

Jugement civil (IV^e Chambre) No 185/07

Audience publique du jeudi vingt-quatre mai deux mille sept

Numéro 80506 du rôle

Présents :

Fabienne GEHLEN, premier juge président

Jacques KESSELER, juge

Laurent SECK, juge

Mireille GUDEN, greffier assumé

E n t r e :

A.), sans état, née le (...) à (...) (Maroc), demeurant à L-(...), (...)

demanderesse en divorce aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 7 février 2003

défenderesse en divorce sur reconvention

comparant par Maître Anne ROTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg

E t :

B.), sans état, né le (...) à (...) (Maroc), demeurant à L-(...), (...)

défendeur en divorce aux fins du prédit exploit KREMMER

demandeur en divorce par reconvention

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg

L e T r i b u n a l :

Ouï **A.**), demanderesse en divorce, par l'organe de Maître Anne ROTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, et **B.**), défendeur en divorce, par l'organe de Maître Marie-Paule RIES, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg.

Par exploit d'huissier du 7 février 2003 **A.**) a assigné en divorce son époux **B.**),

Par conclusions du 16 mai 2003 **B.**) a formulé une demande reconventionnelle contre son épouse.

Les époux se sont mariés le 22 septembre 1995 par devant l'officier de l'état civil de la commune de Colmar-Berg.

Par des conclusions du 10 novembre 2005 **B.**) demande acte qu'il renonce à sa demande reconventionnelle.

Acte lui en est donné.

Les deux époux étant de nationalité marocaine, il y a lieu, au vu de l'article 305, 1° du Code civil qui dispose que le divorce est régi par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune, de faire application de la loi marocaine.

Le code de la famille marocain a été réformé par la loi nouvelle 03-70 portant code de la famille marocain, entrée en vigueur le 5 février 2004 applicable à toute demande en divorce non encore jugée à cette date.

Il en suit que la nouvelle loi marocaine s'applique à l'assignation en divorce datant du 7 février 2003.

A.) a basé sa demande en divorce principalement sur base des articles 53 et 56 du code du statut personnel marocain (articles 102 et 103 de

la nouvelle loi) et subsidiairement sur base de l'article 229 du code civil.

Afin de voir si le texte marocain sur le divorce désigné par la règle de conflit est applicable en l'espèce, il y a lieu d'analyser s'il est contraire ou non à l'ordre public luxembourgeois.

La loi étrangère normalement applicable suivant les règles ordinaires des conflits des lois n'est écartée que si son application porte dans une situation concrète précise une atteinte grave à un principe considéré dans l'ordre juridique luxembourgeois comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique.

Il convient de relever que suivant une idée développée en doctrine française (voir Rev. crit. DIP 1964, p.532, note P.Lagarde) l'ordre public devrait en tout cas réagir plus sévèrement lorsque les époux avaient des liens étroits avec le territoire français en particulier parce qu'ils y avaient leur résidence habituelle : c'est la notion d'ordre public de proximité que la jurisprudence a d'ailleurs reçue d'une certaine façon lorsque les tribunaux français étaient directement saisis d'une instance en divorce (voir Cass.1^{ère} civ. 01 avril 1981 dans JCL Dip, fasc.547-20 ou verbo Divorce DIP Fasc.101).

Il résulte des pièces versées en cause que les époux habitent au Luxembourg depuis plus de dix ans et que deux enfants issus de leur union sont également nés au Luxembourg.

Les époux ayant des liens étroits avec le territoire luxembourgeois, la notion d'ordre public s'applique d'une façon plus sévère.

Suivant les textes marocains l'époux peut se séparer de son épouse par la procédure de la répudiation, prévue aux articles 79 à 89 de la nouvelle loi. Il s'agit d'un droit exclusif dont dispose le mari pour rompre unilatéralement le mariage en présence ou en l'absence de l'épouse à la dissolution du mariage. La décision de l'époux ne doit pas être motivée. L'épouse peut également prendre l'initiative, conformément à l'article 120 qui prévoit la répudiation faite par le mari à la demande de la femme moyennant compensation.

L'épouse qui souhaite se séparer de son époux doit recourir à l'une des causes de divorce prévues aux articles 99 à 112 de la nouvelle loi, bien présents dans la conception du divorce en droit luxembourgeois.

Les articles 102 et 103 de la nouvelle loi 03-70 portant code de la famille marocain sont dès lors inapplicables en l'espèce.

La demande en divorce pour autant qu'elle est basée sur l'article 229 du Code civil est dès lors recevable.

Vu l'ordonnance du magistrat de la mise en état du 22 juin 2006, ensemble le résultat de l'enquête.

A.) reproche à son époux le refus de s'acquitter de son devoir d'entretien à l'égard de l'épouse et des enfants communs, son comportement agressif, les menaces de mort et le fait de l'avoir battue en présence des enfants communs vers la mi-septembre 2002.

Le témoin **T1.)**, frère de l'épouse, a déclaré que l'époux lui a personnellement avoué avoir frappé l'épouse. A plusieurs reprises l'épouse s'était réfugiée chez le témoin ensemble avec les enfants communs. Le témoin a encore personnellement accompagné l'épouse dans des foyers pour femmes en détresse.

Le témoin **T2.)**, assistante sociale, a déclaré que l'épouse résidait avec les enfants communs au foyer Paula Bové de septembre 2002 à mars 2003. Après mars 2003, l'épouse a intégré un logement de seconde phase d'une structure d'accueil et elle s'est régulièrement présentée au foyer suite aux problèmes qu'elle rencontrait avec son mari. Le témoin a personnellement constaté que l'épouse avait très peur de son mari au point qu'elle avait même peur de sortir du foyer. Le témoin a confirmé que l'épouse s'était auparavant réfugiée chez le frère de l'époux ainsi que dans d'autres structures d'accueil.

Aucune contre-enquête n'a eu lieu.

Les violences physiques établies dans le chef de **B.)** constituent des injures graves et des violations graves et répétées des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie conjugale au sens de l'article 229 du Code civil.

La demande en divorce est donc fondée et le divorce est à prononcer sur base de l'article 229 du Code civil aux torts de **B.**),

Les parties sont mariées sous le régime légal de la communauté des biens.

Le divorce entraînant la dissolution de la communauté des biens ayant existé entre époux, il y a lieu de nommer un notaire pour procéder au partage et à la liquidation de ladite communauté.

A.) demande par application de l'article 266 du Code civil à ce que les effets du jugement de divorce entre parties quant à leurs biens soient fixés au 13 septembre 2002, date à laquelle elle s'est réfugiée au Foyer Paula Bové.

B.) ne s'y oppose pas.

La date de dissolution du régime matrimonial en raison d'un divorce dépend du jugement de divorce et de la loi appliquée à ce dernier. La rétroactivité du divorce prévue par l'article 266 du Code civil ne s'appliquera partant que si la loi du divorce la prévoit.(voir en ce sens Encyclopédie Dalloz International, Vo Régimes Matrimoniaux, édition 1998, no 172)

La demande basée sur les dispositions de l'article 266 du Code civil est partant recevable étant donné que la demande en divorce est soumise à la loi luxembourgeoise.

Comme le report de la date de prise d'effet de la dissolution de la communauté constitue un régime d'exception au régime de droit commun prévu, il appartient au demandeur de justifier sa demande et de soumettre au tribunal les données et arguments pouvant en établir le bien-fondé.

L'absence de cohabitation fait présumer l'absence de collaboration. Il incombe à l'époux qui s'oppose au report d'établir la continuation de la collaboration malgré l'absence de cohabitation.

Aucun élément du dossier ne permet de conclure à une continuation de la collaboration entre époux au-delà de prédite date.

La demande n'est pas autrement contestée de sorte qu'il y a lieu d'y faire droit.

Chacune des parties demandent actuellement la garde des deux enfants communs mineurs **E1.**), née le (...), et **E2.**), né le (...).

En application de l'article 2 de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, approuvée par la loi du 17 mai 1967 et entrée en vigueur au Luxembourg le 17 septembre 1971, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur prennent les mesures prévues par la loi interne.

Conformément à l'article 13, alinéa 3 de la Convention précitée, le Luxembourg s'est réservé de limiter l'application de la Convention aux mineurs qui sont ressortissants d'un Etat contractant.

S'il existe certes un lien entre divorce et garde, l'attribution de la garde est cependant fonction du seul intérêt de l'enfant, celui-ci étant le centre du rapport, et le conflit qui se rattache à l'autorité parentale doit être soumis non à la loi du divorce mais à la loi personnelle de l'enfant (Bernard Audit, Droit international privé n° 677; Defrénois, 1981, art. 32731 n° 118; Battifol et P. Lagarde, Droit international privé n° 453).

Les enfants sont de nationalité marocaine et résident au Luxembourg.

Le Maroc n'ayant pas approuvé la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, cette Convention n'est donc pas applicable en l'espèce.

Les mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant sont dès lors soumises à la loi personnelle de l'enfant (voir CA 30 avril 2003, numéro 27113).

En l'espèce la loi marocaine est applicable étant donné que les enfants sont de nationalité marocaine.

Les articles 174, 175 et 178 de la loi nouvelle marocaine prévoient, sous certaines conditions limitativement énumérées, la perte du droit de garde par la mère après un remariage.

Ces textes quant aux mesures à prendre à l'égard des enfants communs mineurs ne respectent pas le principe d'égalité entre époux et sont partant contraires à l'article 5 du protocole n°7 de la Convention européenne des droits de l'homme qui pose le principe de l'égalité des époux durant leur mariage et lors de sa dissolution. La loi marocaine est dès lors inapplicable en l'espèce.

Il convient dès lors d'appliquer la loi du for au droit de garde et de droit de visite à l'égard des enfants communs qui ont d'ailleurs un lieu de rattachement étroit avec le Luxembourg où ils sont nés et où ils vivent, de sorte que l'article 302 du Code civil trouve application en l'espèce.

Lorsque les parents se disputent l'administration de la personne de l'enfant, il va de soi que l'intérêt de l'enfant est le seul critère à prendre en considération. Ce principe ancré dans l'article 302 du code civil, devra être la pierre angulaire de toute décision statuant sur la garde. L'intérêt de l'enfant impose de lui assurer la plus grande stabilité possible dans une période de sa vie où il doit déjà subir la séparation de ses parents (Cour 18.12.1996, n°18290).

Suivant ordonnance de référé contradictoire du 4 avril 2003, non frappée d'appel, la garde des deux enfants communs a été attribuée à la mère avec un droit de visite au père à exercer au sein du service Treffpunkt.

La situation actuelle perdure depuis presque quatre ans. La mère a conscience de sa responsabilité et dispose des qualités éducatives requises. Les enfants qui ont besoin d'un contact régulier avec les deux parents, voient leur père à des intervalles réguliers dans le cadre du Treffpunkt et les parties n'ont pas rapporté au tribunal d'éventuels problèmes dans l'exercice du droit de garde et de droit de visite.

Il n'est pas contesté en cause que **B.)** habite actuellement au foyer Ulysse.

Dans les conditions données le tribunal ne voit aucune raison qui justifierait dans l'intérêt de l'enfant actuellement un transfert de la garde au profit du père surtout que les conditions de logement du père sont inadéquates pour accueillir deux enfants mineurs.

Il y a partant lieu de confier la garde des deux enfants communs mineurs à leur mère **A.**).

B.) sollicite actuellement un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième fin de semaine du vendredi 18.00 heures au dimanche 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

A.) est d'accord à accorder à **B.)** un droit de visite tel que résultant de l'ordonnance de référé du 4 avril 2003. Elle s'oppose à un droit d'hébergement au motif que le père n'a pas de logement adéquat lui permettant d'accueillir convenablement les enfants la nuit.

Dans ces conditions il n'y a pas lieu de lui accorder à l'heure actuelle un droit d'hébergement.

A.) sollicite actuellement une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation des deux enfants communs mineurs de 297,48 euros par mois, à raison de 148,74 euros par enfant.

En application de l'article 4 de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, approuvée par la loi du 6 juin 1981, la loi interne de la résidence habituelle des enfants créanciers d'aliments régit la question de la pension alimentaire à payer par les père et mère en cas de divorce.

Les deux enfants résidant au Luxembourg, les dispositions de l'article 303 du Code civil sont applicables à la pension alimentaire que le père doit payer pour assurer leur entretien et leur éducation.

B.) offre de payer 150.- euros par mois pour l'entretien des deux enfants communs.

A.) touche actuellement un revenu net mensuel de 1.579.- euros. Elle paye un loyer de 378,38 euros par mois et les frais du foyer du jour s'élèvent à 146,08 euros par mois, à raison de 73,04 euros par enfant.

B.) touche le RMG d'un montant de 1.118,17 euros, qui est géré par l'ASBL Caritas Accueil et Solidarité. Il reçoit ainsi la somme de 100 à 120 euros par semaine pour ses besoins quotidiens, le solde servant à couvrir les frais d'hébergement.

Au vu des renseignements fournis et des pièces versées en cause et en tenant compte des facultés contributives respectives des parents et des besoins et de l'âge des enfants, il y a lieu de fixer la pension alimentaire à 150 euros par mois, à raison de 75 euros par enfant.

Par des conclusions du 25 janvier 2005 **A.)** renonce à sa demande en obtention d'un secours alimentaire à titre personnel sous condition que son contrat d'insertion soit prolongée au delà du mois de septembre 2005.

Acte lui en est donné.

Les deux parties concluent à l'exécution provisoire du jugement quant à ses mesures accessoires.

Ces demandes se heurtent à l'incompétence ratione materiae du juge du fond qui ne statue que pour la période à partir de laquelle le jugement est définitif, l'exécution provisoire ayant au contraire pour finalité d'en faire courir les effets avant cette date, période relevant de la compétence exclusive du juge des référés.

A.) conclut à la condamnation de **B.)** à lui payer, principalement sur base de l'article 301 du Code civil, subsidiairement sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, le montant de 6.197,34 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice par elle subi suite aux agissements répréhensibles de son époux.

L'article 301 du Code civil permet à l'époux qui a obtenu le divorce sur base de l'article 229 du Code civil contre son époux, de réclamer des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral et matériel que la dissolution lui fera subir.

La demande en dommages et intérêts est recevable sur base de l'article 301 du Code civil.

La partie demanderesse reste cependant en défaut de prouver suffisamment ou d'offrir en preuve un préjudice matériel ou moral né de la dissolution du mariage. En effet, elle n'a pas prouvé que sa situation morale et matérielle se détériorera après le divorce par rapport à celle qu'elle a connue avant, de sorte que la demande est à déclarer non fondée.

Pour justifier d'une condamnation à des dommages et intérêts sur base des articles 1382 et 1383 du code civil, il appartient à **A.)** d'établir le fait répréhensible, le dommage par elle subi, ainsi que la relation de causalité entre ce fait et le dommage suivant les règles générales applicables en matière de responsabilité de droit commun.

Or en l'espèce, la demanderesse n'a pas rapporté la preuve d'un préjudice d'ordre matériel et moral subi du fait du comportement répréhensible de son mari, de sorte que la demande en dommages et intérêts basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil est dès lors non fondée.

B.) demande des dommages-intérêts principalement sur base de l'article 301 du code civil et subsidiairement sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

La demande de **B.)** en dommages intérêts basée sur l'article 301 du code civil est irrecevable étant donné que le divorce est prononcé à ses torts.

En ce qui concerne la demande de **B.)** sur base des articles 1382 et 1383 du code civil, faute par **B.)** d'avoir rapporté la preuve d'un préjudice d'ordre matériel et moral subi du fait du comportement répréhensible de son épouse, cette demande est non fondée.

Les deux parties demandent une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les parties n'établissant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, il y a lieu de déclarer les demandes en obtention d'une indemnité de procédure non fondées.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état;

vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 10 mai 2007;

vu l'accord des avocats de procéder conformément à l'article 227 du Nouveau Code de procédure civile ;

vu l'assignation en divorce du 7 février 2003;

déclare inapplicables les articles 102 et 103 de la loi nouvelle 03-70 portant code de la famille marocain pour être contraires à l'ordre public luxembourgeois;

dit la demande en divorce de **A.)** recevable et fondée sur la base de l'article 229 du Code civil;

donne acte à **B.)** qu'il renonce à sa demande reconventionnelle en divorce ;

prononce le divorce aux torts de **B.)**;

dit qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté de biens ayant existé entre parties et à la liquidation de leurs reprises éventuelles;

commet à ces fins Maître Paul DECKER, notaire de résidence à Luxembourg ;

désigne Madame le premier juge Fabienne GEHLEN pour surveiller les opérations de liquidation et de partage et faire rapport au tribunal le cas échéant;

dit qu'en cas d'empêchement du notaire ou du juge commis, il sera pourvu à leur remplacement par Madame/Monsieur le Président du siège, sur simple requête à lui présentée;

fixe à la date du 13 septembre 2002 la date des effets du jugement entre parties quant à leurs biens ;

confie à **A.)** la garde des deux enfants communs mineurs **E1.)**, née le (...), et **E2.)**, né le (...);

accorde à **B.)** un droit de visite qui s'exercera un après-midi au sein du service Treffpunkt, suivant les modalités à convenir avec ce service ;

dit qu'en l'état du dossier il n'y a pas lieu d'accorder à **B.)** un droit d'hébergement ;

condamne **B.)** à payer à **A.)**, à titre de contribution pour l'entretien et l'éducation des deux enfants, une pension alimentaire de 150 euros par mois, à raison de 75 euros par mois et par enfant,

dit que cette pension est payable et portable le premier de chaque mois et pour la première fois le premier du mois qui suivra le jour où le jugement aura acquis force de chose jugée et à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations du nombre-indice du coût de la vie, dans la mesure où les revenus du débiteur d'aliments y sont adaptés;

donne acte à **A.)** de ce qu'elle renonce à sa demande en obtention d'un secours alimentaire personnel ;

se déclare incompétent pour statuer sur la demande des parties en exécution provisoire du jugement quant à ses mesures accessoires ;

dit recevable mais non fondée la demande de **A.)** en obtention de dommages et intérêts ;

dit irrecevable la demande de **B.)** en obtention de dommages-intérêts basée sur l'article 301 du code civil ;

dit non fondée la demande de **B.)** en obtention de dommages-intérêts basée sur les articles 1382 et 1383 du code civil ;

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure;

condamne **B.)** aux dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Anne ROTH, avocat à la Cour, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.