

Arrêt référé (divorce).

Audience publique du seize juin deux mille dix.

Numéros 35961 et 35963 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, employée, demeurant à (...),
appelante aux termes d'exploits de l'huissier de justice Patrick
Kurdyban de Luxembourg en dates des 18 novembre 2009 et 8 mars
2010,*

*comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à Luxembourg,
e t :*

*B, manager, demeurant à (...),
intimé aux fins des susdits exploits Patrick Kurdyban,
comparant par Maître Éric Huttert, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Le juge des référés de Luxembourg, réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce de A et de B :

1) par une ordonnance contradictoire du 20 juillet 2009 a, après avoir reçu en la forme les demandes des parties et ordonné la jonction des affaires inscrites sous les numéros 122.322 et 122.332 du rôle, avant tout autre progrès en cause, désigné Maître Monique BEYAERT-BENS, avocat, aux fins d'assister les enfants mineures communes C, née le (...), et D, née le (...), dans le cadre des droits de garde, de visite et

d'hébergement les concernant; a dit que l'avocat désigné pourra s'entourer de tous renseignements utiles à l'accomplissement de la mission à lui confiée et entendre même de tierces personnes et a mis les frais de cette assistance pour moitié à charge de chacune des parties A et B ; a fixé l'affaire à une audience ultérieure pour l'audition de l'avocat des enfants et des parties ; a, en attendant la décision à intervenir après cette mesure d'instruction supplémentaire, organisé jusqu'au 18 octobre 2009 (tant pendant les vacances scolaires que pour la période ultérieure à la rentrée scolaire) le séjour des enfants mineurs communes C et D en alternance auprès de chacun des parents, ceci sauf tout autre arrangement à convenir entre parties et a réservé les frais et les dépens.

2) par une ordonnance contradictoire du 9 octobre 2009 a, avant tout autre progrès en cause et toujours sous réserve de tout autre arrangement entre parties, dit que pendant une période d'essai de trois mois la garde des enfants C et D sera exercée toujours en alternance par A et B et prévu en détail les modalités d'exécution de cette garde ; a fixé le domicile légal des enfants au domicile de A ; a condamné B à payer à A à partir jour du prononcé de l'ordonnance la somme mensuelle de 550 euros à titre de contribution aux frais d'éducation et d'entretien des deux enfants mineurs communes C et D; a fixé l'affaire à une audience ultérieure pour statuer sur les questions du droit de garde provisoire desdites enfants et corrélativement des secours alimentaires réduits pour eux ainsi que de la résidence séparée des parties à l'adresse de l'ancien domicile conjugal, dans l'hypothèse où cette demande était maintenue par A après ladite période d'essai ; a dit qu'à cette même audience, Maître Monique BEYAERT sera entendue en ses explications concernant le déroulement du droit de garde pendant la période d'essai et son incidence sur le bien-être des enfants mineurs communs C et D ; a nommé Maître Paul BETTINGEN, notaire de résidence à L-1638 Senningerberg, 71, rue du Golf, pour dresser l'inventaire des biens de la communauté ; a rejeté la demande de A en allocation d'une provision ad litem et à réservé les frais et les dépens.

3) par une ordonnance contradictoire du 23 février 2010 a ordonné la jonction des affaires inscrites aux numéros 122322, 122332 et 126786 du rôle ; s'est prononcé sur les demandes de A et de B relatives à leurs résidences respectives; a débouté A de sa demande en attribution de la garde exclusive des enfants communes mineures ; a dit que durant la procédure de divorce la garde des enfants C et D sera exercée de la manière suivante:

- une semaine sur l'autre du vendredi 18.00 heures au vendredi d'après 18.00 heures par A et B, à charge pour le parent respectif d'amener les enfants au domicile de l'autre parent,
- les jours spéciaux (jour d'anniversaire des enfants, jour des mères, jour des pères, fête nationale), les enfants passeront le jour de la fête des mères auprès de leur mère A et celui de la fête des pères auprès de leur

père B ; les jours d'anniversaire des enfants et le jour de la fête nationale étant passés en alternance une année sur l'autre auprès des père et mère,

- les années paires, pendant les vacances scolaires de Carnaval et de la Toussaint par la mère et pendant les vacances de Pentecôte, par le père, et vice-versa les années impaires,
- pendant les autres vacances scolaires, par chacun des père et mère à raison de moitié, le choix des périodes appartenant au père les années paires et à la mère les années impaires ;

a fixé le domicile légal des enfants au domicile de A pendant la procédure de divorce ; a fixé l'affaire à une audience ultérieure pour continuation des débats quant à la question de la contribution aux frais d'éducation et d'entretien des enfants et a réservé les frais et les dépens.

A a, par exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 18 novembre 2009, d'abord régulièrement relevé appel des susdites ordonnances des 20 juillet 2009 et 9 octobre 2009 qui n'avaient pas fait l'objet d'une signification.

Elle a, ensuite encore, par exploit du même huissier de justice Patrick KURDYBAN du 8 mars 2010, régulièrement relevé appel de l'ordonnance du 23 février 2010.

Il convient dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, vu les liens étroits existant entre l'objet des deux appels, de joindre ces deux rôles.

B a, de son côté, régulièrement interjeté appel incident à l'audience de la Cour d'appel du 21 avril 2010.

L'examen du volet alimentaire, objet de l'appel principal de A et ayant trait aux prétentions émises par cette dernière au titre de secours alimentaire à elle redû par B pour les susdites enfants communes mineures C et D, est, comme il convient de retenir immédiatement, à reporter d'un commun accord des parties à une audience ultérieure.

Les remarques préliminaires s'imposent pour faciliter l'examen de l'affaire :

- Le litige dévolu à la Cour d'appel du fait des appels principaux de A et par incident de B se situe, sous réserve de la considération précédente, exclusivement dans le contexte de l'attribution du droit de garde de C et D, de son organisation, voire de la définition des modalités d'exercice des droits de visite et d'hébergement.
- Le juge des référés de Luxembourg a, dans sa dernière ordonnance du 21 avril 2010, définitivement entériné en tant que mesure provisoire pour la procédure de divorce le système de la garde alternée, auparavant seulement envisagé comme mesure temporaire et à titre d'essai.

Tant A que B critiquent la solution retenue par le juge du premier degré prévoyant une garde alternée et demandent chacun à titre principal l'attribution de la garde exclusive des susdites enfants communes. Les prétentions de chaque parent tendant à l'obtention à lui seul de la garde des enfants concernées sont évidemment contestées. B se satisfait seulement en ordre subsidiaire de la décision intervenue.

L'ordonnance de référé du 20 juillet 2009 est plus particulièrement attaquée par A pour d'une part avoir, irrégulièrement ou du moins à tort, désigné Maître Monique BEYAERT aux fins d'assister les enfants et pour avoir imposé à l'appelante la moitié de ces frais d'assistance ainsi que d'autre part pour ne pas avoir immédiatement confié à la mère seule la garde de C et D.

Toutes les ordonnances de référé déferées sont critiquées par elle pour avoir d'abord à titre de mesure expérimentale, puis définitive (pour la durée de l'instance en divorce évidemment), institué un système de garde alternée, non seulement illégal, mais encore injustifié et concrètement inopportun.

Elle renvoie notamment à des études et thèses doctrinales spécialement de psychologie ainsi qu'à des analyses de jurisprudences, conteste les capacités éducatives du père et met en valeur ses propres avantages.

A demande à titre subsidiaire une modification des modalités d'exécution de la garde conjointe prévues en première instance.

B conteste les prétentions de A et le bien-fondé des critiques émises à son encontre. Il insiste sur ses capacités éducatives, souligne qu'étant indépendant, il a été et reste beaucoup plus disponible que son épouse pour ses enfants – dont il a toujours pris grand soin – et conclut de son côté à l'attribution de leur garde. Il sollicite, par ailleurs, l'institution d'une médiation – demande à laquelle A s'oppose, déclarant ne pas être disposée à participer à une telle mesure (la procédure lui serait insupportable en tant que – prétendue – victime de violences).

A conclut également au rejet de l'appel incident.

Les deux parties sollicitent encore pour autant que de besoin (c'est-à-dire dans l'admission de la demande principale adverse) un droit de visite et d'hébergement pour les enfants.

L'appelante requiert en premier lieu et à titre principal, comme il a été dit ci-dessus, la réformation de l'ordonnance du juge des référés du 20 juillet 2009 en ce qu'elle a désigné un avocat pour assister les enfants dans le cadre de la procédure de divorce.

Ayant pour objet des enfants, âgées à l'époque de respectivement six et trois ans, incapables de discernement, la décision manquerait de fondement juridique. Elle ne serait pas davantage justifiée en fait.

L'intimé conclut au rejet de l'appel afférent, soutenant que la décision entreprise serait correcte en droit et justifiée en fait.

En matière d'attribution de la garde d'un enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant 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. Elle peut, ainsi, en application de l'article 388-1 du code civil, ordonner l'audition de l'enfant ou désigner un tiers, par exemple un avocat, pour entendre l'enfant et fournir par la suite des informations au juge. 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 comprend pas le droit de représenter, au sens procédural, le mineur dans une procédure civile.

La décision critiquée de première instance a, selon toute évidence, été prise en application dudit article 388-1 du code civil qui dispose que « (1). Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou (lorsque son intérêt le commande) la personne désignée par le juge à cet effet. »

La mesure d'instruction particulière, indéniablement utile, consistant en l'audition du mineur par le juge ou la personne par lui déléguée, n'est donc permise qu'à condition que le mineur soit capable de discernement.

Il faut, pour apprécier le discernement, tenir compte de l'âge de l'enfant, de sa maturité, de son degré de compréhension, de la nature du litige.

En l'absence de précisions particulières, une telle faculté de discernement ne peut, même s'agissant d'un problème de droit de visite et d'hébergement – plutôt facile à saisir pour un enfant –, être tenue pour avérée dans le chef des enfants concernées, vu leur âge.

La nomination de Maître Monique BEYAERT étant intervenue à tort, il ne saurait être tenu compte des renseignements par elle fournis.

La présente décision intervient donc, comme il convient de le préciser, sur fondement exclusivement des renseignements fournis par les parties et des pièces versées en cause.

L'examen des moyens subsidiaires présentés par A dans le contexte de la nomination et des devoirs accomplis par Maître Monique BEYAERT-BENS est donc oiseux.

Pour être complet, il convient d'observer dès maintenant que le coût de cette mesure d'instruction fait partie intégrante des frais judiciaires de première instance, dont il suit le sort – non objet des débats actuels pour le surplus eu égard au fait que le litige d'appel n'est pas entièrement toisé.

La Cour entend faire remarquer immédiatement, sur le plan juridique, que, pendant l'instance en divorce, depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 décembre 2008 – arrêt E (rôle n° 00047, Mémorial A, n° 197 du 22 décembre 2008, p. 2618) déclarant contraire à la Constitution les articles 302, al. 1er et 378, al. 1er du code civil dans la mesure où ils n'autorisent pas l'exercice conjoint par les deux parents divorcés de l'autorité parentale sur les enfants communs –, il n'y a actuellement plus d'obstacle à instaurer une garde alternative entre père et mère séparés, sachant que l'autorité parentale au sens large (portant sur l'organisation de la vie des enfants, le choix du genre d'éducation), reste de droit conjointe (sauf décision judiciaire contraire) et que, désormais, l'attribution de la garde a donc seulement pour objet de déterminer le parent chez qui l'enfant a sa résidence habituelle et qui exerce donc sur lui la garde au jour le jour.

La solution du juge du premier degré étant légale, il y a lieu uniquement de s'interroger sur son bien-fondé.

L'attribution de la garde d'enfants mineurs intervient, comme il convient de le rappeler avec insistance, en fonction du seul intérêt des enfants concernés qui doit être déterminé au regard des circonstances concrètes de chaque espèce. Les études et thèses doctrinales ne sont utiles que pour autant qu'elles peuvent étayer des éléments précis du dossier, ne renferment pas seulement des principes généraux et abstraits. Aucun parent n'est à privilégier à titre péremptoire, les désirs, atteintes d'amour-propre des parents, leur impossibilité à gérer la situation de divorce y sont étrangers. La décision ne peut résulter que d'un examen précis de chaque cas, tenant compte des spécificités de la cause.

En l'espèce, les deux parents sollicitent la garde des filles communes et chacun d'entre eux continue actuellement, comme il a d'ailleurs déjà été correctement retenu à d'itératives reprises tout au long de la procédure de première instance par le juge des référés, à disposer des capacités éducatives requises pour se voir confier la garde des enfants. Il n'existe et n'a jamais existé de raison justifiant l'attribution obligatoire, a fortiori immédiate dès l'origine du procès, de la garde à l'un d'eux, comme spécialement A le soutient. Les critiques formulées par les parties au litige, tout comme les pièces dont elles se prévalent sont insuffisantes à démontrer le contraire.

Les attestations testimoniales et autres pièces versées en cause dès le début par les parties respectives – prônant les avantages de la partie qui s'en prévaut, voire dénigrant l'autre – ne permettent, en effet, pas de douter de la précédente constatation. Elles ne reflètent que le conflit subsistant entre parents, leurs rancunes qu'ils sont incapables à maîtriser, même dans l'intérêt des enfants, comme tel devrait pourtant être le cas pour des personnes raisonnables. Le père tout comme la mère se sont toujours intéressés à leurs enfants et investis dans leur éducation. B a été et reste de par sa profession, nonobstant une déclaration de principe du supérieur hiérarchique de A – quant à une potentielle flexibilité dans le travail –, plus disponible que son épouse. A ayant elle-même affirmé aux agents de police (procès-verbal n° 30.787 du 18 mai 2009) que son mari n'avait jamais été violent envers ses enfants et qu'elle ne se faisait pas de souci à cet égard, les querelles conjugales sont sans incidence à ce sujet.

L'inexactitude du système prévu antérieurement à la décision intervenant sur la garde pendant la procédure de divorce – parfaitement concevable dans les circonstances spécifiques de l'espèce, abstraction faite de la question de la désignation de Maître Monique Beyaert –, par le juge du premier degré, manque donc d'être établie.

Il n'y a, en outre, en l'absence de motif grave procédant de l'intérêt des enfants – auquel les querelles des parents sont évidemment étrangères –, pas lieu de changer le système d'alternance organisé, fonctionnant sans problème majeur. Cette constatation, déjà valable au moment où l'ordonnance 23 février 2010 – entérinant pour l'instance en divorce le système antérieur – fut rendue, le reste actuellement. La motivation retenue par le juge du premier degré quant à l'absence de preuve des critiques respectives des parties, spécialement des allégations de A, soit de motif impérieux justifiant un changement de régime reste manifestement correcte et il convient d'y renvoyer. Les imperfections inévitables, mineures et sans incidence réelle, du système sont certainement moins préjudiciables aux enfants que le fait de leur imposer une situation entièrement nouvelle. Les attestations récentes de A se bornent à faire état d'inconvénients et problèmes usuels d'enfants de

couples séparés, affectés par le conflit de leurs parents. Les éléments du dossier (invoqués par A relatifs à l'état de santé des enfants) renseignent des troubles normaux sans gravité particulière ne pouvant en aucune manière être attribués au père et ne sont pas susceptibles de démentir ses compétences éducatives. L'avis unilatéral de la psychologue F, sollicité par la seule A et émis quelques jours avant l'audience, contient une appréciation purement subjective de la situation ayant pour prémisse la version avancée par A combinée avec des déclarations de ses filles (entendues ensemble avec la mère et séparément). Il a certainement été rendu en l'absence de toute participation du père dont la prise de position n'a jamais été considérée utile. Cet avis, outre son imprécision, est insusceptible d'étayer valablement les prétentions de A.

Ni A ni B ne démontrant des insuffisances graves de la situation actuelle impliquant un changement dans l'intérêt des enfants du droit de garde, le système tel qu'institué et organisé par le juge du premier degré est à maintenir. La scission voulue par A pendant les vacances scolaires d'été n'appert nullement dans l'intérêt des enfants.

Il s'ensuit que les appels tant principal de A que par incident de B ne sont pas fondés en ce qu'ils tendent à l'attribution du droit de garde exclusif à un parent, voire à la modification partielle des modalités d'exercice retenues par le juge du premier degré.

Le recours à une médiation, suggéré par B, ne se conçoit pas : l'utilité, déjà non évidente a priori de la mesure en l'espèce, étant contredite par l'attitude récalcitrante, voire l'opposition de A de se soumettre à une telle mesure en présence de son mari.

Il découle des considérations précédentes qu'en ce qui concerne le conflit actuellement dévolu à la Cour d'appel, seul le volet de l'appel de A, relatif à la nomination de Maître Monique BEYAERT-BENS pour assister les enfants est justifié.

Par ces motifs,

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

joint les appels inscrits au rôle sous les numéros 35.961 et 35.963 ;

déclare recevables les appels interjetés par A contre les ordonnances du juge des référés de Luxembourg des 20 juillet 2009, 9 octobre 2009 et 23 février 2010;

déclare également recevable l'appel incident de B ;

dit l'appel incident non fondé ;

dit les appels principaux partiellement fondés ;

réformant,

déclare irrégulières dans l'ordonnance du 20 juillet 2009 la désignation de Maître Monique BEYAERT pour assister les enfants C et D et l'audition de l'avocat des enfants ;

dit qu'en conséquence les déclarations faites et les renseignements fournis par Maître Monique BEYAERT dans les deux instances ne sont pas à prendre en considération ;

dit que les frais de cette mesure d'instruction font partie des frais judiciaires de première instance, dont ils suivent le sort ;

décharge, pour autant que de besoin, les parties de la condamnation d'ores et déjà prononcée à leur encontre de ce chef par le juge du premier degré ;

confirme, pour le surplus, les trois ordonnances déferées ;

fixe l'affaire pour continuation des débats quant au volet alimentaire (demande de A du chef de contribution par B aux frais d'éducation et d'entretien des enfants mineurs communes C et D) à l'audience du 1^{er} décembre 2010 ;

réserve pour le surplus les demandes des parties et les frais.