N° 40 / 11.
du 16.6.2011.

Numéro 2862 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, seize juin deux mille onze.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Georges SANTER, conseiller à la Cour de cassation,
Joséane SCHROEDER, première conseillère à la Cour d'appel,
Christiane RECKINGER, conseillère à la Cour d'appel,
John PETRY, premier avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

X.), demeurant à L-(…),(…),

demandeur en cassation,

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

e t :

Y.), demeurant à L-(…), (…),

défenderesse en cassation,

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

en présence de :

1) Maître Anne ROTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, représentant et assistant les mineurs (…), et (…),

2) le MINISTERE PUBLIC, partie jointe.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions de l'avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Vu les décisions attaquées qui sont : un arrêt rendu en date du 6 juillet 2010 par la Cour d'appel, chambre de la jeunesse, un arrêt rendu en date du 19 janvier 2010 par la même juridiction, un jugement rendu en date du 5 juin 2009 ainsi qu'un jugement rendu en date du 19 décembre 2008 par le tribunal de la jeunesse de Luxembourg ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 6 septembre 2010 par X.) à Y.), déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le même jour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 21 octobre 2010 par Y.) à X.), déposé le 29 octobre 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu que le pourvoi est irrecevable pour autant que dirigé contre les deux jugements rendus par le tribunal de la jeunesse de Luxembourg, s'agissant là de décisions non rendues en dernier ressort ;

Qu'il est encore irrecevable pour autant que dirigé contre l'arrêt du 19 janvier 2010 étant donné que la Cour d'appel, tout en confirmant le jugement du 5 juin 2009 en ce que le tribunal de la jeunesse avait dit non fondée la demande principale tendant à la suppression du droit de visite, mais fondée la demande subsidiaire en réduction et dit que l'exercice du droit de visite de X.) sera limité aux rencontres organisés au Treffpunkt à Schifflange, n'a rendu qu'une décision provisoire en attendant de statuer au vu des nouvelles mesures ordonnées, sur un éventuel rétablissement de l'exercice des droits de visite et d'hébergement au domicile de Y.), et qu'elle avait à cet effet refixé l'affaire pour continuation des débats ;

Que le pourvoi, introduit dans les forme et délai de la loi, est recevable pour le surplus ;

Sur le premier moyen de cassation :

Ayant trait à l'absence de motif grave justifiant la suspension du droit de visite et d'hébergement de X.) pour une durée indéterminée,

<u>Première branche</u>:

tiré *« de la violation de l'article 89 de la Constitution combiné à l'article*

302 du Code civil ;

Attendu que l'article 302 du Code civil prévoit qu'<< Un droit de visite et d'hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des père et mère qui n'a pas obtenu la garde des enfants >>

Qu'en l'espèce la suspension pour une durée indéterminée du droit de visite et d'hébergement s'analyse en un refus du droit de visite et d'hébergement ;

Qu'en l'espèce, il n'y a aucun motif grave justifiant la suspension du droit de visite et d'hébergement de X.);

Que la requête en suspension du droit de visite et d'hébergement était motivée par le fait que les enfants refuseraient catégoriquement d'accompagner leur père ;

Que (...) entendue par le juge (confère arrêt du 19 janvier 2010) a exposé n'avoir plus envie de voir son père parce qu'elle se plaint que c'est ennuyeux chez lui et laisse clairement sous entendre qu'elle préfère être en compagnie de ses copines plutôt que de son père ;

Que la Cour statue d'ailleurs initialement en faveur du maintient du droit de visite et d'hébergement en faveur du père mais en ordonnant pendant une période transitoire que ce droit s'exercera au service Treffpunkt, afin de rapprocher de nouveau les enfants du père, dans le but que le droit de visite puisse ensuite se dérouler dans des conditions normales au domicile du père ;

Qu'elle justifie sa décision en précisant que si les deux enfants n'ont pour le moment manifestement plus envie de voir leur père, la Cour estime néanmoins que le seul fait que les enfants s'y ennuient et qu'ils préfèrent rester auprès de leur mère ou leurs amis n'est pas suffisant pour couper tout contact entre le père et ses enfants, << une telle décision ayant comme conséquence inévitable d'éloigner encore davantage le père et les enfants et débouchant tôt ou tard dans un clivage définitif >> ;

Qu'il est de jurisprudence qu'est insuffisant le fait que les enfants ne souhaitent pas voir leur père (Civ 2ème 29 avr 1998, BulI civ N° 133) pour refuser le droit de visite et d'hébergement ;

Que selon un arrêt de la Cour du 20 novembre 2009 (19, 169) le droit de visite constitue un droit naturel que les tribunaux peuvent réglementer quant au nombre et à la duré des visites, mais dont ils ne peuvent priver celui des époux qui, après l'admission du divorce, n'a pas obtenu la garde des enfants, à moins qu'il n'existe des circonstances tout à fait exceptionnelles ;

Qu'en l'espèce de telles circonstances exceptionnelles n'existent pas ;

Qu'en outre, la Cour n'a pas motivé sa décision, et n'a pas précisé quels seraient le ou les motifs graves qui justifieraient le refus d'un droit de visite et d'hébergement ;

Qu'au contraire dans l'arrêt interlocutoire qui a été rendu en date du 19 janvier 2010, la Cour conclut au fait que Monsieur << X.) a donc fait preuve de sa capacité de s'occuper pleinement d'un enfant ; ses capacités éducatives n'ont d'ailleurs pas été mises en question par l'assistante sociale qui a dressé son rapport en 2007 ;

Que l'arrêt doit partant être cassé pour avoir été pris en violation de l'article 302 alinéa 3 du Code civil ; aucun motif grave ne justifiant le refus, respectivement la suspension, pour une durée indéterminée du droit de visite et d'hébergement ;

Qu'en outre la décision de la Cour est arbitraire et manque de base légale, à défaut d'être motivé conformément à l'article 89 de la Constitution qui impose aux décisions judiciaires d'être motivées et que cette condition ne se trouve pas remplie en l'occurrence ;

Qu'en effet, l'arrêt ne précisé pas la base légale et quels serait le ou les motifs graves qui justifieraient le refus, respectivement la suspension, pour une durée indéterminée du droit de visite et d'hébergement ;

Qu'en outre le juge doit prendre en considération l'intérêt de l'enfant et rechercher en fait quel est l'intérêt de l'enfant compte tenu des circonstances de la cause, il ne peut déléguer son pouvoir en subordonnant l'exécution de leur décision à la discrétion des enfants (Civ 2ème 7 oct 1987, bull civ II, N°190, 22 oct 1997, bull civ Il, N°255) ;

Que la Cour n'est nullement tenue de suivre la proposition de l'une des parties ;

Qu'en l'espèce, la Cour pour refuser le droit de visite et d'hébergement a pourtant seulement pris en considération la proposition de la mère de faire dépendre le droit de visite et d'hébergement de la volonté des enfants et pour considérer que ce serait un poids trop grand pour (...), et suspendre de ce fait tout droit de visite et d'hébergement ;

Que les arrêts méritent partant d'être cassés, la Cour ayant privé sa décision de base légale au regard de l'article 302 alinéa 3 du Code civil et de l'article 89 de la Constitution ;

<u>Deuxième branche</u> :

Violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique est nécessaire à la protection des droits et liberté d'autrui ;

Qu'il est de principe que l'enfant, sauf motif grave ne doit pas être séparé

de ses parents et doit pouvoir entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents. Les tribunaux nationaux violent l'article 8 s'ils n'examinent pas soigneusement l'affaire et n'exercent pas raisonnablement leur pouvoir d'appréciation ;

Que la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 consacre dans ses articles 9 et 10 le droit de l'enfant de n'être pas séparé de ses parents et, en cas de séparation de l'enfant de ses deux parents ou de l'un d'eux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents ;

Que les décisions judiciaires qui attribuent la garde de l'enfant ou l'exercice de l'autorité parentale relativement à l'enfant à un parent interfère nécessairement avec le droit d'un des parents au respect des ses relations familiales ;

Qu'aux termes de l'article 8 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale. . . et l'article 8 paragraphe 2 ne permet l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui dans une société démocratique, est nécessaire à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ;

Que l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme protège l'individu non seulement contre les ingérences des pouvoirs publics, mais il crée également au profit des justiciables des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder contre les atteintes par les autorités publiques et celles commises par les individus ;

Que suivant les organes de la Convention, les décision relatives à l'attribution de la garde de l'enfant à un des ses parents et au refus et au droit de restriction du droit de visite d'un parent ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme si les tribunaux nationaux compétents ont examiné soigneusement l'affaire et exercé raisonnablement leur pouvoir d'appréciation (Convention des droits de l'Homme, commentaire article par article, sous ta direction de LE Pettiti, E Decaux, PH Imbert, p 343 et décisions y citées) ;

Qu'a contrario les décisions prises en la matière violent l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme si les tribunaux nationaux n'examinent pas soigneusement l'affaire et n'exercent pas raisonnablement leur pouvoir d'appréciation ;

Qu'en l'espèce, la Cour, ainsi que le premier juge n'a pas pris en considération l'ensemble des faits avant de prendre une décision ayant pour effet de suspendre tout droit de visite et d'hébergement au père et de violer ainsi le principe du droit à la famille ;

Que la décision n'est pas autrement motivée, violant ainsi l'article 89 de la

constitution ;

Que partant la décision est dénuée de base légale et est purement arbitraire;

Qu'en conséquence l'arrêt entrepris mérite d'être cassé » ;

Sur la première branche :

première sous-branche tirée de la violation de l'article 89 de la Constitution :

Mais attendu que la violation de l'article 89 de la Constitution qui constitue un vice de forme sanctionne le défaut complet de motifs ;

Que l'arrêt est motivé sur le point concerné ;

Que le moyen, en cette sous-branche, ne saurait être accueilli ;

Deuxième sous-branche tirée de la violation de l'article 302 alinéa 3 du Code civil :

Mais attendu que le juge d'appel, constatant « que les deux enfants sont actuellement perturbés au plus haut degré, déchirés par la haine qui oppose leurs parents et beaucoup trop jeunes encore pour assurer le poids de faire la part des choses » et concluant que « le mieux pour eux étant d'être laissés tranquilles maintenant et de vivre leur enfance sans être confrontés aux problèmes de couple de leurs parents » a, par ces motifs, exempts d'insuffisance, légalement justifié sa décision de suspendre pour une durée indéterminée le droit de visite et d'hébergement de X.) pour ses enfants (…) et (…) ;

Que le moyen n'est pas fondé dans cette deuxième sous-branche ;

Sur la deuxième branche :

Attendu que sous l'intitulé « des positions attaquées » le demandeur en cassation vise l'arrêt du 6 juillet 2010 ;

Mais attendu qu'il ne résulte pas des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard que ce moyen ait été invoqué devant le juge du fond ;

Qu'il est nouveau ;

Que mélangé de fait et de droit, il est irrecevable ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

« Ayant trait à la violation de l'autorité de la chose jugée

Attendu que Monsieur X.) fait grief aux arrêts attaqués ainsi qu'aux deux jugements de première instance du 19 décembre 2008 et du 5 juin 2009 de ne pas avoir débouté Madame Y.) de sa demande en suspension du droit de visite et d'hébergement de Monsieur X.) au motif que sa demande se heurtait, au moyen d'ordre public, pourtant soulevé par le demandeur en cassation, de l'autorité de la chose jugée et a partant violé l'article 1351 du Code civil ;

Qu'en procédant ainsi la Cour a également violé le principe du procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial ;

Attendu en effet que la question du droit de visite et d'hébergement avait fait l'objet d'une décision définitive par un arrêt rendu en date du 26 juin 2008 par ta Cour Supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg, chambre d'appel de la jeunesse ;

Que selon cet arrêt, la Cour a attribué à Monsieur X.) un droit de visite et d'hébergement à exercer un week end sur deux ainsi que la moitié des vacances scolaires ;

Que par l'introduction de sa requête le 14 octobre 2008, soit moins de quatre mois après l'arrêt de la Cour, Madame Y.) ne pouvait introduire à nouveau une discussion sur le droit de visite et d'hébergement de Monsieur X.) sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à cet arrêt ;

Qu'en effet, dans le cadre des débats ayant abouti à l'arrêt du 26 juin 2008, Madame Y.) a interjeté appel incident et conclut à voir dire que le droit de visite à accorder à X.) devrait se limiter au premier samedi de chaque mois, ce au vu notamment de l'attitude affichée par les enfants jusqu'à maintenant lorsqu'il s'agit d'aller chez leur père, invoquant le refus des enfants d'aller chez leur père ;

Que la Cour a pourtant étendu le droit de visite et d'hébergement du père alors que ces éléments de faits ont été débattus devant la Cour ;

Que par requête datée du 14 octobre 2008, Madame Y.) a sollicité la suspension du droit de visite et d'hébergement au motif que les enfants refusent catégoriquement d'accompagner leur père ;

Que partant il y avait bien autorité de la chose jugée, la demande ayant été la même, étant fondée sur la même cause et entre les mêmes parties ;

Que si une circonstance nouvelle peut priver une décision rendue de l'autorité de la chose jugée à l'égard de la demande dont une autre juridiction est ultérieurement saisie, encore faut il que cette circonstance ne soit pas effectivement survenue ni n'ait été connue des parties à l'époque où le juge s'est prononcé, pour la première fois, sur la demande ;

Qu'en l'espèce, il n'y a eu aucune circonstance nouvelle pour priver la décision rendue de l'autorité de la chose jugée ;

Que partant les premiers juges, respectivement la Cour aurait dû déclarer la demande de Madame Y.) déposée par requête en date du 14 octobre 2008 et ayant abouti aux jugements du 19 décembre 2008 et du 5 juin 2009 ainsi qu'aux arrêts du 19 janvier 2010 et du 6 juillet 2010, irrecevable en raison de l'autorité de la chose jugée ;

que l'arrêt mérite partant d'être cassé pour avoir violé l'article 1351 du Code civil ainsi que le principe du procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme » ;

Attendu qu'il ne résulte ni de l'arrêt attaqué ni des pièces de la procédure auxquelles la Cour de cassation peut avoir égard que le moyen tiré des articles 1351 du Code civil et de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ait été invoqué devant la Cour d'appel ;

qu'il est nouveau et que mélangé de fait et de droit, il est irrecevable ;

Par ces motifs,

déclare irrecevable le pourvoi pour autant que dirigé contre les jugements rendus en date des 19 décembre 2008 et 5 juin 2009 rendus par le tribunal de la jeunesse de Luxembourg et contre l'arrêt du 19 janvier 2010 ;

déclare le pourvoi recevable pour autant que dirigé contre l'arrêt du 6 juillet 2010 ;

le rejette ;

condamne le demandeur en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur John PETRY, premier avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.