Arrêt N° 8/20 - I – DIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du quinze janvier deux mille vingt

Numéro CAL-2019-00678 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.), né le **(…)** à **(…)**, demeurant à L-**(…)**, **(…)**,

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 12 juillet 2019,

ayant initialement été représenté par Maître Fabienne RISCHETTE, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch, et ne s'étant plus fait représenter à l'audience du 6 décembre 2019,

e t :

B.), née le **(…)** au **(…)** à **(…)**, demeurant à L-**(…)**, **(…)**,

intimée aux fins de la prédite requête d'appel,

représentée par Maître Marina PETKOVA, avocat à la Cour, demeurant à Erpeldange.

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

Saisi d'une requête de **B.)** déposée le 8 février 2019 au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch et tendant notamment au prononcé du divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales entre **B.)** et **A.)** (ci-après **A.)**), à la liquidation et au partage de la communauté de biens des parties, au report des effets du divorce entre époux quant à leurs biens au 9 octobre 2018, à l'application de l'article 252 du Code civil, à la fixation de la résidence principale des deux enfants communs **E.1.)**, né le **(…)**, et **E.2.)**, née le **(…)**, auprès de la mère tant pendant qu'après le divorce, à l'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'égard des enfants communs mineurs à la mère, à la condamnation de **A.)** au paiement à partir du 9 octobre 2018, sinon du jour du dépôt de la requête, d'une contribution mensuelle de 250 euros à l'entretien et à l'éducation de chacun des enfants communs, ainsi que la

moitié des frais extraordinaires exposés dans l'intérêt des enfants communs, à l'allocation d'une pension alimentaire à titre personnel de 1.000 euros à l'épouse divorcée à partir du 9 octobre 2018 et à la condamnation du défendeur aux frais et dépens de l'instance, le juge aux affaires familiales, par jugement contradictoire du 5 avril 2019, a dit recevable et fondée la demande en divorce et a prononcé le divorce entre parties, a ordonné le partage et la liquidation de la communauté de biens ayant existé entre époux et commis un notaire à ces fins, a fixé la date de prise d'effet du divorce entre conjoints, en ce qui concerne leurs biens, au 11 octobre 2018, a dit que l'autorité parentale à l'égard des deux enfants communs mineurs est exercée exclusivement par la mère, a fixé la résidence des enfants communs mineurs auprès de **B.)** et a attribué un droit de visite à l'égard des enfants communs à **A.)**, à exercer au service **ETS.1.)**, selon les modalités à convenir avec ledit service sur une base hebdomadaire. Le juge aux affaires familiales a finalement réservé les demandes en allocation de secours alimentaires pour les enfants communs et pour l'épouse, ainsi que celle introduite sur base de l'article 252 du Code civil.

De ce jugement, lui signifié le 4 juin 2019, **A.)** a régulièrement relevé appel par requête déposée au greffe de la Cour le 12 juillet 2019 et signifiée à **B.)** par exploit d'huissier de justice du 26 juillet 2019.

L'appelant demande, par réformation du jugement déféré, à se voir attribuer l'autorité parentale exclusive à l'égard des enfants **E.1.)** et **E.2.)**, sinon à entendre dire que cette autorité est exercée conjointement par les deux parents, à voir fixer la résidence habituelle des enfants communs auprès de lui, sinon à titre subsidiaire, à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communs mineurs, chaque mardi et jeudi après-midi de 12.00 heures au lendemain matin, avec obligation de ramener les enfants à l'école ou à la maison relais et chaque deuxième week-end du vendredi 18.00 heures au dimanche 18.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

Bien que **A.)** ait fait interjeter appel du jugement du 5 avril 2019 et qu'il ait été régulièrement convoqué à se faire représenter à l'audience du 6 décembre 2019, il ne s'est pas fait représenter à cette audience. Il y a néanmoins lieu de statuer par un arrêt contradictoire à son égard au vu des éléments dont la Cour dispose en vertu des dispositions de l'article 76 du Nouveau Code de procédure civile.

B.) soutient que le comportement de **A.)** tant à son égard qu'à l'égard des enfants communs, et plus spécialement d'**E.1.)**, justifient l'attribution de l'autorité parentale exclusive à son profit. Elle ne s'oppose pas à ce que les enfants maintiennent le contact avec le père, mais relève que toute communication normale entre parents est impossible, de sorte que ce serait à juste titre que le droit de visite du père a été fixé dans le cadre du Service **ETS.1.)**. Malheureusement, **A.)** refuserait de se mettre en rapport avec ledit service, de sorte qu'il n'exercerait actuellement aucun droit de visite à l'égard des enfants communs, mais il suivrait **B.)** et les enfants sur le chemin de l'école ou de la crèche pour prendre contact avec les enfants. Or, cette façon de procéder, qui inspire de la peur à la mère et aux enfants, ne créerait pas de climat serein propice à une rencontre entre le père et les enfants. L'intimée en conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Appréciation de la Cour :

Le problème, soulevé par **A.)** dans sa requête d'appel relatif à la prise en considération par le juge de première instance de pièces qui auraient été communiquées tardivement n'a pas d'influence sur la solution à apporter au litige en instance d'appel. Les pièces ont été échangées dans le respect des droits de la défense et la Cour tiendra compte de toutes les pièces versées de part et d'autre.

1) L'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants communs et leur résidence habituelle :

En vertu de l'article 376 du Code civil: « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale »* et « *chacun des parents doit maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».*

L'article 376-1 du Code civil dispose cependant que si l'intérêt de l'enfant le commande, le tribunal peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents. Aux termes de l'article 376-1 du code civil, l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut finalement être refusé que pour des motifs graves.

L'un des principes essentiels du droit des enfants mineurs réside dans le maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents en cas de séparation. Ainsi, les rencontres entre le parent chez lequel l'enfant ne séjourne pas de manière régulière et celui-ci ne résultent pas d'une faveur, mais d'un droit inscrit dans la loi et reconnu depuis longtemps par la jurisprudence, sauf motifs graves tirés de l'intérêt de l'enfant.

Le juge aux affaires familiales a précisé à juste titre que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale constitue une solution exceptionnelle qui ne saurait être justifiée que par l'intérêt supérieur de l'enfant.

Concernant les critères à prendre en considération, l'article 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile précise que lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales peut prendre en considération: 1° la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure; 2° les sentiments exprimés par l'enfant mineur lorsqu'ils sont exprimés dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil; 3° l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre; 4° le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte de l'âge de l'enfant; 5° les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes sociales.
Il convient d'analyser le fondement de la voie de recours exercée par **A.)** au regard de ces lignes de conduite.

L'appelant reproche d'abord au juge de première instance de ne pas avoir procédé à l'audition des enfants communs, actuellement âgés de 5 et de 2 ans.

Or, le juge de première instance, conformément à l'article 388-1 du Code civil, a correctement relevé que l'audition des enfants mineurs capables de discernement ne constitue qu'une faculté pour le juge dans la mesure où il estime qu'elle est susceptible de lui procurer des informations

supplémentaires. En l'espèce, eu égard au jeune âge d'**E.1.)** et de **E.2.)**, la Cour approuve le juge aux affaires familiales d'avoir retenu que ces enfants n'avaient pas encore la faculté d'apprécier la situation de manière critique. Il s'ajoute qu'actuellement les deux enfants ont été entendus par les agents du **ETS.2.)** dans le cadre de l'enquête sociale ordonnée par le juge de la jeunesse de Diekirch, de sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à une mesure d'instruction supplémentaire.

La relation des faits exposée par le juge de première instance qui correspond aux pièces versées et à laquelle la Cour se réfère, permet de retenir que, même en l'absence de détermination de l'origine exacte de la situation conflictuelle entre parents, qui ne se dégage pas des éléments objectifs du dossier, cette relation était devenue violente et a entraîné des coups et blessures, tel que relaté dans le procès-verbal de police n° 5240 du 10 octobre 2018, mais également dans les plaintes de **A.)** et de **C.)**, fille majeure de **A.)** d'une union précédente. La maison habitée par la famille **A.)** – **B.)** appartenant à la fille majeure de **A.)**, **B.)** n'avait d'autre choix, dans l'intérêt des enfants communs, ainsi que de sa propre intégrité physique, de quitter ce logement et d'aller habiter au foyer pour femmes « ***ETS.3.)*** ».

Contrairement aux développements de **A.)** dans son acte d'appel, ce déménagement n'avait pas pour conséquence nécessaire de priver le père de tout contact avec les enfants communs. Aucun refus à cet égard n'est d'ailleurs établi dans le chef de **B.)**.

Le juge aux affaires familiales s'est encore à bon escient référé à la déclaration de **D.)**, éducatrice diplômée du foyer « ***ETS.3.)*** » qui était présente le 7 février 2019 lorsque **A.)** est venu chercher l'enfant **E.1.)** au cabinet médical du pédiatre. A cette occasion, **A.)** a fait preuve d'un comportement extrêmement agressif tant à l'égard de l'éducatrice qu'à l'égard des policiers appelés sur les lieux et il a emmené l'enfant **E.1.)** contre le gré de la mère en promettant de le ramener le soir auprès de la mère au foyer. Cette déclaration n'est, en effet, pas contredite par l'attestation testimoniale établie par le docteur **E.)** du 27 mai 2019 qui se rapporte exclusivement aux faits qui se sont déroulés en sa présence dans son bureau où il a examiné les enfants et non pas à ceux qui ont eu lieu dans la salle d'attente où le père s'est emparé d'**E.1.)** devant **D.)**, ni par celle établie par **F.)** qui manque de précision.

Il est, par ailleurs, constant que **A.)** n'a pas ramené l'enfant commun mineur **E.1.)** auprès de la mère le 7 février 2019, mais seulement après intervention d'une ordonnance de référé exceptionnel le 25 février 2019 et suite à une sommation par voie d'huissier de justice sur cette base le 9 mars 2019.

A.) avoue finalement dans sa requête d'appel que, suite à un arrêt de fréquentation de l'école par l'enfant **E.1.)** en raison d'une pneumonie, état de maladie qui n'a pas été signalé au personnel enseignant ayant alerté les autorités, **A.)** n'a plus remis l'enfant à l'école par peur que **B.)** ne l'y récupère.

Par ces agissements, **A.)** a coupé l'enfant **E.1.)**, âgé de 5 ans seulement, de sa mère, de sa sœur et de son milieu éducatif et social pendant plus d'un mois.

Ce comportement du père est objectivement contraire à l'intérêt supérieur du jeune enfant pour lequel la mère est la première personne de référence

et ce indépendamment du fait de savoir que l'enfant ne se plaignait pas pendant le temps passé auprès du père, étant donné que, comme il a déjà été exposé ci-dessus, l'enfant n'a pas encore atteint un degré de maturité suffisant lui permettant d'analyser de manière critique les comportements de ses parents. Les attestations testimoniales produites à cet égard par l'appelant ne sont donc pas pertinentes pour la solution du présent litige. L'enfant a d'ailleurs déclaré aux intervenants sociaux suite au retour auprès de sa mère, qu'il aimait bien son père et qu'il s'est senti à l'aise pendant la période passée auprès de **A.)**, mais qu'il voudrait habiter auprès de sa mère et de sa sœur.

De plus, il ressort du rapport d'enquête sociale du 20 juin 2019 adressé au juge de la jeunesse de Diekirch que lorsque l'enfant a été remis à la mère en mars 2019, il avait une attitude impertinente envers celle-ci et qu'il l'a frappée. **E.1.)**, qui est décrit par tous les intervenants sociaux comme garçon gentil, poli, ouvert, soigné et bavard, a finalement admis que son père lui avait dit de se battre contre la mère.

Il ressort encore des rapports du **ETS.2.)** des 16 septembre et 18 octobre 2019 que le père a refusé de collaborer tant avec ce service qu'avec le service **ETS.1.)**, de sorte qu'il n'exerce actuellement pas son droit de visite à l'égard des enfants communs lui accordé par le juge aux affaires familiales, préférant guetter la mère avec les enfants après l'école ou la crèche et rechercher ainsi de nouvelles confrontations psychologiquement éprouvantes pour toutes les parties, mais spécialement pour les enfants qui se trouvent confrontés de manière inopinée et répétée à des conflits entre parents.

L'appelant soutient finalement que la mère ne dispose pas des capacités éducatives requises pour s'occuper des enfants communs mineurs et verse des attestations testimoniales dont il se dégagerait que celle-ci passerait son temps au téléphone portable au lieu de s'occuper des enfants.

Or, au vu des conclusions se dégageant du rapport d'enquête sociale du 20 juin 2019, la mère dispose des capacités requises pour s'occuper des enfants communs, et, en cas de difficultés, elle recherche l'aide des instances sociales avec lesquelles elle collabore activement et étroitement. Cette conclusion n'est pas contredite par les attestations testimoniales versées par **A.)** qui se rapportent, à des constats isolés, sur base desquels les témoins tirent, des conclusions générales qui ne s'imposent pas nécessairement. Un certain isolement de **B.)** face aux amis et à la famille de **A.)** peut, en effet, se concevoir, eu égard aux traumatismes et dénigrements qu'elle soutient avoir subis de la part de son époux pendant la vie commune.

Bien que **A.)** n'ait pas collaboré avec le **ETS.2.)** en vue de faire preuve de ses propres capacités éducatives, **B.)** ne met pas en doute celles-ci et admet que les enfants, et plus spécialement **E.1.)**, veulent voir leur père. Elle ne s'oppose donc pas à l'octroi d'un droit de visite au père, même si celui-ci devrait être encadré pendant un certain temps aux fins de permettre aux enfants de renouer le contact dans un climat serein.

Sur base de tous ces éléments et en vue d'assurer une certaine stabilité aux enfants, le juge de première instance a décidé à juste titre que la mère, qui a le droit de vivre dans un milieu encadré encore pendant les trois prochaines années, apparaît comme étant le parent le plus à même de

s'occuper des enfants et qu'il a fixé, dans l'intérêt supérieur des enfants mineurs, leur résidence auprès de celle-ci.

Si l'exercice exclusif de l'autorité parentale par un seul parent ne doit pas être prononcé dans un souci de simplification de l'organisation de la vie des enfants notamment en faveur du parent auprès duquel les enfants résident habituellement, la Cour considère qu'en l'espèce, le juge aux affaires familiales a, à bon droit, relevé que l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard des deux enfants communs ne peut se concevoir qu'entre parents qui arrivent à communiquer sereinement entre eux, ne serait-ce qu'au sujet des points intéressant les enfants communs, mais que cette communication est fortement compromise par le comportement agressif et irrespectueux affiché par **A.)** tant à l'égard de **B.)**, qu'à l'égard des intervenants sociaux, de la force publique et des décisions de justice. Afin d'assurer que les décisions concernant les enfants communs puissent être prises sereinement et dans leur intérêt supérieur, l'exercice exclusif de l'autorité parentale envers les enfants communs **E.1.)** et **E.2.)** est, par confirmation du jugement entrepris, à attribuer à **B.)**.

L'appel n'est donc pas fondé à cet égard.

2) Le droit de visite et d'hébergement du père :

Il découle de tous les développements ci-dessus que les confrontations entre **B.)** et **A.)** sont nuisibles au bon développement psychologique des enfants, de sorte qu'il y a lieu de les éviter dans un premier temps. Par ailleurs, **A.)** a fait preuve par le passé d'une tentative d'éloigner l'enfant **E.1.)** de la mère, tant physiquement, en le maintenant à son domicile malgré une décision de justice en sens contraire, que psychiquement, en dénigrant **B.)** auprès de l'enfant commun et en instiguant celui-ci à s'insurger contre la mère sans raison objective. Il en découle que c'est encore par une saine appréciation de la situation de fait, que la Cour adopte, que le juge aux affaires familiales a accordé au père un droit de visite encadré par le Service **ETS.1.)**, sur une base hebdomadaire à convenir avec ledit service.

L'appel n'est pas non plus fondé sur ce point.

Eu égard à l'issue de la voie de recours exercée par **A.)**, celui-ci doit supporter les frais et dépens de l'instance, conformément aux dispositions de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile.

Par ces motifs

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre une décision du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

reçoit l'‘appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

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

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

Odette PAULY, président de chambre,
Rita BIEL, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Christian MEYER, greffier.