

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du seize décembre deux mille neuf.

Numéro 34600 du rôle.

Composition:

*Romain LUDOVICY, président de chambre;
Françoise MANGEOT, premier conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

*A, indépendant, demeurant à (...),
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick
Kurdyban de Luxembourg en date du 2 décembre 2008,
comparant par Maître Charles Steichen, avocat à Diekirch,
e t :*

*B, serveuse, demeurant à (...),
intimée aux fins du susdit exploit Patrick Kurdyban,
comparant par Maître Jean-Paul Wiltzius, avocat à Diekirch.*

LA COUR D'APPEL:

Par une ordonnance contradictoire rendue le 11 novembre 2008, le juge des référés de Diekirch, réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce des parties, a autorisé B à résider séparée de son époux au domicile conjugal sis à (...); a confié à B la garde provisoire des enfants communs mineurs C, né le (...), D, née le (...), et E, né le (...); a, quant à la demande de A en obtention d'un droit de visite et d'hébergement pour ces enfants, fixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure et a réservé les frais et les droits des parties.

A a, par exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg des 2 et 3 décembre 2008, régulièrement relevé appel de cette ordonnance que lui avait été signifiée le 18 novembre 2008.

Il sollicite, par réformation de la décision déferée, la garde provisoire des susdits enfants mineurs communs ainsi que l'autorisation à résider au domicile conjugal.

Après avoir mentionné que le litige est à toiser en fonction des données actuelles de la cause différant de la situation de fait portée à la connaissance du juge du premier degré, l'appelant fait exposer que B a inopinément, en emmenant E – le cadet des enfants communs –, quitté le Luxembourg au mois d'avril 2009 pour aller s'installer, sans esprit de retour, à (...). L'intérêt des enfants, très attachés les uns aux autres, justifierait cependant leur réunion auprès de leur père.

L'intimée déclare adhérer aux prétentions de A en ce qu'elles ont pour objet l'entérinement de la situation de fait actuelle.

Si elle consent à ce que A obtienne la garde provisoire des enfants mineurs communs C et D et soit autorisé à résider ensemble avec eux à (...) dans l'immeuble où se trouvait non seulement le domicile conjugal du couple, mais encore le centre d'activité professionnelle de A, elle insiste en revanche pour pouvoir conserver la garde de E. Elle ajoute préférer et solliciter de toute manière l'institution d'une autorité parentale conjointe pour les enfants.

Elle demande, enfin, de son côté à être autorisée à résider séparée de son mari à son adresse actuelle en France. Cette requête est acceptée par A.

B explique qu'elle est allée rejoindre sa mère à (...), qu'elle occupe avec son fils E une partie d'un immeuble appartenant à cette dernière et qu'elle travaille temporairement comme serveuse dans un débit de boissons en attendant de trouver un emploi correspondant à sa formation d'aide-puéricultrice. Elle souligne qu'elle serait, à contrecœur, mais en respectant la volonté des deux aînés qui auraient refusé de l'accompagner en France et insisté pour rester auprès de leur père, partie avec le seul E ; que ce dernier qui lui serait très proche, se serait très bien intégré dans son nouveau milieu (familial et scolaire). L'intimée déplore que E ne puisse, en raison de la distance séparant les résidences de ses parents, avoir des contacts plus fréquents avec ses frère et sœur, auxquels il est attaché et qui lui manquent. Renvoyant aux liens affectifs très intenses existant entre la mère et cet enfant, elle est d'avis qu'il convient néanmoins dans l'intérêt de E, ceci nonobstant la susdite situation malencontreuse le privant de rapports plus étroits avec C et D, de lui confier sa garde.

Maître Josiane EISCHEN, désignée en application de l'article 18 de la loi du 1992 relative à la protection de la jeunesse par ordonnances du juge de la jeunesse de Diekirch des 3 et 16 juin 2009, a pris la parole au nom des enfants. Elle précise d'une part que le foyer du père convient aux aînés ; que la mère continue à manquer à D, actuellement moins qu'au début, alors qu'elle s'entend entretiens très bien avec la nouvelle amie du père, qui est institutrice et l'aide dans ses devoirs scolaires ; que tant C que D ont cependant des difficultés à comprendre l'attitude de leur mère (départ abrupt) et souffrent d'être séparés de leur jeune frère auxquels ils sont très attachés. Maître Josiane EISCHEN indique d'autre part que E semble s'être adapté assez facilement à son nouvel environnement et même se plaire à l'école maternelle qu'il fréquente à (...). Il n'en resterait pas moins que ses frère et sœur, tout comme l'ambiance et l'environnement du foyer paternel (A exploite un camping) lui manqueraient. L'enfant s'en serait spécialement senti lorsqu'il lui aurait fallu rentrer à (...), après des vacances passées chez son père. Il se serait exprimé qu'il souffrirait, étant chez sa mère, de ne pas voir C et D et se trouvant chez son père, d'être privé de contact avec le chat que B lui a offert.

Il convient d'abord, compte tenu de l'accord des parties sur ce point, d'autoriser A et B à résider, conformément à leurs demandes, à leurs adresses actuelles respectives renseignées au dispositif du présent arrêt. Il y a également lieu de confier, eu égard à l'attitude des parties et aux déclarations de Maître Josiane EISCHEN, la garde provisoire des enfants mineurs communs C et D à A, ceci dans l'intérêt de ces enfants.

La demande de B en institution d'une autorité parentale conjointe s'avère, comme il convient d'observer dès à présent, sans objet, étant donné que les deux parents conservent durant l'instance en divorce l'autorité parentale qui leur est reconnue durant le mariage par les articles 372 et 375 du code civil, sous réserve des décisions à prendre par le juge des référés quant à la garde provisoire des enfants sur base des articles 267 et 267 bis du même code, la décision visée étant requise en l'espèce pour le plus grand avantage des enfants C, D et E (cf. développements ci-dessus concernant E).

Force est de constater que la seule question restant réellement litigieuse concerne l'attribution de la garde de l'enfant mineur commun E.

L'attribution du droit de garde provisoire des enfants doit intervenir en fonction du seul intérêt de ces derniers.

Les liens affectifs entre E, qui objectivement semble s'être adapté sans perturbation majeure à sa nouvelle vie, et sa mère ne font pas de doute. Aucun élément du dossier ne permet de conclure que B s'occupe

mal de son fils, que E soit malheureux chez elle. Nonobstant l'amour qu'il porte à sa mère, l'enfant, qui était habitué à côtoyer continuellement et de manière informelle ses frère et sœur – à vivre et grandir avec eux – est cependant quelque peu contrarié ou du moins mal dans sa peau d'être soudainement privé de ces relations quotidiennes, jadis normales, qu'il entretenait avec eux. Il éprouve des difficultés manifestes à devoir se satisfaire de contacts purement sporadiques avec C et D, à vivre seul, alors qu'il faisait auparavant partie d'une famille nombreuse. Les liens entre les enfants ont été particulièrement étroits, les aînés C et D regrettant toujours leur frère qui leur manque cruellement. L'enfant ne peut à l'évidence obtenir, ce qu'il préfère, soit la reconstitution de sa famille. Le bien-être, le bonheur et le développement de E sont, dans les circonstances de l'espèce, mieux assurés en cas de réunion avec C et D chez le père dans l'environnement auquel il était habitué depuis sa naissance que s'il devait continuer à évoluer seul chez sa mère, sans possibilité de contacts réels avec ses frère et sœur. Le dévouement de la mère et tous les efforts entrepris en vue du bien-être de son fils ne sauraient remplacer la cellule familiale et l'encadrement familial – utiles à son développement – que le père peut procurer à son fils et ne lui feront pas oublier l'absence de C et de D. L'intégration dans le ménage du père, la présence de ses frère et sœur permettront de mieux supporter la séparation de sa mère.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de faire droit à la demande de A.

Pour être complet, il y a lieu de retenir que la décision de première instance est exacte, en ce qu'elle a réservé les frais. L'instance n'étant pas terminée, une solution différente ne se concevait pas.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, statuant contradictoirement,

déclare l'appel de A recevable et fondé;

réformant,

autorise A à résider séparé de son épouse à (...);

autorise B à résider séparée de son mari à (...);

confie à A la garde provisoire des enfants communs mineurs C, né le (...), D, née le (...) et E, né le (...);

confirme pour le surplus l'ordonnance déferée ;
condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel.