Arrêt civil

Audience publique du vingt novembre deux mille treize

Numéro 38802 du rôle

Composition :

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre,
Roger LINDEN, premier conseiller,
Christiane RECKINGER, premier conseiller,
Fabio SPEZZACATENA, greffier.

E n t r e :

A),
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 23 juillet 2012,

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B),

intimée aux fins du prédit exploit CALVO,

comparant par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Par jugement du 19 avril 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit fondée sur base de l'article 229 du code civil belge la demande en divorce principale introduite par B) contre A) et non fondée la demande reconventionnelle en divorce de ce dernier dirigée contre son épouse, prononcé le divorce des parties, ordonné le partage et la liquidation de l'indivision existant entre parties, dit que l'autorité parentale sur les enfants communs mineurs C), né le 27 octobre 2000, D), née le 12 avril 2002 et Iris, née le 22 mars 2005 sera exercée conjointement par les parents, fixé la résidence principale des trois enfants auprès de la mère, fixé les modalités du droit de visite et d'hébergement du père, condamné ce dernier à payer à la mère à titre de contribution à l'entretien et l'éducation de chaque enfant une pension alimentaire de 200 € par mois, allocations familiales non comprises, rejeté la demande de B) en obtention d'un secours alimentaire à titre personnel, dit irrecevable la demande de celle-ci basée sur l'article 301 du code civil et non fondée celle basée sur les articles 1382 et 1383 du code civil, rejeté encore sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et condamné A) aux frais et dépens de l'instance.

Par acte d'huissier du 23 juillet 2012, A) a régulièrement relevé un appel limité du jugement. Il conclut, par réformation, à voir dire fondée la demande reconventionnelle en divorce, à voir fixer l'hébergement des enfants de manière égalitaire entre les parents, subsidiairement à se voir accorder en période scolaire un droit de visite et d'hébergement plus important que celui lui accordé par le tribunal et à voir mettre les frais et dépens des deux instances à charge de l'intimée.

L'intimée demande à la Cour de confirmer le jugement en ce que le tribunal a prononcé le divorce pour cause de désunion irrémédiable entre parties, partant à voir débouter sur ce point l'appelant et de déclarer non fondés le volet de l'appel relatif à un droit d'hébergement égalitaire tout en offrant de prouver par enquête sociale qu'un tel hébergement ne serait pas dans l'intérêt des enfants, de même que la demande subsidiaire de l'appelant à se voir accorder un droit d'hébergement plus large. Elle conclut à voir dire qu'il y a lieu de faire masse des dépens de la première instance avec distraction au profit des avocats respectifs. Elle relève appel incident et conclut à voir fixer à 300 € par mois la pension alimentaire à lui verser par l'appelant pour l'entretien et l'éducation de chacun des enfants.

Le tribunal a retenu que les époux, de nationalité belge, avaient tous les deux introduit une demande en divorce basée sur l'article 229, paragraphe premier, du code civil belge, tel qu'introduit par la loi du 27 avril 2007, aux termes duquel *« le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux. La désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre eux. La preuve de la désunion irrémédiable peut être rapportée par toutes voies de droit. »*

Il a déclaré fondée la demande principale en divorce au regard d'une attestation testimoniale rédigée par le témoin E) et du procès-verbal du 17 mars 2010 de la police de Luxembourg dressé à charge de l'époux pour violences domestiques envers son épouse. Il a rejeté la demande reconventionnelle en divorce, au motif que le tribunal n'était pas à même, au regard des conclusions de l'époux du 21 juin 2010, de déterminer si les griefs qu'il y faisait valoir à l'égard de son épouse étaient à qualifier de défense à la demande principale ou produits à l'appui de la demande reconventionnelle.

L'appelant fait grief au tribunal d'avoir décidé de la sorte, dès lors que les parties étaient d'accord à voir dire que la désunion était irrémédiable, de sorte que les deux demandes auraient dû être déclarées fondées. Il soutient en ordre subsidiaire que cette désunion est due au seul comportement de l'épouse. Il fait notamment valoir que la mesure d'expulsion dont question au procès-verbal du 17 mars 2010 a été rabattue par l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2010.

Appréciation de la Cour

Il convient tout d'abord de relever que les époux admettent tous deux que les conditions prévues à l'article 229 paragraphe premier du code civil belge sont remplies en l'espèce et qu'ils demandent partant à la Cour de prononcer le divorce pour désunion irrémédiable. Chacun d'eux impute cependant la cause exclusive de ladite désunion à l'autre.

C'est à bon droit que la juridiction du premier degré a déclaré fondée, par une motivation que la Cour adopte dans la limite telle que précisée ci-après, la demande principale en divorce, les faits tels que relatés dans l'attestation du témoin E) ayant rendu raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci. Les déclarations du témoin ne constituent pas, ainsi que le fait valoir l'appelant, des ouï - dires, mais les faits relatés ont été personnellement constatés par le témoin et notamment ceux ayant trait à une consommation excessive de boissons alcoolisées et le fait pour l'époux de ne regagner le domicile conjugal qu'à des heures tardives. Ces constatations du témoin E) ne sont pas énervées par les attestations versées par l'appelant (pièces 6-11). Le certificat médical du 2 avril 2010 du docteur F) (pièce 1 de l'appelant), qui y déclare que la prise de sang effectuée le 1er avril 2010 sur son patient n'a pas permis de révéler de stigmate biologique d'alcoolisation chronique, n'est pas non plus de nature à contredire les déclarations du témoin quant à la consommation d'alcool de l'appelant et le fait de rentrer à des heures tardives irrégulières au domicile conjugal.

A supposer que les attestations testimoniales versées par A) l'aient également été à l'appui de sa demande reconventionnelle en divorce, les faits y relatés ne sont pas de nature à établir les griefs formulés à l'encontre de son épouse dans les conclusions d'appel du 23 juillet 2012.

Il découle de ces développements que le jugement est à confirmer en ce que le tribunal d'arrondissement a prononcé le divorce des époux sur base de l'article 229 paragraphe premier du code civil belge, la demande principale étant fondée et la demande reconventionnelle ne l'étant pas.

Le tribunal d'arrondissement a fait application des articles 302 et 374 du code civil belge et a retenu que l'autorité parentale serait exercée conjointement par les deux parents. Il n'a pas fait droit à la demande de l'appelant qui avait conclu à voir instaurer un droit d'hébergement égalitaire, le tribunal ayant fixé la résidence principale des trois enfants auprès de la mère. Il a accordé au père un droit de visite et d'hébergement à exercer, en – dehors des vacances scolaires, chaque deuxième fin de semaine, du vendredi 18.00 heures au dimanche même heure, et durant les vacances scolaires (Pâques, Noël, été) pendant la première moitié, les années paires, et pendant la deuxième moitié, les années impaires. Il a encore retenu que le père exercerait son droit de visite et d'hébergement durant l'intégralité des vacances de Carnaval, les années paires, et l'intégralité des vacances de la Pentecôte et de la Toussaint, les années impaires, et cela en alternance, une année sur l'autre. Il a enfin précisé que durant les vacances

scolaires, il n'y avait pas lieu de faire bénéficier l'époux du droit de visite et d'hébergement auquel il a droit en - dehors desdites vacances. Il a fixé le début du droit de visite et d'hébergement durant les vacances scolaires au vendredi 18.00 heures et la fin au dimanche 14.30 heures et dit que la remise et le retour des enfants se ferait au domicile de la mère.

L'appelant fait valoir que l'article 374 du code civil belge impose au juge, saisi par au moins un des parents d'une demande tendant à voir fixer l'hébergement des enfants de façon égalitaire, d'examiner prioritairement cette demande qui ne peut être rejetée que par une décision motivée, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt des enfants, motivation qui, en l'espèce, ferait défaut. Il demande partant principalement à voir fixer la résidence des enfants une semaine sur deux auprès de chacun des parents. Il demande subsidiairement à se voir accorder, en - dehors des vacances scolaires, un droit de visite et d'hébergement à exercer du vendredi à la sortie des classes au mardi matin suivant, à la rentrée des classes.

L'intimée soutient que les enfants résident auprès d'elle depuis le 17 mars 2010, jour de l'expulsion de son époux du domicile conjugal, le juge des référés lui ayant provisoirement confié leur garde à partir du 14 mai 2010. Elle s'oppose à la garde alternée telle que demandée par l'appelant. Elle soutient ainsi que les enfants n'en veulent pas, que le père s'apprête à aller habiter à Athus en Belgique, de sorte que les enfants se verraient imposer les matins et soirs des trajets bien plus importants qu'actuellement pour se rendre à l'école, que l'entente entre les parents est inexistante et que les capacités éducatives du père le sont tout autant.

L'appelant, qui conteste vouloir transférer son domicile en Belgique, demande à ce que les enfants soient entendus par la Cour en application de l'article 388-1 du code civil. Il verse un écrit émanant de l'enfant aîné Yvan qui demande à être entendu.

D'emblée, la Cour voudrait relever que pour toute question touchant à la responsabilité parentale, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit guider, comme seul critère, la juridiction dans sa prise de décision, toutes autres considérations n'étant que secondaires. Pour ce faire, la juridiction est autorisée à se procurer toutes informations utiles et nécessaires.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur au Luxembourg, par une loi du 20 décembre 1993, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1988, qui a entraîné l'introduction dans le code civil, par une loi du 27 juillet 1997, de l'article 388-1, les juridictions ont la possibilité, voire même l'obligation, si le mineur capable de discernement le demande, d'entendre l'enfant lui-même. Mais cette « audition de l'enfant », susceptible de procurer des informations au juge, peut également être faite par des tiers et, notamment, par des professionnels en la matière, mieux outillés et mieux formés pour procéder à de telles mesures. C'est ainsi que des assistants sociaux peuvent être désignés pour procéder à des enquêtes sociales ou des psychologues ou médecins pour procéder à des rapports d'expertises, susceptibles d'aider le juge dans sa prise de décision. C'est dans cet ordre d'idées qu'également un avocat peut être désigné pour entendre l'enfant et fournir par la suite des informations au juge. Conformément à l'article 388-1 (3) du code civil, l'avocat peut même assister l'enfant s'il est entendu par le juge, et cela pour l'aider, par exemple, à exprimer ses sentiments et pour lui apporter une aide morale et psychologique, même si

cette assistance ne comporte pas le droit de « représenter », au sens procédural, le mineur dans une procédure civile.

La Cour estime qu'il est, en l'espèce, utile, avant tout autre progrès en cause, de nommer un avocat qui aura pour mission d'assister les enfants et d'exposer leur position en ce qui concerne les questions relatives au droit d'hébergement égalitaire.

L'appel contre le volet du jugement relatif à la contribution du père à l'entretien et l'éducation des enfants communs mineurs est réservé, de même que les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel principal non fondé en ce qu'est entrepris le volet du jugement du 19 avril 2012 par lequel le tribunal d'arrondissement a prononcé le divorce ;

pour le surplus et avant tout autre progrès en cause :

nomme Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour, demeurant à L-1250 Luxembourg, 101, avenue du Bois, avocat des enfants mineurs Ivan, né le 27 octobre 2000, Ineza, née le 12 avril 2002 et Iris, née le 22 mars 2005, avec pour mission de les assister et d'exposer leur position en ce qui concerne les questions relatives au droit d'hébergement égalitaire,

dit que l'avocat des enfants déposera des conclusions écrites dans le cadre de l'instruction de l'affaire,

réserve les autres volets,

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état.