

Arrêt référé

Audience publique du 15 mai deux mille treize

Numéro 39212 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Odette PAULY, premier conseiller;

Pierre CALMES, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

W),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch en date du 26 octobre 2012,

comparant par Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

K),

intimée aux fins du susdit exploit RUKAVINA du 26 octobre 2012,

comparant par Maître Marie-Laure VAN KAUVENBERGH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 16 juillet 2012, W) a fait donner assignation à K) à comparaître devant la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant comme juge des référés, pour voir statuer sur la demande d'W) tendant à lui accorder un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant S), née le 21 janvier 2003, pendant le mariage H)-K).

Par ordonnance du 9 octobre 2012, le juge des référés a reçu la demande en la forme, s'est déclaré compétent pour en connaître, a déclaré la demande basée sur l'article 374 du Code civil irrecevable et a condamné W) aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit de l'huissier de justice du 26 octobre 2012, W) a régulièrement interjeté appel contre la prédite ordonnance en demandant de faire droit à sa demande, à savoir, lui accorder un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant S), née le 21 janvier 2003, qui s'exercera les week-ends des semaines paires du vendredi, 18.00 heures, jusqu'au dimanche, 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié de toutes les vacances scolaires, sinon, subsidiairement, lui accorder un droit de visite qui s'exercera toutes les deux semaines pendant 4 heures consécutives, sinon, plus subsidiairement, désigner un psychologue afin de déterminer les moyens et modalités de l'exercice du droit de visite.

L'appelant expose que suivant jugement du Tribunal d'arrondissement de Diekirch du 6 mars 2012, sur base d'une analyse ADN, il a été déclaré le père biologique de l'enfant S) H) et l'action en contestation de paternité dirigée contre H) a été déclarée recevable et fondée, mais qu'appel a été interjeté contre ce jugement.

L'appelant fonde sa demande sur l'article 374 alinéa 2 du Code civil qui dispose qu' « en considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance et de visite à d'autres personnes, parents ou on ».

La partie intimée soulève l'irrecevabilité de la demande au motif qu'W) n'a pas mis en cause H), en sa qualité de père de l'enfant S).

L'article 374 alinéa 1^{er} du Code civil se réfère aux père et mère qui ne peuvent, sans motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. Cette disposition vaut également pour le second alinéa dudit article qui prévoit un droit de correspondance et de visite au profit d'autres personnes, parents ou non.

En effet, le prédit article tant en son alinéa premier que son aliéna second n'est à cet égard que l'application de la disposition générale prévue à l'article 372 du Code civil aux termes duquel l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant appartient aux père et mère.

La partie appelante soulève encore qu'en 2003 dans le cadre de la procédure de divorce H)-K) le droit de garde des enfants, dont celui de S), avait été attribué à la mère, et que c'est donc à juste titre qu'il a seulement assigné la mère.

Même si l'article 378, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoyait que si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre, l'arrêt 47/08 rendu le 12 décembre 2008 par la Cour Constitutionnelle a retenu que les articles 302 alinéa 1^{er} et 378 alinéa 1^{er} du Code civil ne sont pas conformes à l'article 10bis (1) de la Constitution.

Il y a partant lieu de dire que l'autorité parentale se définissant comme l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère quant à la personne et aux biens de leurs enfants mineurs non émancipés afin d'accomplir les devoirs de protection, d'éducation et d'entretien qui leur incombent, appartient aux deux parents et doit, en principe, en cas de divorce, continuer à s'exercer conjointement.

Ce raisonnement se justifie d'autant plus qu'en l'occurrence H) et K) se sont remariés en date du 21 décembre 2012.

En considération de ces développements, il y a lieu de dire tant que l'action en contestation de paternité dirigée contre H) n'a pas été déclarée fondée par une décision judiciaire définitive (article 322-1 du Code civil), ce dernier continue à exercer, conjointement avec la mère de l'enfant S), l'autorité parentale.

En conséquence, W) aurait dû mettre en cause non seulement la mère de l'enfant, mais également son père lorsqu'il a introduit l'assignation en référé le 16 juillet 2012 en vue d'obtenir un droit de visite et d'hébergement.

Au vu de ce développement, la demande d'W) est à déclarer irrecevable.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

la déclare non fondé,

confirme l'ordonnance du 9 octobre 2012,

laisse les frais de la demande à charge de W).