

Projet de loi N° 5155

portant réforme du divorce

Avis du Conseil National des Femmes du Luxembourg (CNFL)

Historiquement, les grandes réformes du droit de la famille en général et du droit du divorce en particulier se sont toujours voulues accompagnatrices des changements sociétaux. Pour ce qui est du Luxembourg, rappelons que les réformes du divorce intervenues au cours des années 70 ont voulu consacrer l'égalité formelle des époux dans leurs rapports réciproques tout comme dans leurs rapports avec les tiers. Plus récemment, la réforme de l'attribution du nom aux enfants est venue promouvoir l'égalité des mères et des pères dans leurs rapports avec leurs enfants.

L'objet principal de la réforme du divorce actuellement en discussion consiste en un remplacement du divorce pour cause déterminée par une nouvelle forme de divorce, à savoir : « *le divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales des époux* ». Suivant l'exposé des motifs, l'objectif principal serait la pacification de la procédure de divorce, ce tant dans l'intérêt des parties que dans celui des enfants.

Conscient du fait que la réforme projetée aura nécessairement un impact sur le vécu des personnes concernées, le CNFL a étudié le projet de loi N° 5155 portant réforme du divorce sous l'angle de l'égalité entre femmes et hommes. Au cours de cette analyse, il a identifié plusieurs éléments soulevant des questions de principe. Le CNFL se propose de concentrer son analyse sur ceux-ci.

Dans le principe, le CNFL ne peut que souscrire à l'objectif de pacification des procédures de divorce dont fait état le projet de réforme.

Il note que, parmi les modifications proposées on retrouve notamment :

- L'abolition de la notion de faute
- L'introduction d'une pension alimentaire de type indemnitaire
- L'introduction de l'autorité parentale conjointe
- L'affectation du logement à la personne qui a la charge des enfants
- L'introduction de la médiation

Avant de présenter son appréciation quant à ces divers éléments, le CNFL aimerait interroger sur la cohérence de la démarche adoptée qui consiste à faire abstraction du mariage, lien qui par le divorce se trouvera dissout. D'emblée, le CNFL précise qu'il regrette l'absence d'une approche globale.

La cohérence de la démarche proposée

Il convient de se demander pourquoi il a été opté pour une réforme du divorce isolée sans l'accompagner d'une réforme du mariage. Il est incontestable que le code civil promulgué en 1804 constitue, quant à la forme, un édifice législatif cohérent. Toutefois, quant au fond, il est tout aussi évident que la codification napoléonienne consacre le modèle patriarcal auquel son initiateur tout comme les membres de la commission chargée de son élaboration étaient attachés. Certes, de nombreuses réformes sont venues atténuer cette caractéristique. Mais une réelle remise en question des fondements patriarcaux n'a jamais eu lieu.

En droit luxembourgeois, l'actuelle teneur du code civil en ce qui concerne les droits et devoirs des époux remonte aux années 70. Les articles 212 et 214 du code civil disposent :

Art. 212. *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.*

Art. 214. *Si le contrat de mariage ne règle pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.*

Ils s'acquittent de leur contribution par leur travail professionnel ou domestique, par les apports en mariage et par les prélèvements qu'ils font sur leurs biens personnels.

Si l'un des époux s'acquitte de sa contribution par son activité au foyer, l'autre est obligé de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre époux dans les formes prévues à l'article 1011 du Nouveau Code de procédure civile.

Il est indéniable que nous vivons depuis plusieurs décennies un changement des comportements face au mariage. C'est ainsi que le mariage ne représente plus pour les femmes la seule manière de « gagner leur vie », que l'espérance de vie a fortement augmenté et que les choix d'itinéraires de vie se sont multipliés. L'élément émotif tend à devenir la base principale, sinon exclusive, des relations de couples qui, de par ce fait se font et se défont plus facilement.¹

On note que le nombre des divorces par consentement mutuel est nettement prédominant (2/3) ce qui paraît étayer la thèse selon laquelle les gens seraient capables de gérer leurs relations en personnes adultes.

La question de savoir si le mariage doit rester cette institution patriarcale à laquelle le Code Napoléon la destinait s'impose. Ne faut-il pas prendre acte de la réalité sociale et replacer le mariage dans le contexte actuel, c'est-à-dire un accord entre deux personnes indépendantes et responsables ?

Le CNFL soulève la question de savoir si l'objectif de pacification de la rupture du lien conjugal peut être atteint en faisant abstraction des règles régissant le mariage en lui-même. Le CNFL regrette que le mariage soit encore trop souvent perçu comme un engagement, respectivement une garantie de subsistance à vie, alors que cela ne correspond assurément plus à la réalité.

Une approche globale devrait, selon le CNFL, impliquer une réforme du mariage allant dans le sens d'une responsabilisation des individus.

Concrètement, le CNFL estime que, dans un souci de cohérence, l'abolition pure et simple de la faute dans le cadre du divorce devrait aller de pair avec une réforme du mariage. Il lui paraît, en effet incohérent de laisser subsister des devoirs (obligations), alors que le non-respect de ceux-ci ne portera plus à conséquence.

En conséquence, Le CNFL est d'avis qu'en absence d'une réforme du mariage, il convient de maintenir la violation des engagements, donc la faute, comme cas d'ouverture du divorce.

1

Année	Mariages	Divorces
1980	2149	582
1990	2312	759
2000	2148	1030
2004	1999	1055

Source : Statec

L'Abolition de la notion de faute en tant que cause du divorce

Comme déjà évoqué précédemment, le projet de réforme du divorce fait abstraction complète du mariage. En effet, en son objet principal, le projet de loi préconise l'abolition de la faute en cas de rupture du lien du mariage, alors que, lors de la conclusion de ce lien, les devoirs des époux sont maintenus. Nous nous retrouverons ainsi dans la situation suivante : Le manquement aux devoirs (obligations) auxquels les époux se sont engagés par la conclusion du mariage ne sera pas sanctionné dans le cadre de la procédure de divorce. Autrement dit, les devoirs sont maintenus et leur violation ne constituera plus une cause de divorce. Le recours à la faute étant supprimé en tant que cause de divorce, on peut craindre l'apparition de procédures dans l'après-divorce. Une telle conséquence impliquerait un prolongement des interactions entre ex-époux et ne serait certes pas de nature à pacifier leurs relations.

Il est un fait qu'un certain nombre de couples choisissent la procédure du divorce par consentement mutuel pour des raisons de coût. Cependant, cette procédure présente le désavantage que les personnes en instance de divorce doivent, en tel cas, convenir d'une répartition sur l'après-divorce dans son ensemble.

Alors que les couples sont peut être d'accord sur certains points, ils ne le sont pas forcément sur tous et la seule véritable alternative est, en l'état actuel de la législation, le divorce pour cause déterminée qui vient ainsi toucher des couples qui tout simplement sont en désaccord sur certaines modalités sans pour autant qu'il y ait faute de l'un ou de l'autre.

On peut donc concevoir que l'introduction du divorce pour rupture irrémédiable de la vie conjugale permette d'éviter, en certains cas, aussi bien les consentements forcés que les combats artificiels.

Toutefois, si les devoirs des époux sont maintenus, le CNFL est d'avis que la violation de ces devoirs doit continuer à constituer une cause de divorce. Il remarque que ceci ne fait pas obstacle à l'introduction d'un divorce-constat venant se rajouter aux causes de divorce dont nous connaissons actuellement.

Enfin, le CNFL note que la plupart des législations européennes connaissant du divorce-constat, prévoient une durée minimale de rupture de la vie commune, alors que le projet de loi luxembourgeois, quant à lui ne prévoit pas ce laps de temps propice à accompagner le processus de séparation, d'où le reproche de divorce « répudiation » souvent évoqué. Le CNFL est d'avis que cet aspect, propice à permettre aux conjoints de régler les conditions de leur séparation, gagnerait à être analysé.

L'introduction d'une pension alimentaire de type indemnitaire

L'art 265 du projet de loi énonce : « le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'art 212. Toutefois, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une pension alimentaire, destinée à subvenir à son entretien et à compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. »

Le CNFL note que les auteur-e-s préconisent de conférer un caractère indemnitaire (réparer un préjudice) à la pension alimentaire laquelle est depuis la réforme de 1993 purement alimentaire (assurer les besoins vitaux). Le terme « pension alimentaire » est maintenu. La nouvelle pension alimentaire restera révisable et révocable. Une liste non-limitative d'éléments à prendre en compte pour la fixation de cette nouvelle forme de pension alimentaire est proposée. Parmi ces éléments, nous retrouvons notamment « *la situation respective en matière de pensions de retraite* ».

Ce changement de paradigme inquiète fortement le CNFL pour plusieurs raisons.

En premier lieu, le CNFL rappelle que, dans le cadre des procédures de divorce, l'enjeu pécuniaire constitue souvent une source d'envenimement de la procédure. Cet enjeu se trouvera forcément renforcé par la modification préconisée. Ceci ne serait certainement pas de nature à pacifier la procédure.

De même, le CNFL craint que l'attribution d'une compensation ne porte à confusion en donnant à la personne indemnisée l'impression de bénéficier d'une sécurité pécuniaire à long terme. Qui plus est, les difficultés de recouvrement en matière de pension alimentaire dont nous connaissons déjà actuellement risquent de s'amplifier. Est-il nécessaire de rappeler que ceci met sérieusement en danger les moyens de subsistance de personnes qui se retrouvant dans le besoin risquent de devenir attributaires d'aides sociales à charge de la société ? A cela vient s'ajouter que, le caractère indemnitaire n'est certes pas de nature à promouvoir l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées. Tout au contraire, le mariage risque d'être perçu comme une garantie, alors que la pension alimentaire continuera à être révisable et révocable.

Le CNFL est persuadé que l'introduction d'une pension alimentaire de type indemnitaire enfoncera les attributaires (principalement des femmes) dans une situation de dépendance économique tout en les empêchant d'assumer leur itinéraire de vie. Puisque ce sont encore toujours majoritairement les carrières des femmes qui présentent des interruptions pour raisons familiales, ce seront les femmes qui resteront dans la majorité des cas les attributaires d'une telle pension.

Enfin, le CNFL s'inquiète fortement de retrouver « *la situation respective en matière de pensions de retraite* » parmi les éléments à prendre en compte pour la fixation de la nouvelle pension alimentaire.

L'individualisation et le partage (splitting) des droits à pension sont des questions en discussion depuis de nombreuses années. Alors que des réformes en la matière sont annoncées, le CNFL ne peut adhérer à l'approche consistant à envisager une solution au problème dans le cadre de la réforme du divorce. Dans ce contexte, il réitère ses revendications en la matière :

Le CNFL est d'avis qu'une réforme de l'assurance pension s'impose. Il précise qu'une telle réforme devra nécessairement aller dans le sens d'une individualisation des droits, donc créer des droits directs indépendants de tout lien conjugal. Il est évident qu'un tel modèle devra inclure un système de cotisations obligatoires.

Au Grand-Duché de Luxembourg, les couples bénéficient d'un taux d'imposition avantageux. Étant entendu que des mesures accompagnatrices seraient à envisager dans le cadre de la réforme préconisée par le CNFL, il serait d'ores et déjà concevable que les économies résultant de notre système d'imposition soient affectées aux cotisations individuelles à introduire.

A ce sujet, il est renvoyé à l'« Étude descriptive et comparative de la situation des femmes et des hommes dans le système de la sécurité sociale et de la fiscalité ».²

La différence d'impôts accordée à un-e adulte marié-e dont l'époux/l'épouse ne travaille pas pourrait être utilisée pour financer le maintien de la personne abandonnant son activité professionnelle dans le système de la sécurité sociale et ainsi permettre la constitution de droits personnels. Le CNFL est persuadé qu'une telle réforme serait de nature à pacifier le processus de rupture au sein des couples.

Plus particulièrement, le partage des droits en cas de divorce destiné à corriger les défauts du système actuel, est à concevoir comme mesure exclusivement transitoire.

Il est évident que cette mesure devra être contraignante³. Le CNFL insiste à ce que le partage des droits en cas de divorce soit inséré au Code des Assurances Sociales.

² Étude descriptive et comparative de la situation des femmes et des hommes dans le système de la sécurité sociale et de la fiscalité - projection vers un système d'individualisation des droits sociaux et fiscaux - octobre 2000 - Ministère de la Promotion Féminine et Conseil National des Femmes Luxembourgeoises - ISBN 2-919876-35-X

³ voir réponse du Ministre de la Santé et de la Sécurité sociale à la question parlementaire N° 950 du 23 février 2006 de Madame le Député Lydia Mutsch

Le CNFL a toujours fait valoir que l'option consistant à insérer cette mesure au Code Civil représenterait une simple ouverture à réclamer une compensation comparable à l'actuelle pension alimentaire et non pas la constitution d'un droit propre dans le chef de l'ex-époux ayant réduit, voire interrompu sa carrière professionnelle. Si besoin en était, le projet de loi N° 5155 confirme cette crainte en ce qu'il attribue un pouvoir d'appréciation au juge et ne confère donc aucun droit concret.

Des changements structurels sont nécessaires pour sortir les femmes de la dépendance, soit du partenaire, soit de l'État.

Le CNFL souligne que, dans son avis⁴, le Conseil d'État exprime une préoccupation similaire dans les termes suivants : « 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 ».

L'introduction de l'autorité parentale conjointe

Le projet de loi portant réforme du divorce ouvre la possibilité aux parents d'opter pour l'autorité parentale conjointe. Les modalités sur lesquelles les parents s'accordent ne doivent ni être contraires aux intérêts des enfants ni être contraires à l'ordre public.

Le CNFL note que les auteur-e-s préconisent l'introduction de l'autorité parentale conjointe en tant que notion d'exception. Cela signifie que la rupture du lien conjugal continuera, en principe, à entraîner la rupture du lien de responsabilité parentale dans le chef d'un parent.

Le CNFL se prononce en faveur d'un renforcement de la responsabilité parentale par le maintien de principe de l'autorité parentale conjointe des parents divorcés. Toutefois, il insiste à ce que des modalités pragmatiques et efficaces soient introduites afin de prévenir les blocages abusifs dans l'exercice de l'autorité parentale dont pourrait user un des parents dans le but exclusif de bloquer les situations et de se venger sur la personne qui se serait vue attribuer le droit de garde. En effet, il semble évident que la suppression de la notion de faute dans la procédure de divorce ne permettra pas d'éliminer les ressentiments subjectifs entre ex-époux qui risquent de se répercuter sur les enfants.

⁴ Document parlementaire - N° 5155²

L'affectation du logement à la personne qui a la charge des enfants

Le projet de loi propose l'introduction d'une nouvelle disposition en ce qui concerne le logement familial. Il préconise d'accorder à la/au juge du divorce la possibilité de donner à bail le logement familial qui appartient en propre à l'un des époux à celui des époux ayant obtenu la garde des enfants. En tel cas, le tribunal fixera la durée du bail qui pourra être renouvelé jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le bail pourra être résilié si des circonstances nouvelles le justifient.

La nouvelle mesure concerne exclusivement les cas dans lesquels le logement familial appartient en propre à l'un des époux. Suivant l'exposé des motifs, cette nouvelle mesure vise à pacifier les relations familiales des époux et des enfants. Le CNFL doute fortement de cette présumée pacification. Il est d'avis que le contraire risque plutôt d'advenir. La source de conflits que constitue actuellement l'attribution de la garde des enfants pourrait s'en trouver fortement accentuée. Il est, en effet fort à craindre que les enfants deviennent les otages dans la lutte pour le logement, puisque c'est celui qui se verra attribuer la garde des enfants qui pourra user du logement.

Qui plus est, s'il y a effectivement eu un mariage tumultueux avec éventuellement des violences physiques ou psychiques, il n'y a pas d'argument psychologique ou pédagogique qui justifierait un maintien de la résidence des enfants dans une habitation peinte dans les couleurs de la haine et de l'agressivité. Un déménagement vers un nouveau logement constituera, en tel cas, un bon démarrage pour une vie meilleure, surtout et avant tout pour le bien-être des enfants.

Toutefois, le CNFL conçoit qu'une affectation préférentielle de courte durée (p.ex. d'une année) du logement familial pourrait se justifier au cas où l'attributaire se trouverait confronté-e à des problèmes graves susceptibles de rendre impossible un déménagement immédiat.

L'introduction de la médiation

Parmi les mesures provisoires dans le cadre du « divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales », il est préconisé que le juge puisse proposer une mesure de médiation aux époux.

Le CNFL attire l'attention sur le fait que la médiation nécessite le libre consentement des parties ainsi que leur pleine capacité de décider. Etant donné que la médiation est un processus dont le parcours ne peut être fixé dans un cadre temporel déterminé, le CNFL est d'avis qu'il est paradoxal d'introduire la médiation au moment où des personnes adultes ont fait le constat de l'échec de leur relation.

Beaucoup de couples en situation de crise familiale consultent les services psycho-sociaux existants ou ont recours à la médiation avant d'entamer une procédure de divorce. Les personnes qualifiées travaillant dans les services psycho-sociaux (psychologues, assistant-e-s sociales/sociaux,...) disposent, de par leur formation, des outils de la communication et de la déontologie favorisant la libre expression de la personne et la recherche de solutions adaptées aux besoins et au profil des personnes. Le CNFL doute que l'intervention d'autres professionnels (exemple art. 246 : notaires) pourra remplacer ces services.

Le CNFL considère que l'option d'avoir recours à la médiation familiale doit rester du ressort exclusif des personnes concernées, indépendamment de toute procédure judiciaire.

Luxembourg, le 23 octobre 2006