- A r r ê t c i v i l -

Audience publique du mercredi, neuf juin deux mille dix

Numéro 35221 du rôle

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-4773 Pétange, 42, rue de la Piscine,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 24 août 2009,

comparant par Maître Reguia AMIALI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à L-8706 Useldange, 3, am Tremel,

intimé aux fins du prédit exploit MERTZIG,

comparant par Maître Claude NIEDNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur les demandes en divorce, principale de A et reconventionnelle de B, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 2 juillet 2009, déclaré recevables et fondées les demandes principale et reconventionnelle en divorce sur base de l'article 229 du code civil, a prononcé le divorce aux torts réciproques des parties, a 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, a fixé la date de la dissolution de la communauté entre époux au 31 août 2005, a dit non fondée la demande de A en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel et s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de B en exécution provisoire du jugement quant aux mesures accessoires.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier du 24 août 2009.

Elle demande à la Cour de réformer le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré la demande de B recevable et fondée et de prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'intimé, de condamner B au paiement d'une pension alimentaire à titre personnel de 800 euros par mois et de dire qu'il n'y a pas lieu d'ordonner des opérations de partage et de liquidation de la communauté.

A reproche aux juges de première instance d'avoir à tort écarté les attestations testimoniales de ses deux fils nés d'un premier mariage, l'incapacité de l'article 405 alinéa 2 du code civil ne visant selon elle que les descendants communs des époux ; qu'à supposer que l'incapacité de témoigner touche également les enfants d'un seul conjoint, les attestations de ses deux fils ne feraient que répondre à une attestation visant des faits qui auraient concerné ses enfants de sorte qu'il conviendrait d'écarter également cette attestation.

L'appelante reproche encore aux premiers juges de l'avoir débouté de sa demande en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel et d'avoir ordonné la liquidation de la communauté malgré le fait qu'il n'existe aucun mobilier appartenant ou ayant appartenu en commun aux époux ni aucun immeuble.

B déclare interjeter appel incident contre le jugement de première instance en ce qu'il a prononcé le divorce à ses torts. Il demande à la Cour de rejeter l'attestation testimoniale produite par A à l'appui de sa demande en divorce et de prononcer le divorce à ses torts exclusifs. Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement de première instance et sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 200 euros.

Les appels sont recevables pour avoir été interjetés dans les formes et délai de la loi.

<u>Quant à la demande principale en divorce de Marie-Paule CAIONE</u>

Les juges de première instance ont dit à bon droit et par des motifs que la Cour adopte que l'attestation testimoniale de X, sœur de A, n'est pas à écarter du seul fait que la mention relative au faux témoignage n'est pas manuscrite. La circonstance que l'auteur de cette attestation est la sœur de A ne permet pas non plus, pour cette seule raison, d'écarter sa déposition, sauf à la Cour d'apprécier librement si la déposition dudit témoin offre des garanties suffisantes d'objectivité. Il n'existe en l'espèce aucun élément probant permettant de mettre en doute la sincérité de la déposition de X de sorte que c'est à bon droit que le tribunal de première instance a pris en considération cette attestation testimoniale

Il résulte de l'attestation testimoniale de X que B frappait souvent son épouse et que la police a dû intervenir à différentes reprises.

Il est encore constant en cause que B a quitté le domicile conjugal au courant du mois d'août 2005.

Les époux étant tenus de vivre ensemble, le départ du domicile commun par l'un des conjoints dans l'intention de mettre un terme à la vie conjugale constitue en principe une violation grave et durable des devoirs et obligations résultant du mariage au sens de l'article 229 du code civil.

Il appartient par conséquent à l'époux qui quitte son conjoint pour vivre séparé de justifier de la légitimité de son initiative afin de renverser la présomption de fait du caractère fautif de son départ et donc de rendre pour le moins plausible que son départ était, soit justifié par le comportement fautif du conjoint, soit que celui-ci était d'accord avec la cessation de la vie commune, de sorte que son départ serait dépourvu de tout caractère injurieux.

La simple allégation de B qu'il a dû quitter le domicile conjugal pour se faire hospitaliser pour dépression est insuffisante pour écarter la présomption que son départ était fautif.

Le départ du domicile conjugal n'est pas non plus justifié par un comportement fautif de A, B restant en défaut, ainsi qu'il sera dit ci-après, de rapporter la preuve d'un tel comportement.

La violation par B de l'obligation de vivre ensemble et les violences commises par lui sur la personne de A constituent des injures graves et des violations graves et répétées des devoirs et obligations nés du mariage, rendant intolérable le maintien de la vie conjugale au sens de l'article 229 du code civil.

La demande principale en divorce de A a partant été à bon droit déclarée fondée.

<u>Quant à la demande reconventionnelle d'Alphonse KIEFFER</u>

B a versé deux attestations testimoniales à l'appui de sa demande reconventionnelle en divorce.

L'attestation testimoniale établie par le témoin Y n'est pas de nature à établir l'abus d'alcool dans le chef de A; en effet si le témoin a déclaré qu'il a vu en date du 1er mai 2005 une femme allongée en état d'ivresse sur le trottoir dans la rue de l'Eglise à Pétange et que cette personne était l'épouse d'une de ses connaissances, il ne résulte cependant pas de cette déposition que la personne en question était A.

Le témoin Y fait de son côté état dans son attestation testimoniale d'un entretien téléphonique entre B et l'un des fils de A qui lui aurait déclaré au téléphone avoir trouvé sa mère dans un état déplorable à la maison.
Pour contredire cette attestation, A a versé deux attestations testimoniales de ses deux fils issus d'un mariage précédent, attestations qui ont été écartées par les juges de première instance.

Aux termes de l'article 405, alinéa 2, du NCPC, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps.

Cette prohibition formelle, inspirée par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille, doit s'entendre en ce sens qu'aucune déclaration de descendants, obtenue sous quelque forme que ce soit, ne peut être produite. La juridiction saisie du divorce ne peut puiser des éléments de conviction ni dans les propos tenus directement par les enfants ni dans les propos de ceux-ci qui seraient rapportés indirectement par des tiers capables de déposer. La prohibition de témoigner s'applique aussi bien aux enfants communs qu'aux enfants de l'un des époux.

Les juges de première instance ont partant dit à bon droit qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des attestations testimoniales établies par les deux fils majeurs de A, issus d'une relation précédente.

C'est cependant à tort qu'ils ont tenu compte des déclarations de l'un des deux fils rapportées par le témoin Y dès lors que la juridiction saisie du divorce ne peut, ainsi qu'il a été exposé ci-avant, puiser des éléments de conviction ni dans les propos tenus directement par les enfants ni dans les propos de ceux-ci qui seraient rapportés indirectement par des tiers capables de déposer.

Il y a partant lieu de faire abstraction de ces déclarations.

Le témoin Y atteste encore que B lorsqu'il était invité chez lui a reçu un appel téléphonique de la part de A le prévenant qu'elle avait tenté de se suicider par l'absorption d'alcool et de médicaments et qu'elle se trouvait à l'hôpital. Outre le fait qu'il n'est pas établi à l'exclusion de tout doute que A ait tenu ces propos dès lors que le témoin en question n'a entendu que les propos de B, à l'exclusion de ceux de A, la mise en scène de A, à la supposer établie, est

intervenue à une époque où les époux vivaient déjà séparés depuis un an et ne revêt dès lors plus un caractère de gravité suffisant pour justifier le prononcé du divorce aux torts de A.

B qui n'a pas versé d'autres attestations testimoniales est partant resté en défaut d'établir le bien-fondé de sa demande en divorce de sorte qu'il y a lieu de déclarer cette demande non fondée par réformation du jugement entrepris et de prononcer le divorce aux torts exclusifs de B.

Quant à la demande en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel

A demande à la Cour de lui allouer, par réformation du jugement entrepris, une pension alimentaire à titre personnel de 800 euros. Elle soutient ne pas être en mesure de s'adonner à une activité rémunérée en raison de son état de santé tant physique que psychique. A déclare percevoir à titre de RMG un montant de 233,29 euros et avoir à sa charge un loyer de 840 euros.

B demande à la Cour de débouter Ade sa demande faute d'avoir prouvé se trouver hors d'état de subvenir personnellement à ses besoins. Il fait encore valoir que sa situation financière ne lui permettrait pas de verser une pension alimentaire à son épouse.

B touche suivant contrat de travail conclu avec la société PROACTIF a.s.b.l. en tant que travailleur polyvalent une rémunération brute de 9,7269 euros par heure. Suivant fiche de salaire du mois de février 2010 il touche un salaire net de 1.362 euros par mois. Il a à sa charge un loyer mensuel qui s'élève depuis le mois de mai 2010 à 290 euros, charges comprises. Son salaire fait l'objet d'une saisie dont la retenue mensuelle s'élève à 148,08 euros de sorte qu'il lui reste un revenu disponible mensuel de 924 euros par mois.

Le revenu disponible d'B ne lui permet pas de verser une pension alimentaire à A. La demande de cette dernière est partant, par confirmation du jugement entrepris, à déclarer non fondée sans qu'il soit nécessaire d'examiner si elle peut subvenir elle-même à ses besoins.

Quant à la liquidation et au partage de la communauté de biens ayant existé entre parties

Les juges de première instance ont à bon droit ordonné la liquidation et le partage de la communauté de biens ayant existé entre parties.

En effet même si aucun bien mobilier ni immeuble n'est à partager il n'en reste pas moins qu'il y a lieu à liquidation de la masse passive existant entre parties, les époux ayant été condamnés solidairement par ordonnance du juge des référés du 8 décembre 2008 au paiement de la somme de 17.341,61 euros.

La demande de B en obtention d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée dès lors qu'il n'est pas inéquitable de laisser à sa charge les frais irrépétibles.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

dit l'appel principal partiellement fondé,

réformant :

déclare la demande reconventionnelle en divorce de B non fondée ;

prononce le divorce aux torts exclusifs de B;

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

déboute B de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des parties, avec distraction au profit de Maîtres Réguia AMIALI et Claude NIEDNER, qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.