

**N° 08 / 08.
du 21.2.2008.**

Numéro 2480 du registre.

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de
Luxembourg du jeudi, vingt et un février deux mille huit.**

Composition:

Marc SCHLUNGS, président de la Cour,
Jean JENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Paule ENGEL, conseillère à la Cour de cassation,
Astrid MAAS, conseillère à la Cour d'appel,
Lotty PRUSSEN, conseillère à la Cour d'appel,
Martine SOLOVIEFF, premier avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

E n t r e :

X.), sans état connu, demeurant à A-(...), (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Deidre DUBOIS, avocat à la Cour, en l'étude de
laquelle domicile est élu,

e t :

Y.), fonctionnaire d'Etat, demeurant à L-(...), (...),

défendeur en cassation,

comparant par Maître Marc MODERT, avocat à la Cour, en l'étude
duquel domicile est élu.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Ouï la conseillère Marie-Paule ENGEL en son rapport et sur les conclusions du Procureur Général d'Etat Jean-Pierre KLOPP ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 12 janvier 2007 sous le numéro 31696 du rôle par la chambre d'appel de la jeunesse près la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 6 avril 2007 par X.) et déposé le 12 avril 2007 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 4 juin 2007 par Y.) et déposé le 5 juin 2007 au greffe de la Cour ;

Sur la recevabilité du pourvoi :

Attendu que Y.) conclut à l'irrecevabilité du pourvoi au motif que le mémoire en cassation ne contiendrait aucune mention ou indication de date, ni de sa confection ni de son dépôt, lesquelles seraient pourtant indispensables pour l'identification du mémoire, à la déchéance sinon à l'irrecevabilité du pourvoi pour contenir une énonciation erronée du domicile de la partie demanderesse, pour omission par X.) d'avoir déposé les originaux des attestations testimoniales incriminées, pour être prématuré au sens de l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi modifiée du 18 février 1885 et pour imprécision des trois moyens de cassation invoqués ;

Attendu que l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation n'exige pas l'apposition d'une date sur le mémoire signé par un avocat à ce qualifié et signifié à la partie adverse ;

Que la nullité de l'acte d'huissier de signification contenant l'indication erronée de son domicile par la partie demanderesse constitue une nullité de forme qui, conformément à l'article 264, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile, ne peut être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse ; qu'en l'absence d'allégation par Y.) d'un grief causé par une indication inexacte du domicile de la demanderesse en cassation, l'acte de signification du 6 avril 2006 est valable ;

Que l'article 10, alinéa 3 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation ne prévoit pas de déchéance du pourvoi en rapport avec les pièces devant appuyer le ou les moyens de cassation ; que dès lors des pièces régulièrement produites mais atteintes, selon la

défenderesse en cassation, d'un vice ne sauraient affecter l'admission du recours mais tout au plus le rejet du ou des moyens qu'elles devaient étayer ;

Que conformément aux articles 378, alinéa premier et 389, alinéa trois du code civil, l'exercice de l'autorité parentale et l'administration légale des biens de l'enfant appartiennent, en cas de divorce, à celui des deux époux auquel la garde de l'enfant a été confiée ; qu'en ordonnant au dispositif de l'arrêt du 12 janvier 2007 un transfert de la garde de l'enfant mineur commun au profit du père tout en sursoyant à statuer sur la demande subsidiaire de la mère et en renvoyant l'affaire à une audience de mise en état, le juge d'appel a rendu une décision pouvant, en application de l'article 3 alinéa 2 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, être déferée à la Cour de cassation ;

Que, finalement, les vices pouvant affecter les moyens n'entravent pas la régularité du pourvoi lui-même ;

Qu'il s'ensuit que les moyens d'irrecevabilité du pourvoi opposés par le défendeur en cassation ne sont pas fondés ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal de la jeunesse près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait dit non fondée la demande reconventionnelle de Y.) tendant à se voir attribuer la garde de l'enfant mineur commun Z.) accordée à la mère X.) par le jugement prononçant le divorce entre les époux Y.) et X.) et fondée la demande principale de X.) tendant à la modification des conditions d'exercice du droit de visite et d'hébergement du père par rapport à l'enfant ; que sur appel de Y.) la chambre d'appel de la jeunesse près la Cour supérieure de justice réforma par arrêt du 12 janvier 2007 le jugement entrepris, dit non fondée la demande principale de X.), attribua la garde de l'enfant mineur commun Z.) au père Y.) et sursit à statuer sur la demande subsidiaire de X.) ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme pour violation du droit à un procès équitable d'un tribunal indépendant et impartial en ce que la cour d'appel a décidé d'attribuer le droit de garde de l'enfant commun mineur Z.) à son père en basant sa décision sur les attestations testimoniales de Madame A.) et Monsieur B.), alors que, par application de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, la cour d'appel aurait dû constater, sur base de l'implication de Monsieur B.) dans la procédure antérieure et vu la position hiérarchique de Madame A.) dans l'organisation judiciaire, que la prise en compte des attestations testimoniales litigieuses était contraire au principe de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de

l'homme et partant la cour d'appel aurait dû rejeter les deux attestations testimoniales ».

Mais attendu qu'en vertu du principe de l'indépendance du magistrat qui juge une cause, tant à l'égard de ses pairs que des magistrats du parquet général, l'impartialité objective du conseiller de la Cour d'appel ayant statué sur le litige ne saurait être mise en cause du fait qu'il a dit recevables les attestations testimoniales établies l'une par un président de chambre de la Cour d'appel et l'autre par un avocat général qui figurait dans un arrêt de référé divorce concernant le secours alimentaire de X.) et qui avait antérieurement, comme conseiller, fait partie de la composition siégeant en matière de référé sur le droit de garde de l'enfant mineur commun, ceci après avoir constaté que ces attestations étaient établies par les deux magistrats en dehors de leurs fonctions et portaient sur des constatations personnelles faites à un moment où aucun d'eux n'était saisi de l'affaire soumise à la chambre d'appel de la jeunesse ;

Que par ce motif substitué en tant que de besoin à ceux critiqués par la demanderesse en cassation, la décision déférée se trouve légalement justifiée ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme pour violation du droit à un procès équitable d'un tribunal indépendant et impartial en ce que la cour d'appel a décidé d'attribuer le droit garde de l'enfant commun mineur Z.) à son père sur base des attestations testimoniales versées en cause alors que la cour d'appel aurait dû ordonner des enquêtes pour permettre à Madame X.) d'entendre contradictoirement les auteurs de ces attestations telle qu'elle l'avait demandé ;

Mais attendu que le juge du fond apprécie souverainement l'utilité de procéder à l'audition de l'auteur d'une attestation écrite ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 54 du Nouveau Code de Procédure Civile en ce que la cour d'appel a tranché la question de la garde juridique de l'enfant mineur Z.) en l'attribuant au père et a sursis à statuer en ce qui concerne la demande subsidiaire de Madame X.) en ce qu'elle s'est réservée le droit de solliciter l'attribution de l'autorité parentale conjointe, alors que

la cour d'appel aurait pu ou dû trancher la question de la résidence principale de l'enfant commun mineur Z.) et réserver le point de la garde, respectivement de l'autorité parentale concernant Z.) » ;

Mais attendu que les griefs énoncés au moyen ne donnent pas ouverture à cassation mais à requête civile ;

Que le moyen ne saurait donc être accueilli ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne X.) aux frais de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître Marc MODERT sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Marc SCHLUNGS, en présence de Madame le premier avocat général Martine SOLOVIEFF et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.