

Luxembourg, le 4 décembre 2003

## **AVIS SUR LE PROJET DE LOI SUR LA REFORME DU DIVORCE -**

(Projet de loi n° 5155 portant réforme du divorce)

Conformément aux pouvoirs lui conférés par la loi du 25 juillet 2002 dans son article 3b, l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK) a décidé d'émettre son avis sur certains articles du projet de loi susmentionné qui touchent à son avis au droit des enfants.

### **A. - CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES**

Il est évident que toute réforme touchant au droit de la famille, concerne plus ou moins directement les droits des enfants mineurs.

Toute réforme du divorce ne manquera certainement pas d'entraîner des conséquences pour les enfants et le législateur devra à tout moment respecter les droits des enfants et agir dans leur intérêt supérieur.

#### **(1)**

L'ORK n'entend pas analyser le projet dans son entièreté alors que certaines parties du projet ne concernent pas directement les enfants.

L'ORK déplore toutefois que le projet de loi prévoit une modification des textes légaux concernant **le divorce par consentement mutuel.**

A la connaissance de l'ORK, les textes actuels régissant la matière sont satisfaisants.

En outre, la législation actuelle prévoit un délai de 6 mois entre les deux convocations des époux au Tribunal, délai qui est supprimé dans le nouveau projet.

Or ce délai de réflexion ne permet-il pas aux époux, soit, dans quelques cas, de revoir leur position en vue d'une réconciliation éventuelle, sinon de vérifier si les modalités du divorce, surtout en ce qui concerne les enfants, fonctionnent.

Ce temps de réflexion ne peut qu'être dans l'intérêt des enfants.

L'ORK approuve toutefois que le jugement de divorce par consentement mutuel vaudra homologation de la convention de divorce, laquelle sera donc directement exécutable sans repasser devant les tribunaux.

L'ORK approuve également que les conditions d'âge et de durée de mariage ont disparu dans le nouveau projet.

En ce qui concerne le **divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales**, l'ORK approuve l'introduction du divorce-constat d'échec.

Sans aucun doute, cette forme de divorce contribuera à la paix dans les familles.

L'ORK estime toutefois que le divorce pour faute pourrait être maintenu dans les cas d'extrême gravité telles que violences conjugales, abus sexuels et condamnation criminelle de l'un des époux.

La question se pose, en effet, si la société ne doit pas maintenir une certaine forme de divorce-sanction dans des cas extrêmes, permettant de "punir" pareille rupture grave des liens du mariage et d'accorder des dommages-intérêts à l'époux lésé.

La société n'a-t-elle pas le devoir de montrer, notamment aux enfants, qu'elle entend mettre au ban certains comportements hautement outrageants qu'adopte une partie à l'égard de son conjoint, voire ses enfants ?

Ne risque-t-on pas, aussi, de voir augmenter le nombre de procès civils, les époux lésés cherchant compensation sur base des principes du droit commun de la responsabilité.

Quant aux nouvelles règles de procédure, l'ORK pense que les droits de la défense des parties ne sont pas assez respectés et craignent que les époux, sans l'assistance nécessaire d'un avocat, n'aient pas toujours les compétences requises leur permettant de faire valoir leurs droits et surtout ceux de leurs enfants.

L'ORK craint également que les procédures, notamment dans le cas de personnes non assistés, risquent de traîner en longueur alors que l'instruction du dossier devra être faite par les parties, voire le Président du Tribunal, respectivement le Tribunal.

Aussi l'ORK déplore que la nouvelle procédure ne prévoit pas, outre le fait que le juge puisse entendre les enfants mineurs sur leur demande et s'il l'estime nécessaire, de quelle façon les enfants mineurs peuvent, sans être parties au procès, intervenir formellement dans la procédure pour se faire entendre en étant notamment assisté d'un avocat pour enfants.

Aussi l'ORK craint-il que cette apparente simplification de la procédure n'en est pas une et que les parties risquent de se retrouver devant d'autres tribunaux ultérieurement pour y mener les débats qu'ils n'ont pas pu mener dans le cadre du divorce.

En effet, ne faut-il pas craindre que le nombre de procès devant le Tribunal de la Jeunesse, compétent en matière de droit de garde/droits de visite et d'hébergement après divorce risque d'augmenter, au détriment notamment des enfants?

## (2)

En deuxième lieu, l'ORK s'est penché sur les articles relatifs aux conséquences du divorce en ce qui concerne les enfants.

L'ORK regrette que les auteurs du projet n'en aient pas profité pour instaurer la notion **d'autorité parentale conjointe** qui d'après la Cour Constitutionnelle se doit d'être le principe.

Il ne suffit pas de l'envisager dans le cadre d'un accord commun des parents.

En outre, l'ORK craint que les dispositions prévues dans le projet de loi en ce qui concerne **le logement familial** ne nuisent aux enfants.

En effet, il sera à craindre que les parents se battent encore plus pour obtenir la l'autorité parental exclusive de leurs enfants dans l'espoir de pouvoir rester dans l'ancien domicile conjugal.

## **B. - COMMENTAIRE DES ARTICLES**

### **Articles 268 et 269**

L'ORK tient à exprimer son opposition formelle à ces deux articles.

L'ORK se demande d'abord pourquoi les auteurs du projet de loi visent uniquement le cas où le logement familial appartient en propre à un des époux et ne prennent pas en considération les cas où le logement familial est un immeuble commun.

Si aucune explication n'est donnée dans l'exposé des motifs, l'ORK pense que les règles de l'indivision prévues aux articles 815 et suivants du Code Civil ne permettent pas de forcer une partie à donner à l'autre la moitié de sa propriété indivise à bail.

Or n'est-il pas étonnant, voir discriminatoire de pouvoir être autorisé de rester dans une maison qui ne vous appartient pas alors qu'on peut être forcé de céder (et donc de quitter) la maison dont on est propriétaire indivis!

**L'ORK craint surtout que les enfants ne fassent les frais de ces nouvelles dispositions.**

Il est clair que le parent propriétaire de l'immeuble propre va tout faire pour obtenir l'autorité parentale exclusive de ses enfants afin d'être certain de ne pas devoir être obligé de donner à bail sa propriété à l'autre époux et ceci peut-être au détriment du véritable intérêt des enfants.

Et même dans l'hypothèse d'une décision de justice accordant à l'autre parent l'autorité parentale exclusive des enfants et le bail de l'immeuble propre, ne va-t-il pas être tenté d'influencer les enfants contre le parent gardien, de multiplier les procédures après divorce en vue d'une modification de l'autorité parentale auprès du juge de la jeunesse et ceci toujours et encore au détriment de l'intérêt et la paix des enfants.

Or les enfants ne doivent jamais devenir l'enjeu des préoccupations matérielles des adultes.

L'ORK pense que de telles dispositions risquent aussi de nuire les intérêts des éventuels enfants d'un second mariage du propriétaire contraint de céder son immeuble à bail.

Si on imagine un couple dont le plus jeune enfant n'a que deux ans au moment du prononcé du divorce, les articles 268 et 269 tels que proposés auront pour conséquence une indisponibilité pendant 16 ans d'un bien propre d'un des époux.

L'époux propriétaire ne pourra pas reloger sa nouvelle famille, respectivement aura les plus grandes difficultés à se voir octroyer un prêt pour acheter un autre bien immobilier en vue de une nouvelle épouse et les enfants qu'il aura avec celle-ci.

Par contre, il est presque certain que cette mesure de cession à bail restera bientôt lettre morte.

Rien de plus facile pour un célibataire ou un époux séparé de biens que de constituer une société et d'acquérir l'immeuble au nom de celle-ci pour contourner ces nouvelles dispositions.

Ce ne seront que les propriétaires les plus démunis, ceux qui devront acheter en nom propre aux fins de pouvoir bénéficier des aides de l'Etat qui seront lésés.

**article 271**

- Cet article prévoit d'abord, dans sa lecture actuelle que les parents puissent dans le cadre du divorce trouver l'accord amiable d'exercer l'autorité parentale commune à l'égard de leurs enfants mineurs.

Contrairement à ce que les législations de nombreux autres pays européens, dont certains pays limitrophes préconisent (notamment la France et la Belgique), le projet de loi soumis au législateur luxembourgeois n'opte pas pour le principe de l'autorité parentale commune ou conjointe pour les père et mère.

L'autorité parentale commune/conjointe reste soumise à l'accord des deux parties concernées.

Il est dommage que les rédacteurs du projet de loi n'aient pas fait le choix d'aller au bout de leur volonté de vouloir enfin en terminer avec la discrimination maintenue entre les père et mère liés par les liens du mariage et les père et mère divorcés.

D'autant plus que tant la Cour Constitutionnelle dans son arrêt no.7/99 du 26 mars 1999 (mémorial A no.41 du 20 avril 1999) que la Cour d'Appel dans son arrêt du 11 juillet 2001 (Pasicrisie t.32 no2/2002 p.96) ont posé certains principes, encore que les cas soumis à leur appréciation concernaient les enfants naturels et que le débat portait sur la question de la discrimination des pères naturels.

Dans les décisions précitées, il avait été retenu d'abord (Cour Constitutionnelle) que l'article 380 al.1 du code civil en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11(2) de la constitution et (Cour d'Appel) que cette décision *"implique donc négativement la suppression de la prééminence du lien maternel en cas de reconnaissance de l'enfant par ses deux parents, la vocation égale de chacun des parents à exercer l'autorité parentale."*

En l'absence d'un nouveau texte de loi remplaçant l'article 380 al.1er du code civil et instaurant le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la Cour d'Appel a estimé néanmoins que l'article 380, al.2 permet au juge des tutelles de confier, suivant l'intérêt de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale au père ou à la mère ou conjointement aux deux parents.

Dans le cadre du divorce se pose donc également la question de la discrimination des père et mère divorcés par rapport aux père et mère unis par les liens du mariage, respectivement les père et mère naturels.

Pour éviter toute discussion quant à une éventuelle discrimination (ou non), une cohérence des régimes s'appliquant à chaque catégorie des père et mère précités est de rigueur.

Le législateur devrait profiter de l'occasion pour uniformiser le régime de l'autorité parentale.

Il est à cet égard également renvoyé à la Convention internationale des droits des Enfants adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989 et notamment à ses articles 2 alinéa 1 et 9 alinéas 1 et 3.

L'article 2 prévoit que les Etats parties *"s'engagent à respecter les droits énoncés à la convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de .....leur naissance ou de toute autre situation."*

Les mêmes droits doivent donc être garantis aux enfants légitimes que leurs parents soient encore mariés ou non, respectivement aux enfants naturels.

Parmi ces droits figurent ceux retenus à l'article 9 de la Convention précitée et qui consacrent le droit des enfants de ne pas être séparés de leurs parents contre leur gré et, en cas de séparation de l'enfant de ses deux parents ou de l'un d'eux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents.

L'ORK est persuadé que l'autorité parentale conjointe, c'est à dire la prise de responsabilité conjointe des deux parents à l'égard d'un enfant et des décisions importantes qui doivent être prises à son égard, sont un droit pour chaque enfant.

En effet, l'enfant dont les parents vivent séparés et dont la résidence est forcément établie auprès de l'un de ses parents ne doit pas être encore plus discriminé qu'il ne l'est déjà (du moins moralement) par rapport à ses camarades vivant auprès des deux parents en le privant de la direction et la prise en charge du parent auprès duquel il ne vit pas.

La pratique démontre que le parent qui conserve les obligations qu'entraînent l'exercice de l'autorité parentale se sent plus responsable, s'implique plus dans la vie de son enfant alors qu'il se sent moins mis à l'écart, voire accepte plus facilement que son enfant ait sa résidence familiale principale auprès de l'autre parent.

Par contre l'autre parent, celui auprès duquel l'enfant vit habituellement, doit maintenir un minimum de communication avec l'ancien conjoint, ce qui ne peut être que bénéfique pour l'enfant.

De plus ce système aura le mérite d'harmoniser notre loi nationale avec celle des nombreux pays de l'Union Européenne ayant adopté le principe de l'autorité parentale conjointe (par exemple: Belgique, Pays-Bas, France, Grande-Bretagne...).

En effet, la loi applicable à l'enfant en matière d'autorité parentale est en principe sa loi nationale.

Sauf qu' il n'est pas exclu actuellement, en raison de l'application de la loi du for par le juge des référés-divorce, que des enfants soumis de par leur loi nationale au principe de l'autorité conjointe voient la garde de leur personne attribuée à l'un ou l'autre de leurs parents.

Le parent titulaire du droit de garde en profite pour quitter le pays avec le ou les enfants, sans l'autorisation de l'autre parent, ajoutant la distance géographique à la séparation déjà souvent douloureuse pour les enfants.

Les détracteurs du principe de l'autorité parentale conjointe ont tendance d'expliquer que cet exercice de l'autorité conjointe est parfois mis à profit par

certaines personnes aux fins de continuer à exercer une certaine pression sur l'ex-conjoint, voire assouvir d'anciennes vengeances.

Ils craignent que le nombre de procès qu'entraîneraient les désaccords en matière d'autorité parentale conjointe serait très important.

Une telle attitude de blocage systématique de décisions, bien entendu condamnable, n'est évidemment pas complètement évitable, encore que les rédacteurs du présent avis pensent que ces cas demeureront l'exception, plutôt que la règle.

En tout état de cause, vu le nombre actuel très important de litiges après-divorce concernant les modalités des droits de garde ou des droits de visite et d'hébergement et du ressort de la compétence du juge de la jeunesse en vertu de l'article 302 al. 2 du code civil, il n'est pas vraiment à craindre que le nombre de procès augmente, mais tout au plus que le débat s'éloigne des questions de droit de garde/de visite et porte sur les questions d'autorité parentale.

- Reste alors à déterminer quel est le meilleur régime à adopter en principe quant à l'autorité parentale .

En effet deux systèmes sont possibles, en partant du principe que l'autorité parentale conjointe doit toujours rester possible pendant et après le divorce:

1. En partant de l'esprit du nouvel article 271 du projet de loi portant réforme du divorce, on peut prévoir effectivement qu'en cas de défaut d'accord amiable des père et mère sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale, le tribunal confiera l'exercice de l'autorité parentale soit conjointement aux deux parents, soit à l'un ou à l'autre des parents.

Dans la ligne des principes régissant la situation actuelle en matière d'enfants naturels, le juge intervient en cas de désaccord des parties et peut alors tout décider, même d'accorder l'exercice conjoint de l'autorité.

Cette proposition ne rencontre pas la faveur des rédacteurs de la présente alors que l'arrêt de la Cour d'Appel du 11 juillet 2001 avait le mérite de préciser que la jurisprudence actuelle en matière de tutelles qui permet au juge des tutelles de trancher la question de l'exercice unilatéral ou conjoint de l'autorité parentale devait *s'appliquer "en l'absence de solution différente consacrée jusqu'à présent par le législateur..."*.

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

**2. C'est pour cette raison et celles présentées supra. que l'ORK voudrait que l'exercice de l'autorité parentale conjointe devienne un principe, quelle que soit la situation personnelle des parents (légitimes mariés ou divorcés, naturels).**

La Cour d'Appel dans son arrêt précité du 11 juillet 2001 a bien précisé

*" qu'il est dans l'intérêt de l'enfant, de son développement équilibré et de son bien-être que ses deux parents soient responsables de son éducation et que l'exercice en commun de l'autorité parentale est la meilleure solution pour l'enfant".*

Les rédacteurs de la présente estiment que le juge du divorce, respectivement le tribunal de la jeunesse (après divorce) resteront compétents en cas de désaccord entre parents, pour régler les différents éventuels.

Leur intervention se voudra ponctuelle.

Pour des motifs très graves, qui seront toujours exceptionnels, les tribunaux pourront confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère.

Les articles du code civil belge sur l'autorité parentale conjointe (Titre IX de l'autorité parentale, art. 373 et art. 374 ) ont, à titre d'exemple, retenu l'attention de l'ORK pour leur texte clair et explicite:

***"Art 373 code civil belge:*** *Lorsqu'ils vivent ensemble, les père et mère exercent conjointement leur autorité sur la personne de l'enfant.*

*A l'égard de tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte de cette autorité sous réserve des exceptions prévues par la loi.*

*A défaut d'accord, le père ou la mère peut saisir le tribunal de la jeunesse.*

*Le tribunal peut autoriser le père ou la mère à agir seul pour un ou plusieurs actes déterminés.*

***Art. 374 du code civil belge:*** *Lorsque les père et mère ne vivent pas ensemble, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint et la présomption prévue à l'article 373 alinéa 2, s'applique.*

*A défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge compétent peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère.*

*Il peut aussi fixer les décisions d'éducation qui ne pourront être prises que moyennant le consentement des père et mère.*

*Il fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des relations personnelles avec l'enfant. Ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves. Celui qui n'exerce pas l'autorité conserve le droit de surveiller l'éducation de l'enfant. Il pourra obtenir, de l'autre parent ou tiers, toutes informations utiles à cet égard et s'adresser au tribunal de la jeunesse dans l'intérêt de l'enfant.*

*Dans tous les cas, le juge détermine les modalités d'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population."*

Il faut encore remarquer qu'en cas de réformation de l'autorité parentale, le législateur devra également adapter les dispositions concernant l'administration des biens des enfants et revoir tous les textes légaux ayant trait à l'autorité parentale.

Luxembourg, le 4 décembre 2003

Pour les membres de l' Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand,

Marie Anne RODESCH-HENGESCH, Robert SOISSON, Valérie DUPONG,  
Caroline MART, Elisabeth MULLER-MEYRATH, Jean-Jacques KOHN

Valérie DUPONG  
HENGESCH

Marie Anne RODESCH-