

Arrêt N°153/19 – II – REF DIV

Audience publique du vingt-trois octobre deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00924 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre,
Carine FLAMMANG, premier conseiller,
Marianne EICHER, conseiller, et
Michèle KRIER, greffier.

E n t r e :

A.), demeurant à (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 13 septembre 2019,

comparant par Maître Catherine ZELTNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B.), demeurant à (...),

intimé aux fins du susdit exploit GALLE,

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

De l'union entre A.) et B.), qui se sont mariés le 18 juillet 1998, sont issus les enfants Enf1), né le (...), Enf2), né le (...) et Enf3), née le (...) ainsi que enf4., frère jumeau de enf2., atteint de trisomie 21 et d'un grave souci cardiaque, décédé à l'âge d'un mois, suite à la décision d'arrêter la médication pour prolonger la vie du nourrisson.

Vu les procédures judiciaires opposant les parties qui ont abouti à des décisions judiciaires rendues en matière de protection de la jeunesse, de divorce au fond et de référé-divorce.

Saisi de l'assignation introduite par A.) contre B.) devant le juge des référés près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour voir ordonner le transfert, avec effet immédiat, de la garde des enfants communs mineurs Enf1) et Enf2) à son profit, voir fixer leur résidence auprès d'elle et se voir confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale pour ces deux enfants, le juge des référés, par ordonnance du 21 mai 2019, a dit la demande irrecevable.

Pour statuer ainsi, le juge des référés, après avoir rappelé les antécédents judiciaires entre parties et renvoyé à l'article 267bis, point 1, du code civil, a constaté que le divorce entre parties a été prononcé par jugement du 7 juillet 2016, que la Cour d'Appel, par arrêt du 8 novembre 2017, a déclaré l'appel interjeté par A.) irrecevable et que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en cassation de A.) et en a déduit que le divorce, transcrit sur les registres de l'état civil, était devenu définitif.

Le juge des référés a constaté que les mesures accessoires au divorce, soit l'autorité parentale et la garde des trois enfants communs mineurs ont été tranchées par jugement du 13 juillet 2017, confirmé par arrêt du 11 juillet 2018, en relevant que contre cet arrêt, A.) a formulé un pourvoi en cassation qui est toujours pendant.

Après avoir dit que l'article 263, alinéa 3, du code civil continuait à s'appliquer, le juge des référés s'est interrogé sur la question de l'effet interruptif ou non du pourvoi en cassation dirigé par A.) contre l'arrêt du 11 juillet 2018.

Retenant que concernant les procédures relatives au divorce, seul le pourvoi en cassation dirigé contre une décision prononçant le divorce a un effet suspensif, à l'exclusion du pourvoi dirigé contre une décision statuant sur les mesures accessoires au divorce, le juge des référés a dit que dans la mesure où le pourvoi en cassation a été dirigé contre l'arrêt qui a statué dans le cadre des mesures accessoires au divorce, il n'était pas suspensif, de sorte qu'il a dit la demande de A.) irrecevable.

Contre cette ordonnance, non signifiée, appel a été régulièrement relevé par A.) suivant exploit d'huissier du 13 septembre 2019, l'appelante demandant, par réformation, à voir dire sa demande recevable et fondée.

A.), après avoir renvoyé aux procédures judiciaires opposant les parties, motive son recours en relevant que les anciennes dispositions régissant le divorce continuent à s'appliquer, dont notamment l'article 263 du code civil qui n'opérerait pas de distinction entre la décision prononçant le divorce et celle statuant sur les mesures accessoires. Elle estime dès lors que le juge des référés n'aurait pas dû opérer de distinction entre le divorce et les mesures accessoires et dire que le pourvoi en cassation de l'appelante contre l'arrêt du 11 juillet 2018 était suspensif et ne s'opposait pas à saisir le juge des référés.

L'appelante estime qu'au vu de l'appel qu'elle a interjeté contre le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui a statué, au fond, sur la question des torts des époux et de son pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel du 11 juillet 2018 qui a statué sur les mesures accessoires au divorce, instances encore pendantes, sa demande répond aux conditions de l'article 267bis, points 1 et 4, du code civil. Ce serait, dès lors, à tort que le juge des référés, de manière implicite, s'est déclaré incompétent pour connaître de sa demande.

Concernant le bienfondé de sa demande, A.) expose qu'elle a la garde effective des enfants depuis le 16 juillet 2016, de sorte qu'il y aurait lieu d'entériner la situation factuelle existante. S'y ajouterait qu'en décembre 2018, le père des enfants aurait rapporté à l'assistante sociale que Enf1) a affirmé qu'il ne voulait plus vivre, alors qu'en réalité l'enfant n'a jamais tenu de tels propos. L'existence d'éléments nouveaux justifierait le transfert de garde des enfants auprès de la mère. Il y aurait encore lieu d'entendre les enfants.

B.) conclut à voir confirmer le jugement entrepris en réitérant les moyens d'irrecevabilité présentés en première instance et en donnant à considérer que l'appréciation juridique du juge des référés est saine et juste, le pourvoi en cassation contre une décision statuant sur les mesures accessoires au divorce n'étant pas suspensif, contrairement au pourvoi dirigé contre une décision prononçant le divorce, l'intimé faisant valoir qu'en l'espèce le jugement ayant prononcé le divorce est définitif.

La situation factuelle dont se prévaut l'appelante remontant à 2016, il ne s'agirait pas d'une circonstance nouvelle et il en irait de même des faits qui se sont produits en décembre 2018.

En l'absence de décision antérieure du juge des référés sur la garde des enfants, la demande d'A.) encourrait l'irrecevabilité pour autant qu'elle se base sur un élément nouveau.

L'intérêt des enfants Enf1) et Enf2) commanderait en outre de maintenir la garde auprès du père.

Appréciation de la Cour

A titre préliminaire, il est à noter que même si le présent litige est régi par les anciens articles du code civil relatifs au divorce, la notion de garde, depuis la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale, a cédé le pas à celle de résidence.

Aux termes de l'ancien article 267bis, point 4, du code civil lorsque le divorce a été irrévocablement prononcé et qu'une instance est encore pendante concernant la détermination des torts respectifs des parties ou les mesures accessoires, le juge des référés est compétent jusqu'au moment où l'instance pendante aura été vidée par une décision coulée en force de chose jugée, pour prendre les mesures provisoires définies à l'alinéa 1^{er} sur lesquelles il n'a pu être statué définitivement au fond ou qui peuvent être nécessaires en raison de l'instance pendante.

La Cour approuve le juge des référés d'avoir dit qu'au vu de la procédure relative au divorce entre parties, le divorce est devenu définitif et, partant, irrévocable. Au vu de l'instance pendante devant la Cour de cassation, de par le pourvoi dirigé par A.) contre l'arrêt du 11 juillet 2018, le juge des référés est compétent pour connaître des mesures définies par le susdit texte.

L'effet suspensif ou non d'une voie de recours n'a d'incidence que par rapport à la question de la force exécutoire d'une décision.

Si la force exécutoire disparaît par la suite de l'exercice d'une voie de recours, il reste à préciser que cette règle ne vaut que pour les voies de recours ordinaires. Le pourvoi en cassation, en tant que voie de recours extraordinaire, ne produit, en principe, pas d'effet sur la force exécutoire d'une décision de justice acquise à la suite de la signification de l'expédition, tel en l'espèce, l'arrêt du 11 juillet 2018 ayant été signifié par B.) suivant acte d'huissier du 30 juillet 2018.

Il est fait exception à l'absence d'effet suspensif du pourvoi en cassation dans certaines matières qui relèvent de l'état des personnes (Th Hoscheit, Le droit judiciaire privé, n° 1378 et suivants).

L'article 263 du code civil prévoit, ainsi, qu'en matière de divorce le pourvoi en cassation ne produit pas d'effet suspensif, la Cour

rejoignant le juge des référés en ce qu'il a dit que s'agissant d'une exception au principe, elle est d'interprétation restrictive et ne se rapporte qu'à la décision prononçant le divorce à l'exception des décisions statuant sur les mesures accessoires au divorce.

La décision ayant statué sur la garde des enfants, confirmé en instance d'appel par la Cour dont l'arrêt a été signifié par B.) à A.), ayant force exécutoire, c'est à bon droit que le juge des référés s'est interrogé sur la recevabilité de la demande de A.), étant donné qu'il existe un risque potentiel d'une éventuelle contradiction entre deux décisions de justice ayant force exécutoire, les unes rendues au fond et les autres au provisoire. La demande de A.) n'est, partant, recevable que pour autant qu'elle se base sur un ou plusieurs éléments nouveaux survenus après les prédites décisions, la circonstance qu'en l'espèce aucune décision référé divorce antérieure n'a statué sur la résidence et l'autorité parentale des enfants en cause étant, à cet égard, irrelevante.

La situation factuelle dont A.) se prévaut à titre d'élément nouveau remontant à 2016, il ne s'agit pas d'un élément nouveau par rapport aux décisions judiciaires, au fond, relatives à la résidence des enfants. Quant aux faits de décembre 2018, même s'ils sont postérieurs à ces mêmes décisions, ils ne constituent pas un élément nouveau permettant d'accueillir la demande, de sorte que celle-ci encourt l'irrecevabilité.

L'appel n'est, dès lors, pas fondé, l'ordonnance entreprise étant à confirmer même si c'est pour d'autres motifs.

Au vu du sort réservé à l'appel, A.) est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

En tant que dérogation à l'effet suspensif des voies de recours, il ne peut y avoir exécution provisoire que lorsque la décision à exécuter est susceptible d'un recours et que ce recours est suspensif. Compte tenu du fait que le recours en cassation en la présente matière n'a pas d'effet suspensif, la demande tendant à voir déclarer l'arrêt exécutoire par provision est à rejeter.

P A R C E S M O T I F S

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance entreprise,

déboute A.) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure,

condamne A.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.