Arrêt N° 186/20 - I - TUT
Numéro du rôle CAL-2020-00380

A r r ê t T u t e l l e

du vingt-deux juillet deux mille vingt

rendu sur un recours déposé en date du 4 mai 2020 au greffe du tribunal de la jeunesse et des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg par

PÈRE, né le (…) en Belgique à (…), déclaré à L-(…), résidant en fait à L-(…), comparant en personne et assisté par Maître Emmanuelle RUDLOFF, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, appelant,

contre le jugement rendu en date du 2 avril 2020 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans l'affaire entre l'appelant et

MÈRE, née le (…) en France à (…), demeurant à L-(…), comparant en personne et assistée par Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, intimée,

en présence de

Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant les mineures ENF 1, née le (…), et ENF 2, née le (…),

et du **Ministère public**, partie jointe.

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

Par jugement contradictoire du 2 avril 2020 le juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant en continuation des jugements des 7 février 2018, 5 décembre 2018 et 13 mars 2019, a supprimé le droit de visite et d'hébergement qui avait été accordé à PÈRE à l'égard des deux enfants communes ENF 1, née le (…), et ENF 2, née le (…), par jugement du 7 avril 2016 et arrêt du 22 juin 2016, a déclaré non fondée la demande de PÈRE en attribution d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communes une semaine sur deux, dit que PÈRE ne bénéficie plus d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communes, dit que PÈRE bénéficie d'un droit de correspondance à l'égard des deux enfants communes et qu'il lui est partant permis de contacter les filles par écrit (message sms ou WhatsApp par exemple, e-mail, courrier postal) et de leur envoyer à l'occasion des cadeaux ou autres, dit qu'MÈRE est tenue de communiquer à PÈRE les numéros des téléphones portables des enfants communes ainsi que leurs adresses e-mail, dit qu'MÈRE est tenue de remettre aux filles les courriers et colis/cadeaux ou autres leur adressés par PÈRE, sans chercher à en connaître

le contenu, ni avant, ni après remise. Le jugement a été communiqué au juge de la jeunesse en charge du dossier aux fins d'apprécier l'opportunité d'une mesure de protection à l'égard des mineures ENF 1 et ENF 2 sur base de la loi sur la protection de la jeunesse.

Antérieurement, un arrêt de la Cour du 22 juin 2016, statuant sur un recours interjeté contre un jugement du 7 avril 2016, avait institué un exercice conjoint de l'autorité parentale à l'égard des deux enfants, fixé la résidence des enfants auprès de leur mère et accordé à PÈRE un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communes mineures ENF 1 et ENF 2 s'exerçant en alternance une semaine sur l'autre du jeudi, à la sortie des classes, au dimanche soir à 19.00 heures.

Le juge des tutelles a été saisi le 28 juin 2017 d'une requête d'MÈRE demandant de suspendre le droit de visite et d'hébergement du père PÈRE à l'égard des deux filles mineures ENF 1 et ENF 2 et d'ordonner telle mesure que de droit permettant de rétablir la relation entre père et filles.

Par jugements interlocutoires des 7 février 2018, 5 décembre 2018 et 13 mars 2019 une expertise et prise en charge psychologique des enfants, un suivi thérapeutique en famille entre les parents et une expertise pédopsychiatrique des deux enfants ont été ordonnés dans le cadre de l'instance dont appel.

Statuant en continuation de ces jugements, le juge des tutelles a dit que le droit de visite et d'hébergement du parent auprès duquel ne résident pas les enfants est primé par les intérêts des mineures. Il a rejeté les conclusions d'MÈRE, de l'avocat des enfants et du Ministère public concluant à voir dire que le droit de visite et d'hébergement du père devait s'exercer à la convenance des enfants au motif qu'il ne saurait soumettre l'exercice de ce droit au bon vouloir de l'enfant.

Le juge de première instance a retenu que depuis l'été 2017 les deux filles ont exprimé leur refus de voir leur père et d'avoir du contact avec lui. Sur base des conclusions de l'expert A disant que sans changement d'attitude et de positionnement dans le chef de la mère, un droit de visite et d'hébergement du père impliquera des difficultés considérables dans sa mise en œuvre et perturbera gravement les enfants et les exposera à un important poids d'ordre psychique, il a supprimé le droit de visite et d'hébergement du père.

Par mémoire d'appel déposé au greffe du tribunal d'arrondissement le 30 avril 2020, PÈRE demande, par réformation du jugement précité du 2 avril 2020, à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants ENF 1 et ENF 2 d'une semaine sur deux du lundi après l'école au lundi suivant retour à l'école et la moitié des vacances scolaires.

PÈRE reproche au juge des tutelles d'avoir supprimé le droit de visite et d'hébergement qui lui avait été accordé à l'égard des deux enfants communes ENF 1 et ENF 2, d'avoir déclaré non fondée sa demande en attribution d'un droit de visite et d'hébergement une semaine sur deux et d'avoir, en conséquence, dit qu'il ne bénéficie plus d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants.

L'appelant critique le juge de première instance pour avoir statué *ultra petita* et avoir entériné une situation de grande souffrance. L'appelant relève que la partie adverse est incapable de respecter la coparentalité ce qui constitue un

signe d'une incompétence parentale. Il estime que l'instrumentalisation des enfants par leur mère compromet leur intérêt supérieur. L'appelant soutient que le refus des enfants de voir leur père résulte d'une instrumentalisation des enfants. Il estime que demander un avis aux enfants revient à mettre trop de poids sur leurs épaules et les exposer à un enjeu potentiel d'instrumentalisation.

A l'audience de la Cour les parties estiment que le juge de première instance a statué *ultra petita* et qu'il y a lieu à réformation du jugement déféré à ce titre.

A l'appui de son recours PÈRE avance que les parties sont en litige depuis trois ans, que dernièrement le contact entre le père et les deux filles était sporadique, qu'il résulte des autres expertises se trouvant dans le dossier que la manipulation à laquelle sont soumises les deux filles les a conduites à refuser tout contact, qu'initialement les parents avaient convenu une garde alternée, qu'actuellement il y aurait lieu de restaurer le lien entre le père et les enfants et ce eu égard à la détresse des enfants, la compétence parentale de part et d'autre, le fait que la mère est déficiente dans le respect du père et les élève dans la haine du père.

L'appelant estime que le comportement de l'intimée présente une forme de maltraitance des enfants annihilées par leur mère.

MÈRE expose que pendant un an le droit de visite et d'hébergement du père a été exécuté sans heurt, qu'après cette période les enfants n'allaient pas bien, de sorte qu'elle a demandé une suspension du droit de visite et d'hébergement du père avec une possibilité d'améliorer les contacts, qu'il s'en est suivi une instance avec des expertises et que les enfants sont actuellement fatiguées et lasses. La partie intimée estime que le comportement du père est à l'origine de la requête introductive d'instance et que la présente procédure a laissé des traces et n'a pas épargné les enfants.

L'intimée conclut à la suspension du droit de visite et d'hébergement du père avec un contact à la convenance des enfants. Le mandataire d'MÈRE soutient qu'ENF 1 a la capacité de s'opposer à sa mère.

L'avocat des enfants considère que les explications d'ENF 1 quant à son refus de voir son père sont vagues et non concrètes, que les filles sont figées dans leur décision fixe et immuable et qu'il n'y a pas de travail constructif par rapport à ce problème.

Il relate qu'ENF 1 estime que avoir le droit de décider, qu'elle trouve que les spécialistes n'ont rien compris et que les juges et les experts se trompent, qu'elle exprime un refus face à l'autorité, qu'elle n'accepte rien de positif de son père, que les enfants se retrouvent dans leur bulle et qu'elles en ont marre de la situation actuelle, qu'elles veuillent évoluer sans avocat et sans psychologue.

L'avocat des enfants rappelle les articles 9 de la Convention des Nations Unies sur les droits des enfants et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme disant que l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre son gré et que l'Etat doit protéger la vie privée, que son ingérence dans la vie familiale doit être appropriée, nécessaire et proportionnée.

L'avocat des enfants se prononce en conclusion pour la suspension du droit de visite et d'hébergement du père.

Le représentant du ministère public conclut à la réformation du jugement déféré. Il critique le jugement déféré qui ne fait que confirmer la position de l'intimée. Il reproche à la mère de ne pas assumer son rôle, de ne pas donner sa place au père, de ne pas être à l'écoute des professionnels. Il soutient que la souffrance des enfants est à attribuer au comportement et à l'attitude de la mère, notamment à sa vue négative du père, et qu'il appartient à la mère de faire un travail critique et d'introspection. Il estime qu'à l'égard de ENF 2, vu son jeune âge, rien n'est perdu et qu'il y a lieu de maintenir le droit de visite et d'hébergement du père, d'en fixer les modalités de manière progressive et d'assortir le droit de visite et d'hébergement d'une astreinte qui pourrait aider à dénouer la situation.

Appréciation de la Cour

La saisine du juge est, normalement, l'œuvre exclusive des parties. Le juge doit respecter le lien juridique d'instance – créé par l'acte introductif d'instance – en tous ses éléments : parties et objet.

Toutefois en matière de droit de la famille, le juge dispose de pouvoirs propres qui lui permettent de modifier plus ou moins profondément l'objet de la demande.

Ces pouvoirs relèvent de considérations d'ordre public, notamment en matière d'autorité parentale le juge statue en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 376-1 du Code civil) de sorte que cette matière fait exception au principe de l'indisponibilité de l'objet.

Partant, le juge des tutelles, sur le fondement de l'intérêt des enfants, avait le pouvoir de supprimer le droit de visite et d'hébergement de l'appelant, de sorte que le moyen relatif au non-respect de l'article 54 du Nouveau Code de procédure civile est à rejeter.

Le jugement du 5 décembre 2018 maintenant la résidence des enfants auprès de leur mère n'a pas été entrepris.

Il résulte des dires des parties que l'exercice du droit de visite et d'hébergement élargi par le père ne posa pas de problème de 2015 à mai 2017 et que depuis juin 2017 l'appelant n'a vu les enfants que sporadiquement.

L'expert A a été chargé de se prononcer sur l'état psychiatrique/psychologique d'ENF 1 et de ENF 2 et sur les raisons de leur refus de rencontrer leur père.

L'expert retient que: « *Aufgrund der charakteristischen Art (unausgewogen, erwachsentypisches Vokabular, ohne relevante Belege, unbeeinflussbar), wie beide Mädchen ihre Abneigung (insbesondere die ältere Tochter ENF 1) gegen den Vater und ihre Weigerung, diesen zu sehen, vortragen, bestehen deshalb erhebliche Zweifel, dass es sich dabei um das Ergebnis eines weitgehenden autonomen Raisonnements der beiden mittlerweile 14 und 10 Jahre alten Kinder auf der Basis eigener Erfahrungen und konkreter Erlebnisse mit dem Vater handelt.* »

Il conclut à une « *elterliche Entfremdung durch* « *passive Instrumentalisierung* » durch die Mutter der beiden Mädchen » et que « *ohne Einbindung beider Erwachsener hat eine Wiederannährung zwischen Kind und ausgegrenztem Elternteil praktisch keine Chance* ».

Conformément aux articles 3 paragraphe 1, et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit faire une place au respect du droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion et du droit à ce que cette opinion soit dûment prise en considération dans toutes les affaires concernant l'enfant.
Par ailleurs l'article 9 paragraphe 1, de cette convention prévoit que « *l'enfant [n'est] pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que […] cette séparation [soit] nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

En juxtaposant l'opinion des enfants, leur intérêt supérieur et le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale (article 8 Convention européenne des droits de l'homme), la Cour européenne des droits de l'homme a décidé qu'en dépit de l'opposition des enfants de voir leur père, les États ont l'obligation positive de proposer des solutions permettant un maintien ou une reprise des liens entre parents et enfants (CEDH 9 avr. 2019, A. V. c/ Slovénie, req. n° 878/13).

La Cour européenne retient à ce sujet que le droit d'un enfant d'exprimer son avis ne doit pas être interprété « *comme conférant effectivement un droit de veto inconditionnel aux enfants sans que d'autres facteurs soient pris en considération et qu'un examen soit effectué pour déterminer leur intérêt supérieur* », autrement dit, en dépit de cette opposition, les États ont l'obligation positive de proposer des solutions permettant un maintien ou une reprise des liens entre parents et enfants.

En l'occurrence, il résulte de l'expertise A que la situation actuelle et le comportement de l'intimée auront pour conséquences: « *erhebliche Auswirkungen für die weitere persönliche Entwicklung der Mädchen (z.B. Beeinträchtigung der Identitätsbildung und der Ausprägung des eigenen Männerbildes, Beziehungsgestaltung oder negatives Modell der Mutter für die Konfliktlösung in der Beziehung)* ».

Il est partant dans l'intérêt primordial d'ENF 1 et de ENF 2 de rétablir le contact avec leur père.

Mais l'expert reconnaît que la difficulté réside dans le fait que sans un signal de la mère, les enfants ne pourront pas s'engager dans un rapprochement détracté avec leur père. Il estime même que sans une thérapie de la mère ayant pour effet de modifier le comportement et l'attitude de cette dernière à ce sujet, il sera difficile de mettre en œuvre une reprise des liens entre le père et les enfants.

Par ailleurs l'expert relève même le risque d'un conflit psychique grave dans le chef des deux enfants dans cette situation. Le docteur A note que: « *Es muss deshalb wirklich kritisch überlegt werden, ob und wie im Falle einer weiterhin verhärteten negativen mütterlichen Einstellung zur Person des Vaters eine Abwägung zwischen dem Recht der Kinder den Vater zu sehen und den sich daraus ergebenen psychischen Belastungen andererseits vorgenommen werden muss* ».

Etant donné qu'il appartient aux juridictions de mettre en œuvre une reprise des liens entre parent et enfants, il y a lieu de dire, conformément à la proposition de l'expert, que le contact entre le père et les enfants se réalisera en la présence d'un tiers, en l'occurrence B, partenaire du père.

En effet, il résulte du dossier que les enfants sont restés en contact avec la partenaire de leur père.

Quant aux modalités de ce droit de visite et d'hébergement, à l'instar du juge des tutelles, la Cour précise que même si le juge doit tenir compte des sentiments exprimés par les enfants concernés, il ne peut soumettre l'exercice du droit de visite et d'hébergement du parent au bon vouloir de l'enfant sans méconnaître ses propres pouvoirs en matière de fixation de ce droit**.**

ENF 1 reprochant à son père de ne pas lui aménager un lieu pour faire ses travaux scolaires, il y a lieu de dire que le droit de visite et d'hébergement du père s'exercera en principe pendant les vacances scolaires.

Etant donné son âge, ENF 2 ne manifeste pas le même refus catégorique à l'égard du père que sa sœur aînée ENF 1, de sorte qu'un droit de visite plus régulier aurait pu être envisagé. Toutefois, en considération de la situation des filles dans le milieu maternel, il ne semble pas opportun de séparer les deux sœurs et d'isoler ENF 2 par rapport à sa sœur aînée et leur mère, le droit de visite et d'hébergement des deux filles est partant à fixer selon les mêmes modalités.

Eu égard à ces développements, un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communes mineures ENF 1 et ENF 2 est à accorder à PÈRE à exercer en présence de B, chaque premier samedi des congés scolaires de la Toussaint, de Carnaval et de la Pentecôte, de 10.00 heures à 19.00 heures, ainsi que la première fin de semaine des congés scolaires de Noël et de Pâques, et la première et l'avant dernière fin de semaine des vacances d'été, du samedi 10.00 au dimanche 19.00 heures.

Quant aux conclusions du ministère public d'assortir le respect du droit de visite et d'hébergement du père d'une astreinte, il y a lieu de noter que l'astreinte est une condamnation pécuniaire destinée à favoriser l'exécution des décisions de justice. Elle garantit l'exécution de toute obligation, quel que soit son objet : donner, faire, ne pas faire.

Néanmoins la particularité du contentieux familial et le caractère fragilisé des relations filiales dans la présente affaire contre-indiquent actuellement la condamnation de la mère à une astreinte.

Quant à la demande de PÈRE tendant à voir assortir le présent arrêt de l'exécution provisoire, il est rappelé qu'en tant que dérogation à l'effet suspensif des voies de recours, il ne peut y avoir exécution provisoire que lorsque la décision à exécuter est susceptible d'un recours et que ce recours est suspensif. La présente décision étant un arrêt rendu contradictoirement en instance d'appel et le recours en cassation en matière civile n'ayant, en général, pas d'effet suspensif, la demande tendant à voir déclarer l'arrêt exécutoire par provision est à rejeter (cf. Juris-Classeur, Procédure, V° exécution provisoire, fascicule 516, nos 5 et 6).

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

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge des tutelles, statuant contradictoirement, les parties et leurs conseils, le représentant des enfants, ainsi que le représentant du ministère public entendus en chambre du conseil,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

réformant,

accorde à PÈRE un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communes mineures ENF 1 et ENF 2 à exercer en présence de B, chaque premier samedi des congés scolaires de la Toussaint, de Carnaval et de la Pentecôte, de 10.00 heures à 19.00 heures, ainsi que la première fin de semaine des congés scolaires de Noël et de Pâques et la première et l'avant dernière fin de semaine des vacances d'été, du samedi 10.00 au dimanche 19.00 heures,

rejette la demande en exécution provisoire du présent arrêt,

fait masse des frais et dépens et les impose pour moitié à chacune des parties.

Ainsi prononcé en audience publique après instruction de la cause en chambre du conseil où étaient présents:

Odette PAULY, président de chambre,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller
Monique SCHMITZ, avocat général,
Brigitte COLLING, greffier.