Arrêt civil

Audience publique du trente avril deux mille quatorze

Numéro 40397 du rôle

Composition :

Christiane RECKINGER, premier conseiller, président,
Nathalie JUNG, conseiller,
Marie MACKEL, conseiller,
Guy ROSEN, greffier assumé.

E n t r e :

A),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 30 juillet 2013,

comparant par Maître Marc THEISEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B),

intimé aux fins du prédit exploit NILLES,

comparant par Maître Astrid BUGATTO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Statuant sur la demande en divorce de A), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 27 juin 2013, s'est déclaré territorialement compétent pour en connaître, a dit la demande en divorce de A) recevable et fondée, a prononcé le divorce entre parties aux torts d'B), a dit qu'il sera procédé aux opérations de liquidation et de partage de la communauté légale de biens existant entre parties et à la liquidation de leurs reprises éventuelles, a commis à cette fin, Maître D), notaire de résidence à Luxembourg, a confié la garde de l'enfant commun mineur C) à A), a accordé à B) un droit de visite à exercer chaque deuxième samedi de 9.00 heures à 19.00 heures, sans interruption pendant les vacances scolaires, à l'exception de toute période pendant laquelle A) partirait en vacances avec ledit enfant, ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement à exercer pendant une période de deux semaines durant les vacances scolaires d'été à condition qu'B) parte en vacances avec ledit enfant à une date à déterminer entre les parties, sinon pendant les deux premières semaines des vacances scolaires d'été et dit que chacune des parties avertira l'autre de sa destination précise de vacances lorsqu'elle partira en vacances avec l'enfant à l'étranger.

B) a également été condamné à payer à A) une pension alimentaire de 75 euros par mois au titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun mineur, le tribunal donnant acte aux parties de leur accord qu'B) payera à A) une pension alimentaire de 150 euros par mois au titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun mineur C), dès qu'il exercera un travail à plein temps ou percevra des indemnités de chômage correspondant à un travail à plein temps.

Le tribunal d'arrondissement a encore donné acte à A) de sa renonciation à sa demande en obtention d'une pension alimentaire à titre personnel, dit sans objet la demande de A) en autorisation de résidence séparée, dit recevable, mais non fondée la demande en exécution provisoire du jugement à intervenir quant aux mesures accessoires, dit irrecevable la demande de A) sur base de l'article 131-du nouveau code de procédure civile et dit recevable, mais non fondée la demande de A) en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

A) a régulièrement relevé appel de ce jugement, qui n'a pas été signifié aux parties, par exploit d'huissier de justice du 30 juillet 2013, l'appel ayant été limité aux mesures accessoires concernant l'enfant C).

Elle demande, par réformation du jugement entrepris :

- principalement à voir dire qu'il n'y a pas lieu d'accorder de droit d'hébergement à B), subsidiairement à voir dire que, si la Cour devait attribuer un droit d'hébergement à B), que ce droit soit subordonné à l'existence effective et vérifiée des conditions d'hébergement adéquates,

- à voir dire que la durée du droit d'hébergement octroyé à B) ne saurait excéder 24 heures ,

- à voir ordonner une expertise aux fins de déterminer les compétences parentales d'B),

- à voir ordonner une enquête sociale quant aux conditions d'hébergement proposées par B).

L'intimé relève appel incident et demande à la Cour de dire que l'autorité parentale sur l'enfant commun sera exercée conjointement par les deux parents et il demande à se voir attribuer un droit de visite élargi.

Il réclame encore le paiement d'une indemnité de procédure de 750 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Quant au droit de visite et d'hébergement

L'appelante soutient à l'appui de son appel que c'est à tort que les juges de première instance ont confié au père le droit de prendre en charge l'enfant commun C) pendant une période de deux semaines pendant les vacances scolaires d'été, alors qu'il ne serait pas en mesure de s'en occuper ne serait-ce que pendant une demi-journée. L'appelante estime que l'intimé ne dispose ni des qualités parentales, ni des moyens financiers pour accueillir l'enfant, ce dont de nombreux témoins pourraient attester.

Elle reproche à l'intimé d'avoir un comportement irresponsable vis-à-vis de l'enfant dans le sens où il le laisserait par moments sans surveillance, qu'il resterait souvent des semaines sans exercer son droit de visite et sans se soucier du bien-être de son fils, qu'il n'aurait pas hésité à faire preuve de violence physique et verbale envers l'appelante et ce même devant l'enfant. Il ne se serait jamais impliqué dans l'éducation de son fils, de sorte qu'il y aurait lieu d'ordonner autant une expertise psychologique sur les compétences parentales de l'intimé, qu'une enquête sociale portant sur les conditions d'hébergement proposées par l'intimé. Elle fait noter que l'intimé ne travaille pas et ne dispose d'aucun revenu lui permettant de payer un loyer mensuel relatif à un logement où il pourrait accueillir C).

B) réfute les reproches formulés à son encontre quant à ses qualités éducatives. Il résulterait d'attestations testimoniales qu'il verse en cause qu'il prend son rôle de père très au sérieux. Il reconnaît cependant ne pas être actuellement en mesure d'héberger son fils, dans la mesure où il ne dispose pas d'un logement adéquat. Il affirme exercer un droit de visite hebdomadaire.

Il relève appel incident contre le jugement du 27 juin 2013 en ce qu'il ne lui a accordé qu'un droit de visite chaque deuxième samedi, ce qui serait manifestement insuffisant pour maintenir le contact avec son fils et ce qui ne reflèterait pas la situation actuelle. Tout en reconnaissant qu'actuellement il n'est pas en mesure d'exercer un droit d'hébergement chaque deuxième week-end, étant donné qu'il ne dispose pas d'un logement adéquat, il sollicite un droit de visite et d'hébergement chaque samedi de 9.00 heures à 19.00 heures, même pendant les vacances scolaires, dans la mesure où ceci correspondrait à l'exercice du droit hebdomadaire tel qu'exercé actuellement. Il estime également que le droit d'hébergement accordé par la juridiction de première instance pendant les vacances d'été n'est pas suffisant. Il conteste la pertinence des attestations testimoniales versées en cause par l'appelante, affirmant qu'il résulte des attestations par lui versées et d'un rapport du service Treffpunkt datant du 10 avril 2012 qu'il assume entièrement son rôle de père. Il reproche à l'appelante de vouloir réduire par tous moyens le contact entre C) et son père.

Il demande à titre principal de pouvoir exercer un droit de visite et d'hébergement pendant les vacances scolaires à convenir entre parties et, à défaut d'accord, pendant la moitié des vacances scolaires.

A titre subsidiaire, il sollicite, à partir du moment où il aura trouvé un logement adéquat afin d'accueillir son fils, un droit de visite et d'hébergement chaque deuxième week-end du vendredi soir à 19.00 heures au dimanche à 19.00 heures, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, en précisant que pour les années paires, il exercera un droit d'hébergement pendant la première semaine des vacances scolaires de Noël, la première semaine des vacances de Pâques, les quatre premières semaines des vacances scolaires d'été et les vacances scolaires d'une semaine en alternance en débutant par celles de la Toussaint, tandis que les années impaires, il demande d'exercer son droit d'hébergement pendant la deuxième semaine des vacances scolaires de Noël, la deuxième semaine des vacances scolaires de Pâques, les quatre dernières semaines des vacances scolaires d'été, et les vacances scolaires d'une semaine en alternance.

Il conclut au rejet de la demande en institution d'une expertise psychologique et il se rapporte à prudence de justice quant à la demande à voir ordonner une enquête sociale.

Les premiers juges ont, à bon droit, rappelé qu'aux termes de l'article 302 du code civil, un droit de visite et d'hébergement du parent qui n'a pas obtenu la garde des enfants communs, ne pourra être refusé que pour des motifs graves et que la juridiction saisie ne saurait statuer pour l'avenir, mais uniquement en fonction de la situation de fait existant à l'époque où elle rend sa décision.

La Cour ajoute que les liens entre un enfant et son père sont aussi nécessaires à son développement harmonieux que ceux qui l'unissent à sa mère, le droit de visite et d'hébergement devant être organisé en fonction des circonstances particulières de chaque espèce pour préserver autant que possible les intérêts de l'enfant. Il ne saurait être restreint qu'exceptionnellement s'il existe des contre-indications sérieuses tirées de l'intérêt de l'enfant, abstraction faite des velléités des parents et d'éventuelles contrariétés par eux ressenties.

En l'occurrence, il ressort des pièces versées en cause, et notamment d'un rapport du service Treffpunkt du 10 avril 2012 et des attestations de témoins que les contacts père-fils se font, depuis le 28 janvier 2012, dans de bonnes conditions. Les témoins attestent non seulement de l'attachement affectif réciproque, mais également du fait qu'B) s'occupe avec soin de son fils lors de leurs rencontres.

Elle ne sont pas contredites par celles versées par l'appelante qui ne se rapportent chacune qu'à un événement unique, lors duquel l'intimé ne se serait pas comporté de façon assez prudente envers son fils, sans précision quant aux qualités éducatives et parentales de l'intimé

Les autres reproches formulés par l'épouse, notamment quant à des violences exercées en présence de l'enfant, laissent d'être prouvés.

Aucun élément de la cause ne permet partant à la Cour de refuser à l'intimé l'exercice d'un droit de visite et de limiter le contact entre l'enfant C) et son père pendant la journée, sans qu'il faille passer par une expertise sur les qualités parentales et éducatives de l'intimé, cette mesure n'étant justifiée par aucun élément de la cause.

Il n'y a cependant pas lieu de fixer un droit de visite hebdomadaire tel que requis par l'intimé, ce système ne laissant aucune liberté à C) et sa mère de se déplacer le week-end. L'exercice régulier, à l'heure actuelle d'un droit de visite hebdomadaire laisse par ailleurs d'être établi.

C'est partant à bon droit que les premiers juges ont accordé au père un droit de visite chaque deuxième week-end. Les conditions de logement actuelles de l'intimé, inadéquates pour accueillir C), tel que l'intimé le reconnait lui-même, s'opposent à lui accorder à l'heure actuelle un droit d'hébergement.

Au vu des éléments repris ci-avant, c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que les premiers juges n'ont accordé au père qu'un droit d'hébergement limité à deux semaines pendant les vacances d'été à condition qu'B) parte en vacances avec l'enfant C).

Rien n'empêche cependant les parents, dans l'intérêt de l'enfant et de la bonne administration de ce droit de visite, d'être plus flexibles par rapport aux périodes accordées, en cas de demande de l'autre époux pour des motifs pertinents et justifiés, comme par exemple les fêtes des pères et mères, respectivement toute autre occasion particulière, sans que le juge ne soit obligé de statuer plus particulièrement par rapport à ces jours.

Dans la mesure où aucun droit d'hébergement au domicile du père n'est accordé à l'intimé, la demande tendant à l'institution d'une enquête sociale sur ses conditions d'hébergement est sans objet.

Le jugement entrepris est partant à confirmer quant à ce volet.

Quant à l'autorité parentale

B) revendique l'autorité parentale conjointe. Ce ne serait que par inadvertance que dans le dispositif du jugement entrepris les juges ne se seraient pas prononcés dans ce sens. Il affirme avoir une bonne relation avec son fils.

L'appelante demande à se voir attribuer l'autorité parentale exclusive au motif qu'B) ne s'impliquerait pas dans la vie de son enfant.

Les premiers juges ont, dans le corps du jugement, en se basant notamment sur une attestation testimoniale de E), connaissance du couple, décidé que l'autorité parentale sur l'enfant commun C) sera exercée conjointement par A) et B).

Le dispositif du jugement ne comporte cependant pas de mention quant à l'attribution de l'autorité parentale.

Or, l'omission de statuer, fût-elle le résultat d'une erreur est réparée par la réformation en instance d'appel de la décision incomplète.

L'autorité parentale se définit comme l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère quant à la personne et aux biens de leurs enfants mineurs non émancipés afin d'accomplir les devoirs de protection, d'éducation et d'entretien qui leur incombent. Elle appartient aux deux parents et doit, en principe, en cas de divorce, continuer à s'exercer conjointement. Elle présuppose, dans ce cas, un large terrain d'entente et une conception indentique ou du moins harmonisable de l'intérêt de l'enfant permettant des décisions unanimes et constructives dans les décisions concernant la garde, la surveillance et l'éducation de l'enfant. Elle présume, en conséquence, une collaboration continue, des rencontres régulières et des discussions positives pour le bien-être de l'enfant. Elle évite le risque de rompre trop vite le lien entre un parent et son enfant et reflète le maintien du couple parental après disparition du couple conjugal. Pour que le juge écarte l'exercice conjoint de l'autorité parentale, il faut des circonstances exceptionnelles et non pas seulement une référence formelle à

«l'intérêt de l'enfant». La configuration substantielle de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est le maintien d'un lien effectif: il ne s'agit pas seulement de préserver le symbole de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais concrètement de susciter des rencontres, des échanges, une continuité des apports éducatifs de chaque parent vers l'enfant jusqu'à la majorité. Ce maintien du lien est l'affaire des deux parents.

Il ne ressort pas des éléments de la cause que A) et B), bien qu'en de mauvais termes, ne sachent pas oeuvrer ensemble pour le plus grand bien de leur enfant. Les reproches faits au père par sa belle-famille, et plus particulièrement par F), mère de l'appelante, laissant entendre qu'il ne serait pas un bon père du fait qu'il méconnaîtrait le bien de l'enfant, ainsi que le grief qu'il serait sans emploi et vivrait dans une chambre exiguë manquant d'hygiène, ne constituent pas, tel qu'il a été relevé à juste titre par les premiers juges, un motif grave permettant de déroger à la règle de l'autorité parentale conjointe. Au contraire, l'engagement d'B) et son implication dans la vie de C) sont attestés par plusieurs témoins.

Les premiers juges ont partant à bon droit conclu que l'autorité parentale devra être exercée conjointement par les deux parents.

Quant à l'indemnité de procédure

B) réclame une indemnité de procédure de 750 euros pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Il bénéficie de l'assistance judiciaire, suivant décision du Bâtonnier du 15 mars 2012.

S'il est vrai que tous les frais relatifs à une instance ne sont pas nécessairement couverts par l'assistance judiciaire, il n'en reste pas moins que l'intimé n'a, en l'occurrence, pas justifié de l'iniquité qu'il y aurait à laisser les frais non compris dans les dépens et non couverts par l'assistance judiciaire à sa charge. Sa demande en obtention d'une indemnité de procédure est dès lors à rejeter.

P a r c e s m o t I f s

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident en la forme;

dit non fondée la demande tendant à l'institution d'une expertise quant aux qualités parentales et éducatives d'B),

dit la demande tendant à voir ordonner une enquête sociale sur les conditions d'hébergement d'B) sans objet,

réformant,

dit que A) et B) exerceront en commun l ' autorité parentale sur l'enfant commun mineur C), né le 4 septembre 2009 ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus;

rejette la demande d'B) en obtention d'une indemnité de procédure basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

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