A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, deux février deux mille onze

Numéro 35750 du rôle.

Composition :

Marc KERSCHEN, premier conseiller , président;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Pierre CALMES, conseiller ;
Christiane BISENIUS, avocat général ;
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice GLODEN Josiane d'Esch-sur-Alzette en date du 10/02/2010,

comparant par Maître Jean TONNAR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à (…)

intimé aux fins du prédit exploit GLODEN,

comparant par Maître Joëlle CHOUCROUN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur les demandes en divorce, principale de B et reconventionnelle de A, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 17 décembre 2009, dit ces demandes recevables et fondées sur base de l'article 1779 du code civil portugais, prononcé le divorce aux torts réciproques des parties, dit qu'il sera procédé à la liquidation et au partage de la communauté de biens ayant existé entre parties et à la liquidation de leurs reprises éventuelles, confié la garde des trois enfants communs mineurs X, né le 16 décembre 1997, Y, né le 3 novembre 2000, et Z, née le 10 juillet 2002, à B, accordé à A un droit de visite pour les trois enfants communs à exercer un samedi sur deux dans le cadre du service Treffpunkt, suivant les modalités à fixer par ce service, dit qu'il est prématuré d'accorder un droit d'hébergement au père, condamné A à payer à B une pension alimentaire mensuelle de 300 euros, à raison de 100 euros par enfant et par mois à titre de contribution à l'entretien des trois enfants communs mineurs, allocations familiales non comprises, dit irrecevable la demande de B en obtention de dommages et intérêts sur base de l'article 301 du code civil, dit recevable, mais non fondée, la demande en obtention de dommages et intérêts sur base des articles 1382 et 1383 du code civil et dit non fondée la demande de B en obtention d'une indemnité de procédure.

Les juges de première instance ont notamment dit qu'il n'existait aucune raison justifiant, dans l'intérêt des enfants, un transfert de garde au profit du père et qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande du père en obtention d'un droit de visite et d'hébergement le plus large possible malgré le fait que la plainte déposée par B contre A du chef d'abus sexuels commis sur l'enfant Z ait fait l'objet d'une décision de non-lieu dès lors que les deux garçons ont déclaré ne plus vouloir passer les fins de semaine avec leur père et que l'enquêtrice sociale doute de la garantie du bien-être moral et physique de l'enfant dans le milieu paternel.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 10 février 2010.

Il demande à la Cour de lui confier, par réformation du jugement entrepris, la garde des enfants communs mineurs X, né le 16 décembre 1997, Y, né le 3 novembre 2000, et Z, née le 10 juillet 2002, sinon en ordre subsidiaire d'instituer une enquête sociale pour constater dans quel milieu les enfants évolueront au mieux, sinon en ordre plus subsidiaire, pour le cas où la garde des enfants serait attribuée à la mère, de lui accorder un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième week-end du vendredi 18.00 heures au dimanche 20.00 heures et pendant la moitié des vacances

scolaires. A sollicite encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 800 euros.

A soutient que la mère, après avoir quitté le domicile conjugal pour aller s'installer avec son amant au Portugal, se serait désintéressée de ses enfants qui auraient été élevés pendant plus de 18 mois par l'appelant, ensemble avec la tante des enfants, sa sœur; qu'après son retour du Portugal elle se serait à nouveau intéressée au sort des enfants pour en revendiquer la garde; qu'après de multiples revirements et notamment une plainte contre A pour abus de confiance, plainte qui aurait abouti à un non-lieu et qui était uniquement destinée à lui faire enlever le droit de visite, B aurait obtenu la garde des enfants.

Il reproche à B d'avoir immédiatement mis à exécution le jugement rendu en première instance nonobstant le fait qu'il ne se trouve pas coulé en force de chose jugée pour lui refuser tout droit de visite.

B demande à la Cour de dire que la garde des trois enfants communs doit être attribuée à la mère, de dire qu'il est prématuré d'accorder un droit d'hébergement au père, partant de confirmer le jugement de première instance, de débouter B de l'ensemble de ses demandes, de lui donner acte qu'elle s'oppose à une nouvelle enquête sociale et de condamner A au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans les formes et délai de la loi.

Les rétroactes de l'affaire sont les suivants :

Par ordonnance de référé du 17 mars 2006 la garde des trois enfants communs avait été confiée au père eu égard au fait que la mère avait quitté le domicile conjugal pendant six mois, laissant la garde des enfants à leur père.

Par arrêt du 12 juillet 2006 la Cour d'appel, siégeant en matière de référé, avait communiqué le dossier au ministère public aux fins de réaliser une enquête sociale.

Par arrêt du 28 février 2007 la Cour d'appel a confié la garde des deux enfants X et Y à leur mère et celle de l'enfant Z au père, tout en accordant un droit de visite et d'hébergement au père sur les enfants X et Y et un droit de visite et d'hébergement à la mère sur l'enfant Z chaque deuxième week-end du samedi après l'école au dimanche soir à 19.30 heures et la moitié des vacances scolaires et en plus une après-midi toutes les deux semaines en ce qui concerne l'enfant Z.

Par ordonnance de référé du 27 juin 2008 la garde de l'enfant Z fut transférée à la mère, le père se voyant accorder un droit de visite et d'hébergement sur les trois enfants communs chaque deuxième samedi après l'école jusqu'au dimanche, 19.00 heures, et pendant la moitié des vacances scolaires.

Le juge des référés, après avoir relevé qu'une plainte avait été déposée contre A auprès du juge d'instruction du chef d'abus sexuels sur l'enfant Z et qu'il n'était pas de sa compétence pour juger A sur les faits lui reprochés, a ordonné le transfert de garde dans l'unique but de protéger la santé tant physique que morale de Z, aussi longtemps que l'instruction pénale n'est pas clôturée, et compte tenu de ce qu'il est tout à fait inhabituel et surtout psychologiquement contre-indiqué de séparer une fratrie dont les parents sont en instance de divorce.

Le juge des référés a retenu que le comportement de la mère supporte à plusieurs égards certaines critiques; qu'elle est non seulement matériellement très intéressée mais mène encore une vie amoureuse instable, qu'elle change souvent de logement, attitude qui ne contribue pas à favoriser un environnement stable et équilibré à trois enfants en bas âge ; que finalement le discours qu'a mené la mère lors de la comparution des parties dévoile de plus en plus qu'elle tente d'exercer une aliénation parentale sur les trois enfants, qu'elle fait tout pour empêcher voire pour détruire les relations entre le père et ses trois enfants, l'audition des deux garçons ayant révélé que les enfants qui mènent déjà le même discours haineux à l'égard de leur père que le fait la mère sont totalement manipulés par leur mère.

La crainte que le comportement de la mère aboutisse à une aliénation parentale entre les enfants et leur père est d'autant moins à écarter que les abus sexuels qu'elle a reprochés à A se sont révélés inexistants, la plainte déposée par B ayant fait l'objet d'un non-lieu, et que l'intimée ne conteste pas avoir immédiatement mis à exécution le jugement de première instance pour s'opposer à l'exercice du droit de visite accordé au père par le juge des référés, nonobstant le fait que le jugement de première instance n'est pas à exécuter provisoirement.

Comme les rapports d'enquête sociale sur lesquels les juges de première instance se sont basés remontent respectivement au 18 octobre 2006 et au 16 avril 2008, soit à peu près à 3 et 4 ans, la Cour estime nécessaire, avant de statuer sur le droit de garde et le droit de visite et d'hébergement, d'ordonner une nouvelle enquête sociale afin d'obtenir de plus amples renseignements sur le milieu de vie et la personnalité des parties, sur leurs aptitudes à assumer la garde des enfants dans l'intérêt de leur bien-être physique et moral et sur les dispositions affectives des enfants à l'égard de leur père et mère.

Par ces motifs :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, le représentant du ministère public entendu en ses conclusions ;

reçoit l'appel en la forme ;

avant tout autre progrès en cause:

communique le dossier à Monsieur le Procureur Général d'Etat pour voir procéder à une enquête sociale portant sur le milieu de vie et la personnalité de A et de B, sur leurs aptitudes à assumer la garde des enfants dans l'intérêt de leur bien-être physique et moral et sur les dispositions affectives des enfants à l'égard de leur père et mère ;

réserve les dépens.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique de ce jour par Marc KERSCHEN, premier conseiller, président, en présence du greffier Antoinette PASCUCCI.