'ailleurs pas prévue, ni en cas de divorce pour torts réciproques, ni pour le divorce par consentement mutuel.

Le Conseil d'Etat estime que cette disposition ne cadre nullement avec l'objectif du projet de loi qui est d'abandonner l'idée de faute également dans les conséquences du divorce et propose sa suppression. Il se doit d'ajouter que pour autant que soient visés les contrats d'assurance-vie, il y a lieu de constater que ceux-ci s'analysent comme des donations entre époux qui sont toujours révocables et dont le divorce emporte la déchéance.

Paragraphe 1er.– Des pensions alimentaires

Articles 265 à 267

Dans le système actuel, le secours alimentaire personnel est fondé pendant la durée de la procédure de divorce sur l'obligation de secours et d'assistance des époux (articles 212 et 214 du Code civil) et le juge tient compte, pour la fixation du quantum, du niveau de vie du couple au cours du mariage. Une fois le divorce prononcé, le secours pécuniaire a un caractère purement alimentaire dont le but est d'assurer la subsistance du conjoint divorcé qui est dans le besoin. La jurisprudence a, à maintes reprises, confirmé le principe qu'après le divorce chaque époux devra pourvoir lui-même à ses besoins et prendre une part active dans l'élaboration de son propre avenir économique. Ce secours ne répare donc nullement une situation de disparité économique causée par le divorce, mais est destiné à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun des époux dans un délai raisonnable.

Le Conseil d'Etat préconise le maintien du caractère purement alimentaire du secours à allouer après divorce. Il s'oppose à créer de nouveau un secours alimentaire à caractère mixte tant alimentaire qu'indemnitaire qui viserait à introduire par la petite porte l'appréciation morale du comportement des époux pendant le mariage et de déplacer le combat sur les torts dans le cadre du litige relatif aux aliments.

Tout en renvoyant à ses considérations générales, le Conseil d'Etat se prononce en faveur d'un traitement équitable des conséquences économiques de l'échec du mariage. L'époux, dont l'âge ou l'état de santé ne lui permettront pas de subvenir à ses besoins après le divorce, doit être protégé. Le droit à une contribution d'entretien après mariage ne devrait cependant pas dépendre de la faute mais de critères objectifs tels que l'âge, l'état de santé, la répartition des tâches pendant le mariage...

Les critères d'allocation du secours alimentaire sont largement définis à l'article 266. Le Conseil d'Etat aurait une préférence à laisser aux juridictions le soin de déterminer le secours par rapport aux critères actuels qui sont les revenus disponibles du débiteur d'aliments, d'une part, et les besoins du créancier, d'autre part. D'ailleurs, la jurisprudence admet que les besoins devant être pris en considération sont constitués par tout ce qui est nécessaire à la vie: nourriture, logement, habillement, soins médicaux, etc. Les besoins varient selon les individus, car ils dépendent de divers facteurs tels que l'âge, le sexe, les charges de famille ou le coût de la vie dans le lieu où ils se trouvent (*JCL 2002, Aliments, art. 205-211, fasc. 10, No 52*).

Il est important que les juges puissent statuer sur base de situations financières transparentes des parties. L'applicabilité de l'article 112 NCPC est indispensable.

Si le secours prévu devait prendre les caractéristiques d'une prestation compensatoire, le caractère forfaitaire d'une telle prestation empêcherait en principe la révision, même en cas de changement dans les conditions et les besoins.

Les auteurs prévoient par ailleurs que le secours pourra prendre la forme d'un capital. Il est vrai que la reconnaissance d'un caractère indemnitaire au règlement pécuniaire prévu par le projet justifie le choix en faveur d'un règlement forfaitaire et définitif au moment de la rupture.

Or, si on emploie ce mode pour l'exécution d'une obligation à caractère purement alimentaire, la révisibilité, qui est l'essence même des pensions alimentaires, est remise en cause. Sans vouloir exclure la possibilité d'une capitalisation des pensions alimentaires, le Conseil d'Etat estime cependant qu'il faudrait approfondir cette question, et notamment par rapport aux incidences que le paiement d'un capi-

tal aura sur les plans fiscal, de la sécurité sociale et de l'attribution du revenu minimum garanti (voir notamment les articles 102, alinéa 5 du Code des assurances sociales et 21 de la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti).

Paragraphe 2.– Du logement

Les articles 268 et 269 traitent des conséquences du divorce quant au logement familial.

Ces articles s'insèrent dans un ensemble de règles protégeant l'habitation de la famille qui a un statut particulier pendant le mariage (art. 215 du Code civil). Selon une jurisprudence bien établie, aucun des deux époux propriétaires indivis de l'immeuble qui assure le logement familial ne peut en demander discrétionnairement le partage judiciaire, la faculté de demander le partage étant, dans ce cas, subordonnée à sa conformité avec l'intérêt de la famille et ceci jusqu'à la dissolution du mariage par une décision irrévocable.

Le souci de protection du logement familial se retrouve dans beaucoup de législations européennes (Allemagne, Angleterre, Danemark, Espagne, France, Suisse) prévoyant l'attribution du logement familial au-delà de la dissolution du mariage au parent qui a la garde des enfants. Cependant, ces législations prévoient en règle générale des dispositions relatives tant au logement familial constituant un bien commun des époux qu'à celui qui représente un bien propre de l'un des époux ou même à celui qui a un caractère locatif.

Les articles 268 et 269 du projet de loi sous avis ne trouvent, quant à eux, leur application que dans la seule hypothèse dans laquelle le logement familial est un bien propre de l'un des époux.

Ils ne s'appliquent pas lorsque le logement familial est un bien commun des deux époux. Le Conseil d'Etat rappelle que la possibilité d'une attribution préférentielle ou le maintien forcé dans l'indivision, prévus à l'article 253, ne sauraient combler cette lacune de manière satisfaisante.

Selon J. Beauchard (*Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce*, JCP 1982, éd. N, I, p. 63): „La permanence du logement de la famille au profit des enfants est une dérogation au droit commun de la propriété et de celui des contrats: le droit du propriétaire cède à l'intérêt supérieur de l'enfant.“

Dans une telle logique, le Conseil d'Etat reconnaît qu'une réglementation de l'attribution du logement familial puisse s'avérer utile, mais elle devrait cependant englober tous les modes de propriété. Le Conseil d'Etat estime que l'attribution de la jouissance du logement appartenant aux deux époux ou à un seul pourra constituer une modalité d'exécution des obligations alimentaires et devra être examinée dans ce contexte. Il émet toutefois des réserves quant à l'établissement d'un bail forcé. „L'établissement du bail entre deux époux qui divorcent est un paradoxe. Le lien contractuel apparaît au moment où disparaît le lien matrimonial. Les ex-époux se retrouvent l'un bailleur, l'autre locataire et sont tenus d'exécuter les obligations réciproques du contrat de bail.“ (cf. *JCL*, art. 264-1 à 285-1, fasc. 10, No 154). Le Conseil d'Etat estime que, sans recourir à un bail forcé, le tribunal pourrait être habilité à se prononcer sur l'attribution de la jouissance du logement à l'un des époux, sous réserve du versement d'une indemnité compensatoire à l'autre qui pourra être déduite, le cas échéant, de la contribution d'entretien. Le texte sous avis reste en défaut de préciser les détails quant à l'exécution et la fin du bail forcé (loyer, durée résiliation ...), de sorte qu'une révision des articles afférents s'impose.

Les conséquences du divorce pour les enfants

Articles 270 à 277

En ce qui concerne les dispositions relatives à l'autorité parentale, le Conseil renvoie aux considérations générales du présent avis.

Il tient à relever qu'à la fin de ses travaux, il a été saisi d'une proposition de loi du 10 février 2004 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale (*Doc. parl. No 5285*). Vu l'envergure de cette proposition et en l'absence de la prise de position du Gouvernement pourtant indispensable, il est impossible au Conseil d'Etat de l'examiner dans le cadre du présent avis.

Si le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale doit constituer la règle, il n'en reste pas moins que les parents, ou à défaut le juge, devront fixer l'endroit où l'enfant vivra de manière habituelle et, de façon corollaire, dans quelles conditions et avec quelle fréquence il verra le parent chez lequel il ne résidera pas. Le Conseil d'Etat estime que les parents devront être libres de déterminer les conditions

de la résidence des enfants et partant aussi de choisir le mode de la résidence alternée. La décision d'organiser la résidence alternée de l'enfant relèvera donc au premier chef d'une volonté des parents, mais elle devra être entérinée par le tribunal. Ce dernier gardera cependant un pouvoir d'appréciation pour vérifier si les décisions sont prises dans l'intérêt de l'enfant. Les enfants ont en effet besoin de stabilité et les juges seront en quelque sorte le garant de celle-ci.

La contribution alimentaire pour l'enfant de l'un des parents à l'autre dépendra évidemment des modalités d'hébergement choisies. Le parent qui héberge l'enfant de manière principale aura droit à une pension alimentaire de la part de l'autre parent. L'exercice en commun de l'autorité parentale devrait favoriser l'investissement quotidien des deux parents auprès de leur enfant et permettre le partage entre eux du travail parental et non pas servir à économiser la pension alimentaire ou bénéficier de déductions fiscales.

Le Conseil d'Etat approuve le texte proposé à l'article 274 en ce qu'il donne la possibilité au tribunal de fixer les modalités et les garanties de la pension alimentaire des enfants. Désormais la prévision de garanties dans le jugement de divorce devrait permettre au créancier de percevoir plus facilement les sommes dues: à titre préventif, le tribunal pourra prendre diverses mesures pour faciliter l'exécution du jugement quant aux obligations alimentaires. Ainsi, le débiteur pourrait être contraint à fournir caution ou à accepter un prélèvement direct sur son salaire.

Le Conseil d'Etat recommande aux auteurs du projet de revoir la procédure de la séparation de corps et de l'adapter aux règles de la procédure de divorce. Il estime que la séparation de corps de même que sa conversion ultérieure en divorce devraient pouvoir être introduites par demande conjointe. Comme pour le divorce, un projet de règlement des effets de la séparation est à prévoir dès le début de la procédure.

Les règles de procédure de la conversion de la séparation de corps en divorce qui sont fixées par les articles 1029 et 1030 NCPC sont à adapter en conséquence.

D'un point de vue procédural, le Conseil d'Etat se pose la question si le renvoi des règles de procédure régissant les cas de divorce au Nouveau Code de procédure civile ne contribuerait pas à améliorer la lisibilité du texte. En tout cas, il estime que cette question mérite plus de réflexion.

En ce qui concerne les articles 378 et 389 visant à introduire certaines modifications par rapport à l'autorité parentale, le Conseil d'Etat renvoie aux considérations générales de son avis. Ces articles seront à revoir avec l'ensemble des dispositions concernant l'autorité parentale.

Le Conseil d'Etat renvoie de même aux considérations générales du présent avis pour ce qui est de la modification de l'article 183 NCPC.

Comme il l'a déjà soulevé dans son commentaire relatif aux articles 241-244, le Conseil d'Etat a du mal à saisir la signification de la modification de l'article 405, alinéa 2 NCPC dans la mesure où la preuve de faits concernant le divorce ou la séparation de corps n'aura plus besoin d'être rapportée.

*

En conclusion, le Conseil d'Etat se doit de constater que le texte lui soumis sous avis est certes animé de bonne volonté mais manque de rigueur juridique. Le désir des auteurs de vouloir par le biais de la réforme proposée pacifier les relations entre les conjoints durant et après la procédure de divorce, surtout dans l'intérêt des enfants, est certes louable et est entièrement partagé par le Conseil d'Etat qui craint cependant que, faute de maturation et quant au fond et quant à la forme, le projet risque de manquer son objectif. Aussi se doit-il d'insister auprès des auteurs du projet afin qu'ils revoient entièrement ce dernier à la lumière des observations émises dans le présent avis.

Il serait déplorable qu'une réforme d'une telle envergure bouleversant les bases mêmes du mariage et du divorce soit bouclée à la hâte en fin de période législative.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 mars 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

