Arrêt N°85/21 - I – CIV (aff. fam.)
(Demande d'assigner à bref délai)

Arrêt civil

Audience publique du trente-et-un mars deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-00304 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile, dans la cause

E n t r e :

A., née le (…), demeurant à (…), (…),

demanderesse aux termes d'une requête en défense à exécution provisoire déposée au greffe de la Cour d'appel le 16 mars 2021,

représentée par Maître Pierre-Marc KNAFF, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette,

e t :

B., né le (…), demeurant à (…), (…),

défendeur aux fins de la susdite requête en défense à exécution provisoire,

n'ayant pas constitué avocat à la Cour.

L A C O U R D ' A P P E L :

Statuant sur une requête d'B. (ci-après B.) dirigée contre A. (ci-après A.), déposée le 12 février 2020 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et tendant à voir fixer auprès de lui la résidence de l'enfant commune E1, née le (…), le juge aux affaires familiales par jugement contradictoire du 8 février 2021, a, notamment, reçu la demande en la forme, dit la demande fondée, fixé le domicile légal et la

résidence habituelle de l'enfant commune mineure E1 auprès d'B. à partir du 3 avril 2021, attribué à A. un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune E1, à exercer à la convenance des parties, sinon à défaut d'accord, en période scolaire, chaque deuxième week-end du vendredi à la sortie de l'école/maison relais/foyer scolaire au dimanche à 19.00 heures, en période de vacances scolaires, les années impaires, la première moitié des vacances d'hiver, la première moitié des vacances de printemps, en été, la première et la troisième quinzaine, la première moitié des vacances de la Toussaint, la première moitié des vacances de Noël, les années paires, la deuxième moitié des vacances d'hiver, la deuxième moitié des vacances de printemps, en été la deuxième et la quatrième quinzaine, la deuxième moitié des vacances de la Toussaint, la deuxième moitié des vacances de Noël, avec la précision qu'A. récupère E1 pour l'exercice de son droit de visite et d'hébergement auprès de son père et que ce dernier récupère E1 à la fin du droit de visite et d'hébergement auprès de sa mère, ordonné l'exécution provisoire du jugement sur minute nonobstant toutes voies de recours et sans caution, fait masse des frais et dépens et les a imposés pour moitié à chacune des parties.

De ce jugement, A. a relevé appel par requête déposée le 16 mars 2021 au greffe de la Cour d'appel. Cette affaire est fixée à l'audience du 7 mai 2021.

Par ordonnance du 17 mars 2021 l'appelante a été autorisée à faire assigner l'intimé à l'audience du 24 mars 2021 aux fins d'obtenir des défenses à exécution provisoire.

Par exploit d'huissier de justice du 18 mars 2021, A. a assigné B. aux fins d'entendre dire que le changement du domicile légal et de la résidence habituelle ne fait pas partie des décisions qui peuvent être assorties de l'exécution provisoire et que le juge de première instance a dépassé ses pouvoirs, partant à voir annuler le jugement à cet égard et à entendre dire que le jugement du 8 février 2021 n'est pas exécutoire par provision.

A l'appui de sa demande, A. fait valoir qu'en assortissant sa décision du 8 février 2021 de l'exécution provisoire, le juge aux affaires familiales a violé la loi dans la mesure où la fixation du domicile légal et de la résidence habituelle d'un enfant ne rentrerait pas dans les prévisions de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile. L'effet suspensif de l'appel constituant le principe, l'exécution provisoire ne pourrait être ordonnée que dans les cas prévus par la loi qui devrait être interprétée de manière restrictive.

Bien que régulièrement assigné, B. ne s'est pas fait représenter à l'audience du 24 mars 2021. L'acte introductif d'instance lui ayant été remis à personne en date du 19 mars 2021, il y a lieu de statuer par un arrêt ayant un effet contradictoire à son égard.

Appréciation de la Cour

La demande d'A., qui a été introduite dans la forme de la loi, est recevable.

Le juge aux affaires familiales a ordonné l'exécution provisoire du jugement entrepris en application de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « *les mesures portant sur l'exercice de l'autorité parentale, la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation*

de l'enfant et la contribution aux charges du mariage, les mesures provisoires prises en cours de procédure de divorce ainsi que les mesures urgentes et provisoires ordonnées en cas de cessation d'un partenariat sont exécutoires à titre provisoire ».

Aux termes de l'article 590 du Nouveau Code de procédure civile, si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai.

Si l'exécution est de droit, l'article 591 du Nouveau Code de procédure civile dispose qu'il ne pourra être accordé des défenses, ni être rendu aucun jugement tendant à arrêter directement ou indirectement l'exécution du jugement, à peine de nullité.

Aux fins de cerner les mesures qui portent sur l'exercice de l'autorité parentale, il convient de se référer aux dispositions de l'article 372 du Code civil, figurant dans le chapitre traitant de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et prévoyant que *« l'autorité parentale est l'ensemble des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne. »*

Le concept global de l'autorité parentale renferme une série de droits et devoirs qui sont attribués aux parents dans le but de protéger l'enfant dans différents domaines à savoir sa sécurité, sa santé et sa moralité. Les parents ont également comme mission d'assurer l'éducation de leur enfant et de permettre son développement tout en respectant sa personnalité (Doc. parl. N°6996, 20 octobre 2016, Commentaire des articles, p. 92).

Il s'agit d'un ensemble de droits et de devoirs que les parents exercent à l'égard de leurs enfants sous le contrôle de l'autorité publique et qui engendre des obligations patrimoniales et personnelles réciproques entre parents et enfants.

La résidence habituelle est le lieu auquel se rattache concrètement la vie de l'enfant, le lieu qu'il ne pourra quitter sans autorisation. Le domicile est le lieu de principal établissement d'une personne, conformément à l'article 102 du Code civil et le mineur est, en application de l'article 108 du même code, domicilié chez ses parents s'ils ont des domiciles distincts, chez celui avec lequel il réside, soit en vertu de leur accord, soit en vertu d'une décision de justice.

Les articles 377, 378 et 378-1 du Code civil traitant de la fixation du domicile et de la résidence habituelle d'enfants de parents séparés, font partie du chapitre dudit code relatif à l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant et plus spécialement de la section dédiée à « *l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés* ».

En fixant le domicile et en indiquant la résidence habituelle d'un enfant de parents séparés, le juge désigne, en effet, celui des parents qui, en fait, prendra les décisions concernant l'enfant au jour le jour.

Il s'ensuit que, sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une interprétation des termes de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, une décision fixant le domicile légal et la résidence habituelle d'un enfant de parents séparés constitue une mesure portant sur l'exercice de l'autorité parentale au sens dudit texte. L'exécution provisoire en cette matière étant de droit, la demande d'A. de faire défense à B. d'exécuter le jugement du 8 février 2021 et d'annuler ladite décision en ce qu'elle a prononcé l'exécution provisoire n'est pas fondée, par application de l'article 591 du Nouveau Code de procédure civile.

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

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière de défenses à exécution provisoire, statuant avec effet contradictoire,

reçoit la demande en la forme,

la dit non fondée,

condamne A. aux frais et dépens de l'instance.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présents :

Rita BIEL, premier conseiller-président,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller
Joëlle SCHAEFER, greffier assumé.