N° 105 / 2020
du 23.07.2020
Numéro CAS-2019-00129 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-trois juillet deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
John PETRY, procureur général d'Etat adjoint,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (…),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

Y, demeurant à (…),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Jean-Georges GREMLING, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 104/19, rendu le 5 juin 2019 sous le numéro CAL-2019-00353 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 16 août 2019 par X à Y, déposé le 19 août 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 14 octobre 2019 par Y à X, déposé le 16 octobre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Roger LINDEN et les conclusions de l'avocat général Monique SCHMITZ ;

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, le juge aux affaires familiales auprès du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait rejeté la demande du demandeur en cassation tendant à voir écarter les déclarations des deux enfants communs mineurs recueillies dans le cadre d'une enquête sociale, fixé la résidence habituelle et le domicile légal des mineurs auprès de la défenderesse en cassation ainsi que les modalités relatives au droit de visite et d'hébergement des enfants communs mineurs accordé au demandeur en cassation. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Sur le premier moyen de cassation :

« Tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 249 alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure Civil, à savoir le défaut, l'absence de motivation du juge d'appel ;

Attendu que la Cour d'appel a violé les articles susmentionnés en ce qu'elle n'a pas répondu à des moyens déterminants pour la solution du litige contenus dans les conclusions de Monsieur X, chacune des violations étant reprises dans une branche du moyen de cassation ;

Première branche :

Attendu qu'il appartient au Juge de déterminer à quel âge les enfants ont atteint l'âge de discernement, le degré de maturité nécessaire, pour que leur parole puisse être recueillie en justice (cf. arrêt Cour Européenne des Droits de l'Homme Hokkanen / FINLANDE du 23.09.1994, n°19823/92) ;

que les enfants A) et B) sont âgés de respectivement 6 et 5 ans ;

que la Cour d'Appel n'a malheureusement pas analysé ce moyen d'appel et a donc failli à son appréciation souveraine de la notion de capacité de discernement de l'enfant (cf. Cour de Cassation 1ère, 12.04.2012, n°11-20.357 : les juges ont estimé dans la présente espèce que deux enfants âgés de 6 et 9 ans n'étaient pas doués de discernement nécessaire pour être entendus, source : Dalloz.fr) ;

qu'en ne prenant pas position sur ce moyen d'appel, les juges d'appel se sont contentés de se référer au raisonnement des premiers juges qui pouvait être mis à mal par ledit moyen d'appel ;

qu'il en est de même du comportement de la dame Y ;

qu'en effet, le sieur X dans la motivation de son acte d'appel avait fait état du comportement de la dame Y qui préjudiciait à l'intérêt supérieur des enfants ;

que le sieur X avait expressément sollicité la Cour afin qu'elle se prononce sur l'article 1007-54 du Nouveau Code de Procédure Civile, ce qu'elle n'a pas fait ;

que la Cour d'Appel n'a pas daigné prendre position sur ledit moyen d'appel ; que l'arrêt du 05.06.2019 est l'illustration même du cas d'ouverture de cassation qui est le défaut de motifs.

Deuxième branche :

Attendu que les juges d'appel ont failli à leur obligation de motivation en se référant au jugement de première instance ;

qu'outre cette absence de motivation flagrante, les juges d'appel se basent sur un argument, à savoir << la maladie du sieur X >>, pour confirmer la décision entreprise ;

qu'en effet, en ce qui concerne l'accompagnement du sieur X pendant la nuit, la Cour d'Appel estime la présence d'un autre adulte << juste et adaptée à la santé d'X >>, alors que les juges de première instance ont basé la nécessité de cette présence sur d'autres arguments : << eu égard de l'angoisse exprimée par B), il y a lieu de préciser qu'X dispose d'un droit d'hébergement de nuit si une personne partage son quotidien >> ;

qu'il appert que les juges de première instance n'ont pas basé leur décision sur la maladie du sieur X, mais sur d'autres arguments en détournant la question centrale de la maladie ;

qu'en statuant de la sorte, les juges d'appel n'ont pas motivé leur décision, sinon ont fait preuve de contradiction de motifs.

Troisième branche :

Attendu que la Cour d'Appel a fait preuve d'une motivation insuffisante et incohérente, voire faussée ;

qu'en vue de se prononcer sur la résidence habituelle des enfants, les juges d'appel basent leur raisonnement sur une enquête sociale, en affirmant que << l'agent de probation qui a procédé à l'enquête sociale, de même que les enfants décrivent l'ambiance familiale auprès de leur mère comme paisible et sereine >>, sans pour autant analyser si cette même << ambiance paisible et sereine >> règne auprès du père ;

qu'en l'occurrence, la Cour d'Appel a fixé la résidence des enfants auprès de la mère, sans même prendre en considération la possibilité de fixer la résidence des enfants auprès de leur père ;

que les juges d'appels ont fixé la résidence habituelle des enfants auprès de la mère, sans se prononcer sur l'influence négative sur les enfants résultant du comportement de Madame Y et contre laquelle ont été déposées plusieurs plaintes pénales ;

Attendu que pour réfuter le principe de la résidence alternée, la Cour d'Appel se base sur un article de 2002 du Dr C) << Le droit d'hébergement du père concernant un bébé >> ;

que les juges d'appel ont basé leur raisonnement sur une étude qui parle uniquement des bébés en dessous de 18 mois, non-pertinent pour le cas d'espèce, alors qu'A) et B) sont âgés de respectivement 6 et 5 ans ;

que par ailleurs, les juges d'appels ne se sont pas prononcés sur une étude invoquée par Monsieur X, qui affirme que : << Globalement, les enfants des familles de parents partagés ont obtenu de meilleurs résultats en termes de mesure du bien-être émotionnel, comportemental et psychologique, ainsi que d'une meilleur santé physique et de meilleures relations avec leur père et leur mère, avantages qui subsistent même en cas de conflit intense, entre leurs parents >> (Shared Physical Custody : Summary of 40 Studies on Outcomes for Children. Linda Nielsen) ;

Attendu que la Cour d'appel base son raisonnement relatif à la résidence alternée sur des simples affirmations prétendument communes à l'ensemble des enfants, tel que (<< il est généralement admis que >>), sans pour autant faire une application précise et étendue au cas d'espèce ;

que la loi laisse à l'appréciation du juge le choix de se prononcer sur la garde alternée, suivant les circonstances concrètes de chaque cas et n'impose nullement un principe général en vertu duquel la résidence alternée devait être systématiquement refusée pour des enfants âgés de moins de 6 ans ;

que la Cour d'appel se fonde partant sur de simples affirmations et suppositions pour limiter le droit de visite et d'hébergement de Monsieur X, de sorte qu'elle a fait preuve d'une motivation insuffisante et incohérente, voire même faussée. ».

Sur les trois branches réunies du moyen :

Sous le couvert du grief tiré de la violation des dispositions visées au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, de la situation respective des personnes concernées qui les a amenés à prendre les décisions critiquées, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen, pris en ses trois branches, ne saurait être accueilli.

Sur le second moyen de cassation :

« Attendu que les juges d'appel basent leur décision sur la maladie du père pour restreindre le droit de visite et d'hébergement de ce dernier ;

qu'en statuant de la sorte, les juges d'appel ont contrevenu aux articles :

- 8 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, articles qui se réfèrent au droit au respect de la vie privée et de familiale, respectivement l'interdiction à la discrimination ;

- 23 de la Convention de l'ONU sur les Droits des Personnes Handicapées ;

- Première branche :

Attendu que les juges d'appel se sont bornés à limiter le droit de visite et d'hébergement du sieur X eu égard à sa maladie et ce, sans mettre en balance le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ;

que les juges d'appel se sont basés de manière arbitraire sur le principe de << l'intérieur supérieur de l'enfant >> pour limiter le droit de visite et d'hébergement du sieur X, sans pour autant évaluer de manière précise les incidences positives et négatives sur l'enfant concerné ;

que les juges d'appel ont donc fait preuve d'une ingérence arbitraire dans le cadre des demandes du sieur X, en retenant le seul critère de sa maladie, respectivement de la santé de ce dernier ;

que la violation de cet article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme est manifeste ;

que sur la violation du présent article, la partie demanderesse se réfère à l'arrêt de la CEDH KACPER-NOWAKOWSKI / POLOGNE (Réf : 007 (2017, du 10.01.2017/ dans le même sens SAVIGNY / UKRAINE, n°39948 /06 du 18.12.2008) ;

que dans cet arrêt la Cour retient qu'<< avec le temps, le fait de maintenir le même droit de visite et d'hébergement restreint risquait de rompre le lien entre le sieur NOWAKOWSKI et son fils ;

En conclusions, la Cour estime que les juridictions nationales n'ont pas pris toutes les mesures qui s'imposaient pour faciliter les contacts entre le sieur NOWAKOWSKI et son fils, en violation de l'article 8 >>.

que la Cour a violé les dispositions de l'article 8 ;

- Deuxième branche :

Attendu que le juge d'appel, en faisant état de l'état de santé du sieur X pour limiter le droit de visite et d'hébergement de ce dernier est d'emblée contraire au

principe de non-discrimination énoncé à l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ;

qu'en statuant de la sorte, les juges d'appel font une discrimination patente entre le sieur X, atteint de la sclérose en plaque et un parent << sain >> ;

que la violation de l'article 14 est souvent analysée en combinaison de la violation de l'article 8 ;

que les juges d'appel ont violé cet article.

- Troisième branche :

Attendu que les juge d'appel en statuant sur l'état de santé du sieur X, à savoir son handicap, se sont heurtés directement aux dispositions de l'article 23.4 de la Convention de l'ONU sur les Personnes Handicapées ;

qu'en effet, les rapports parents-enfants ne sauraient être limités au seul regard du handicap de l'un des parents ;

qu'en limitant le droit de visite et d'hébergement sur base de l'état de santé du sieur X, la Cour a violé l'article 23.4 précité ;

que malheureusement, les juges d'appel ont clairement contrevenu aux dispositions de cet article. ».

Sur les trois branches réunies du moyen :

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou chaque branche doit, sous peine d'irrecevabilité, préciser le cas d'ouverture invoqué et ce en quoi la partie critiquée de la décision encourt le reproche allégué.

Le demandeur en cassation ne précise pas en quoi le droit qu'il entend tirer des dispositions internationales invoquées aurait été violé.

Il en suit que le moyen, pris en ses trois branches, est irrecevable.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi,

condamne le demandeur en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros,

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Jean-Georges GREMLING, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence du procureur général d'Etat adjoint John PETRY et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
X /
Y

Affaire n° CAS-2019-00129 du registre

Le pourvoi en cassation introduit par X par mémoire en cassation daté au 14 août 2019, signifié à Y le 16 août 2019 et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 19 août 2019, est dirigé contre l'arrêt n° 104/19-I-DIV (aff. fam.) rendu le 5 juin 2019 par la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, dans la cause inscrite sous le numéro CAL-2020-00353 du rôle,

Il n'appert pas des pièces versées au dossier que l'arrêt dont pourvoi ait fait l'objet d'une signification.

Le pourvoi en cassation a été interjeté dans les forme et délai prévus aux articles 7 et 10 de la loi du 18 février 1885.

La partie défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse le 14 octobre 2019 et l'a déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 16 octobre 2020.

Ayant été signifié et déposé au greffe de la Cour conformément aux articles 15 et 16 de la loi précitée du 18 février 1885, ce mémoire est à considérer.

Quant aux rétroactes :

Par jugement n° 2019TALJAF/000545 rendu le 21 mars 2019, le juge aux affaires familiales près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, en prosécution de cause,
constaté que rien ne s'oppose à ce que les déclarations des enfants communs A), né le 13 août 2012, et B), née le 31 mai 2014, recueillies dans le cadre de l'enquête sociale établie le 26 février 2019 par le SCAS fassent partie des débats, et partant déclaré non fondée la demande d'X en irrecevabilité de ces déclarations.

Il a fixé la résidence habituelle et le domicile légal des enfants communs mineurs auprès de Y et dit qu'il n'y a pas lieu d'instituer un système de résidences alternées des enfants communs mineurs. Il a débouté Y de sa demande en exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard des enfants communs.

Il a accordé à X un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs et a fixé les modalités comme suit :

> « *- les lundis et mercredis ouvrables à l'heure de midi à charge pour lui d'organiser qu'une personne tierce effectuera avec les enfants les trajets entre l'école et son domicile,*

- chaque deuxième weekend du samedi 10.00 heures au dimanche 17.30 heures, à charge pour Y de lui amener les enfants le samedi matin et pour X de les lui ramener le dimanche,
- le vendredi de la semaine médiane entre deux droits de visite et d'hébergement du weekend de la sortie de l'école à 19.00 heures;

dit qu'au cas où aucun second adulte ne loge au domicile d'X pendant l'exercice par celui-ci de son droit de visite et d'hébergement du weekend, celui-ci est tenu de ramener les enfants communs A) et B), préqualifiés, le samedi soir à 19.00 heures au domicile de Y et il appartient alors à Y de les lui ramener à nouveau le dimanche à 10.00 heures;

précise que pour autant que la maladie d'un des enfants communs est établie par certificat médical, le droit de visite et d'hébergement d'X à l'égard de cet enfant est suspendu pendant la durée de la maladie en question;

dit que, pour autant qu'un des enfants communs tombe malade pendant le droit de visite et d'hébergement, X est tenu d'en informer Y et d'inviter celle-ci à venir récupérer l'enfant en question;

dit que pendant les vacances de Pâques 2019, X pourra exercer un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs A) et B), préqualifiés, du vendredi 5 avril 2019 à 19.00 heures au samedi 13 avril 2019 à 17.30 heures;

dit qu'à partir des vacances de la Pentecôte 2019, X exercera, sauf accord autre des parties pendant les années impaires un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs A) et B), préqualifiés, pendant la deuxième moitié des vacances scolaires d'une semaine et de deux semaines, à savoir du mercredi à 14.30 heures au dimanche à 17.00 heures pour ce qui est des vacances d'une semaine et du samedi au milieu des vacances à 14.30 heures au dimanche à la fin des vacances à 17.30 heures pour ce qui est des vacances de deux semaines;.

dit que les années paires, X exercera, sauf accord autre des parties, un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs A) et B), préqualifiés, pendant la première moitié des vacances scolaires d'une semaine et de deux semaines, à savoir du vendredi dernier jour des classes à 19.00 heures au mercredi à 14.30 heures pour ce qui est des vacances d'une semaine et du vendredi dernier jour des classes à 19.00 heures au samedi au milieu des vacances à 14.30 heures pour ce qui est des vacances de deux semaines;

dit qu'à défaut du disposer d'un accompagnement d'un second adulte, ces droits de visite et d'hébergement devront s'exercer au Luxembourg, sans préjudice de déplacements en journée à une distance maximale de 75 km du domicile d'X;

dit qu'au cas où pendant la période des vacances scolaires où X exerce son droit de visite et d'hébergement, aucun second adulte ne loge au domicile de celui-ci, X est tenu de ramener les enfants communs A) et B), préqualifiés, le soir à 19.00 heures au domicile de Y et que Y est alors tenue de les lui ramener le lendemain à 10.00 heures;

accorde, sauf accord autre des parties, à X pendant les vacances d'été un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs A) et B) pendant un bloc de deux semaines, ainsi que pendant quatre weekends du vendredi à 14.30 heures au dimanche à 17.30 heures;

dit qu'à défaut du disposer d'un accompagnement d'un second adulte, ces droits de visite et d'hébergement devront s'exercer au Luxembourg, sans préjudice de déplacements en journée à une distance maximale de 75 km du domicile d'X;

dit qu'au cas où aucun second adulte ne loge au lieu de résidence d'X pendant l'exercice de ces droits de visite et d'hébergement, X est tenu de ramener les enfants communs A) et B), préqualifiés, le soir à 19.00 heures au domicile de Y et que Y est alors tenue de les lui ramener le lendemain à 10.00 heures;

dit que la période d'exercice du droit de visite et d'hébergement du bloc de deux semaines peut être librement déterminée par X à condition qu'il fasse part de son choix à Y pour le 15 mai de l'année en question au plus tard;

dit qu'à défaut d'indication par X des deux semaines pendant lesquelles il entend exercer son droit de visite et d'hébergement dans le délai imparti, le droit de visite et d'hébergement d'X s'exerce du 16 juillet à 10.00 heures au 30 juillet à 17.30 heures;

dit qu'une fois qu'X aura fait son choix, respectivement que le délai lui imparti pour faire son choix sera écoulé, Y pourra librement déterminer pour le 30 juin de l'année en question au plus tard les quatre weekends des vacances scolaires d'été pendant lesquels s'exerce le droit de visite et d'hébergement d'X;

dit qu'à défaut pour elle de ce faire dans le délai imparti, le droit de visite et d'hébergement s'exerce pendant les quatre derniers weekends des vacances d'été; »

Il a encore invité les parents à avoir recours à une médiation auprès d'un service qui leur permet, à chacun, de rechercher en parallèle une aide psychologique personnelle, et a autorisé le suivi psychologique des enfants communs mineurs.

Finalement, il a débouté X de sa demande en obtention d'une pension alimentaire et en obtention d'une contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants communs. Il l'a condamné à payer à Y une contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants communs à concurrence de 75 euros par enfant par mois, allocations familiales non comprises, payable à partir du 1ier avril 2019 et soumise à l'indice.

Suite à l'appel interjeté par X, la Cour d'appel, aux termes de l'arrêt dont pourvoi, a confirmé le jugement entrepris.

Quant au 1ier moyen de cassation :

Le 1ier moyen de cassation, subdivisé en trois branches, est tiré de la violation des articles 89 de la Constitution et 249 du NCPC en ce que,

pris dans sa première branche, la Cour d'appel n'a pas pris position sur le moyen d'appel tiré de l'article 1007-54 du NCPC,

pris dans sa deuxième branche, la Cour d'appel a failli à son obligation de motivation en se référant au jugement dont appel et en se basant sur la maladie du sieur X pour confirmer le 1ier juge, et

pris en sa troisième branche, les juges d'appel se sont adonnés à une motivation insuffisante et incohérente, voire faussée concernant la fixation de la résidence habituelle des enfants avec la conséquence qu'elle est fixée auprès de la mère et non alternativement.

Il y a lieu de rappeler qu'en ce qui concerne le moyen tiré du défaut de motifs, l'article 89 de la Constitution sanctionne l'absence de motifs qui est un vice de forme pouvant revêtir la forme d'un défaut total de motifs, d'une contradiction de motifs, d'un motif dubitatif ou hypothétique ou d'un défaut de réponse à conclusion.[1]

Un jugement est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif, exprès ou implicite, si incomplet ou si vicieux soit-il, sur le point considéré.[2]

Il suffit donc de constater qu'une décision est motivée sur le point concerné pour écarter le moyen tiré de la violation des article 89 de la Constitution et 249 du NCPC.

Quant au moyen sous examen pris dans sa première branche, il y a lieu de rappeler que le premier juge, en ce qui concerne la demande d'X de voir écarter des débats les déclarations des enfants communs recueillies dans le cadre de l'enquête sociale, ce au motif qu'ils n'auraient pas atteint l'âge de discernement pour se prononcer valablement, a retenu que l'aîné A), âgé à cette époque de six ans, est doté de la maturité requise afin que que son audition en justice est admissible et que, en ce qui concerne la cadette B), âgée alors de quatre ans, ses déclarations faites à l'enquêteur social ne sont pas à considérer comme parole de l'enfant en justice mais à titre de simple renseignement sur son état d'esprit au jour de l'enquête[3]. En conséquence il n'a pas fait droit à la demande d'X.

Dans sa requête d'appel[4], l'appelant fait valoir, entre autres, que les dires des enfants actés dans l'enquête sociale n'auraient pas dû être pris en considération par le premier juge dans le cadre des demandes respectives des parties tendant à la fixation de leur résidence habituelle, les enfants n'étant pas dotés de la maturité nécessaire pour que leur parole puisse être recueillie en justice.

A relire la requête d'appel, ensemble l'arrêt dont pourvoi, l'appelant n'a pas invoqué l'article 1007-54 du NCPC si bien que le demandeur en cassation ne saura reprocher aux juges d'appel de ne pas avoir pris position quant à pareil moyen d'appel à la lumière de ladite disposition. Le grief étant nécessairement étranger aux dispositions légales visées au moyen, ce dernier, pris dans sa première branche, ne saurait être accueilli.

[1] J. et L. BORE, La cassation en matière civile, 5ème édition, 2015, n° 77.60
[2] Boré, ouvrage cité, n° 77.31
[3] cf. p. 4 du jugement du 21 mars 2019
[4] cf. p. 9 de la requête d'appel

A supposer que le grief tel que formulé par le demandeur en cassation devait se comprendre dans le sens qu'il reproche aux juges d'appel un défaut de réponse à conclusions en ce qu'ils n'ont pas autrement discuté son argumentaire tendant à l'écartement des déclarations des enfants actées dans l'enquête sociale, il importe de relever que sa demande y relativement se situe dans le cadre de sa demande tendant à la fixation de la résidence habituelle enfants communs auprès de lui, voire de sa défense à la demande de la partie Y tendant à la fixation de la résidence principale auprès d'elle. La motivation des juges d'appel dans le cadre du réexamen de la question fixation de la résidence habituelles des enfants communs, se lit comme suit :

« La décision relative à la détermination de la résidence habituelle d'un enfant doit prendre en considération de nombreuses circonstances de fait tenant à l'enfant et aux parents, dont généralement aucune n'est décisive, mais dont chacune a un poids plus ou moins important dans la formation de l'intime conviction du juge. Ainsi, le juge tiendra compte non seulement des besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, mais encore de son âge, de sa santé, de son caractère et de son milieu familial. La notion du meilleur intérêt de l'enfant est une question d'équilibre entre ses divers besoins.

Dans la présente espèce, la Cour est convaincue que les deux parents sont très attachés à leurs deux enfants et sont tous les deux en mesure de leur offrir une situation matérielle et une éducation appropriées. Il découle des éléments du dossier que chacun des parents fait preuve d'amour et d'attention envers les enfants A) et B), qui sont attachés aux deux parents.

Quant aux autres circonstances de fait permettant de forger la conviction de la Cour, il y a lieu de constater que les deux enfants sont encore très jeunes. A) aura sept ans en août prochain tandis qu'B) a eu cinq ans le 31 mai dernier ; les enfants ont toujours vécu ensemble et l'agent de probation qui a procédé à l'enquête sociale, de même que les enfants décrivent l'ambiance familiale auprès de la mère comme paisible et sereine.

Au vu de ces considérations, il y a lieu de maintenir la résidence habituelle des enfants communs mineurs A) et B) auprès de leur mère.

Concernant le système de résidence alternée, la Cour relève ici encore que c'est également l'intérêt des enfants qui doit passer avant toute autre considération. Ainsi, même si le système de la résidence alternée présente l'avantage de mettre les parents sur un strict pied d'égalité, il faut veiller à ce que les relations des enfants avec leurs deux parents soient avant tout équilibrées, sans être obligatoirement égalitaires. Il faut garantir une stabilité et une sécurité dans la vie quotidienne de l'enfant qui fonctionnent correctement et contribuent à son développement harmonieux.

Il est généralement admis que la résidence alternée présente des désavantages pour de très jeunes enfants et cela jusqu'à l'âge de six ans. D'après de nombreux pédiatres, psychologues et pédopsychiatres, ce système peut, en effet, engendrer des traumatismes, surtout chez les tout petits car, pour eux, le père et la mère ne sont pas à égalité, même si leurs rôles sont complémentaires (cf. à ce sujet l'article

du Dr. M. Berger « Le droit d'hébergement du père concernant un bébé », Revue Dialogue 2002, n°155, p. 90-104).

En l'espèce, la Cour relève que l'enfant commune B) vient d'avoir cinq ans le 31 mai dernier, de sorte que l'âge de l'enfant s'oppose à une alternance avec hébergement égalitaire, cette modalité ayant le désavantage d'obliger l'enfant, lors de chaque changement, de se réadapter à un nouveau rythme dans un nouvel environnement. Quant à A), qui aura sept ans en août prochain, il y a lieu de tenir compte du fait que le frère et la sœur s'entendent très bien et aiment être ensemble, de sorte qu'une séparation de la fratrie, afin de soumettre chacun des enfants à un régime différent, n'est pas indiqué.

Il s'y ajoute qu'A) a déclaré, lors de son audition dans le cadre des enquêtes sociales, qu'il préfère vivre auprès de sa mère, qu'il préférerait ne pas passer la nuit chez son père, ou alors seulement une nuit par semaine. Il regrette également qu'il soit obligé d'aller déjeuner chez son père les lundis et mercredis à midi, alors qu'il souhaiterait rester à la maison-relais avec ses copains. B), quant à elle, déclare qu'elle préférerait dormir tous les soirs dans son lit au domicile de sa mère et que celle-ci lui manque lorsqu'elle est chez son père. Parmi les choses qu'elle dit aimer faire lorsqu'elle est chez son père, c'est jouer et manger avec son frère (cf. rapport du SCAS du 26 février 2019). Cette déclaration spontanée démontre l'importance de son frère dans son univers.

L'appel d'X relatif à la résidence habituelle des enfants communs mineurs n'est, partant, pas fondé. »[5]

Il en appert que le jeune âge des enfants communs mineurs, la nécessité de la cohabitation de la fratrie, tout comme l'ambiance familiale et paisible au domicile de la mère, cette dernière étant soutenue par les dires conjoints des enfants communs auprès de l'enquêteur social, ont amené les juges d'appel à maintenir la résidence habituelle des enfants aux domicile de la mère.

Même si les juges d'appel n'ont pas explicitement écarté le raisonnement de l'appelant tendant à l'écartement de leurs déclarations, ils l'ont fait implicitement mais nécessairement et ce sans contrevenir à l'obligation de motivation leur incombant, les magistrats d'appel ne devant pas répondre à chaque détail de l'argumentaire développé par une partie à l'appui d'un moyen d'appel et la motivation de leur décision et leur réponse à un chef de conclusions pouvant être implicite[6].

Aux termes de la deuxième branche, qui semble viser le volet de l'appel tendant à la réformation des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement du père, le demandeur en cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir failli à son obligation de motivation en se référant au jugement dont appel et en se basant sur la maladie d'X pour confirmer le 1ier juge.

La motivation des magistrats d'appel se lit comme suit :

[5] cf. p. 5 et 6 de l'arrêt dont pourvoi
[6] Cass. 17.10.1985, P.26, p. 303; Cass. n° 93/2017 du 14.12.2017, n° 3883 du registre

« Quant à la réformation du droit de visite et d'hébergement réclamée par l'appelant pour les vacances, la Cour estime que les modalités d'exercice de ce droit retenues par le juge de première instance sont adaptées à l'âge des enfants, à la maladie de leur père et à des impératifs d'organisation domestique. Ainsi, à la veille de vacances avec leur père, il faut permettre aux enfants de rentrer à la maison après l'école pour y préparer leur valise, de même qu'à la fin des vacances passées avec leur père, il est indiqué que les enfants retrouvent leur rythme à la veille de la rentrée et organisent leur retour à l'école au lieu de leur résidence habituelle.

La Cour fait également siens les développements du juge de première instance, qu'elle estime justes et adaptées à la santé d'X concernant les limitations de distance et la présence nécessaire d'un second adulte lors de trajets effectués avec les enfants et durant les nuits que les enfants mineurs A) et B) seront amenés à passer auprès de leur père. Pour les mêmes raisons, la Cour confirme également le jugement du 21 mars 2019 concernant la suppression du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard de l'enfant dont la maladie sera dûment documentée par un certificat médical.

Il convient de confirmer le jugement entrepris à ces égards. »[7]

Les juges d'appel, par la motivation ci-avant reproduite, ont par des motifs propres tendant à la maladie du demandeur en cassation et pour le surplus par renvoi aux motifs du 1ier juge pourvu à leur obligation de motivation. Cette dernière est entendue de façon large et indulgente, le procédé le plus couramment utilisé étant celui de l'adoption des motifs des premiers juge par les juges d'appel[8]. Le moyen, pris en sa deuxième branche, n'est dès lors pas fondé.

Aux termes de la troisième branche du moyen de cassation sous examen, le demandeur en cassation reproche aux juges d'appel de s'être adonnés à « *une motivation insuffisante et incohérente, voire faussée concernant la fixation de la résidence habituelle des enfants avec la conséquence qu'elle est fixée auprès de la mère et non alternativement.* »

D'une part les magistrats d'appel, par les développements reproduits sous la première brache, ont motivé leur décision sur les points critiqués. D'autre part, sous le couvert de la violation alléguée le demandeur en cassation ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation factuelle entreprise par les juges d'appel, échappant au contrôle de Votre cour. Le moyen, pris en sa dernière branche n'est dès lors pas non plus fondé, voire ne saurait être accueilli.

Quant au 2ième moyen de cassation :

Le 2ième moyen de cassation, subdivisé en trois branches, est tiré de la violation des articles 8 et 14 de la CEDH, ainsi que de l'article 23 de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées.

Le demandeur en cassation vise aux termes de la première branche la violation par les juges d'appel de l'article 8 de la CEDH, garantissant le droit à la vie privée et familiale, en ce qu'ils basent leur décision sur la maladie du père pour restreindre le droit de visite et

[7] cf. p. 6 et 7 de l'arrêt dont pourvoi
[8] J. et L. BORE, La cassation en matière civile, édition 2015/16, n° 77.241 ; Cass n° 89/2017 du 7.12.2017, n° 3898 du registre

d'hébergement du père, aux termes de la deuxième branche la violation de l'article 14 de la CEDH, énonçant le principe de la non-discrimination, en ce qu'ils limitent le droit de visite et d'hébergement du père en se fondant sur son état de santé diminué dû à la sclérose en plaque de laquelle il souffre, aux termes de la troisième branche la violation de l'article 23 de la Convention de l'ONU sur les personnes handicapés en ce qu'ils statuent sur l'état de santé et limitent son droit de visite et d'hébergement compte tenu de son état de santé, alors que les rapports parents-enfants ne peuvent être limités au seul regard du handicap de l'un des parents.

A relire les développements du demandeur en cassation en relation avec la première branche, il reproche aux juges d'appel d'avoir retenu le seul état de santé pour confirmer le premier juge qui a soumis l'exercice du droit de visite et d'hébergement pendant le week-end et les vacances scolaires, ainsi que les déplacements et trajets à effectuer à l'accompagnement d'un adulte, et en déduit la violation de l'article 8 de la CEDH. Or, au regard de la motivation ci-avant reproduite sous la deuxième branche du 1ier moyen, la branche sous examen émane d'une lecture erronée de l'arrêt dont appel, les magistrats d'appel ayant pris en considération, outre l'état de santé du père, l'âge des enfants et des considérations d'ordre domestique. Sous ce rapport, il ne saurait être accueilli.

S'y ajoute que le moyen pris en sa première branche ne répond pas aux exigences de précision requise par l'article 10, deuxième alinéa, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation en ce que le demandeur en cassation omet de dire en quoi la décision attaquée encourt le reproche allégué[9], plus particulièrement en quoi les juges du fond, qui ont fixé les modalités du droit de visite et d'hébergement en application de l'article 376-1 du Code civil, ont posé un acte d'ingérence dans le droit à sa vie privée et familiale au sens de la disposition visée au moyen. Sous ce rapport, il est irrecevable.

Pour les mêmes motif le moyen, pris en sa deuxième branche et visant la violation de l'article 14 de la CEDH, est à déclarer irrecevable.

En ce qui concerne la troisième branche du moyen, dans la mesure où il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt attaqué que l'application des dispositions de l'article 23.4 de la Convention de l'ONU sur les Personnes Handicapées du 13 décembre 2006 ait été soulevée devant les juges d'appel, le moyen, pris en sa troisième branche, est irrecevable pour être nouveau et être mélangé de fait et de droit, Votre Cour devant se livrer à des appréciations en fait ne relevant pas sa compétence.

Conclusion :

Le pourvoi en cassation est recevable, mais à rejeter pour le surplus.

Pour le Procureur Général d'Etat,
l'avocat général,

Monique SCHMITZ

[9] cf. Cass. n° 27/5 du 25.06.2015, n° 3487 du registre ; Cass. n° 10/16 du 14.01.2016, n° 3583 du registre ;