

Arrêt N° 87/17 – II – REF.DIV.

Audience publique du vingt-six avril deux mille dix-sept.

Numéro 44176 du rôle.

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre,
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller,
Karin GUILLAUME, premier conseiller, et
Chris ANTONY, greffier assumé.

E n t r e :

A., demeurant à B-(...)

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Catherine NILLES, en remplacement de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 4 novembre 2016,

comparant par Maître Maria Ana REAL GERALDO DIAS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B., demeurant à L-(...)

intimée aux fins du susdit exploit Catherine NILLES,

comparant par Maître Paulo FELIX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Le juge des référés près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, réglant les mesures provisoires durant la procédure de divorce entre B. et A., a, par ordonnance du 16 septembre 2011, confié à la mère la garde provisoire des enfants communs mineurs C., né le (...), et D., née le (...), tout en accordant au père un droit de visite et d'hébergement. Le père n'ayant pas remis les enfants à la mère après l'exercice de son droit de visite et d'hébergement pendant les vacances d'été 2014, le

retour des enfants auprès de la mère a été ordonné en application des dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Les enfants sont retournés auprès de leur mère au Luxembourg en date du 22 avril 2016 et le père, demeurant en Belgique, a exercé depuis cette date un droit de visite et d'hébergement tous les week-ends du vendredi soir au dimanche soir.

A., faisant état de mauvais traitements des enfants par la mère et de la volonté exprimée par les enfants de retourner vivre auprès de leur père, a saisi le juge des référés d'une demande à se voir confier la garde provisoire des enfants et à voir condamner B. à lui payer une pension alimentaire de 150 euros par mois et par enfant.

Par ordonnance du 19 juillet 2016, le juge des référés a déclaré la demande irrecevable, la preuve de l'existence d'un élément nouveau n'étant pas rapportée.

A. a relevé régulièrement appel de cette ordonnance, qui ne lui avait pas été signifiée, par exploit d'huissier du 4 novembre 2016.

Il réitère les reproches relatifs aux abus sexuels sur l'enfant D., aux violences physiques exercées sur les enfants C. et D. et aux conditions de vie défavorables des enfants auprès de leur mère dont le logement ne serait pas approprié, qui ne leur procurerait pas les soins de santé requis et n'organiserait pas leurs activités de loisirs. L'appelant insiste encore sur la volonté exprimée par les enfants de retourner vivre auprès de leur père, C. ayant même fait plusieurs fugues du domicile de la mère. A. estime que les éléments précités constituent des circonstances nouvelles, dûment établies sur base des attestations testimoniales, rapports de police et autres pièces versées en cause, autorisant le juge des référés à revenir sur sa décision initiale, de sorte que, par réformation de l'ordonnance du 19 juillet 2016, il y aurait lieu de confier au père la garde provisoire des enfants communs et de condamner B. à lui payer une pension alimentaire de 300 euros par mois et par enfant. A titre subsidiaire, l'appelant sollicite un droit de visite et d'hébergement chaque week-end du vendredi soir au dimanche soir ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires.

L'appelant demande encore à voir nommer un avocat pour défendre les intérêts des enfants et il demande, le cas échéant, à voir entendre les enfants en application de l'article 388-1 (3) du code civil.

A l'audience de la Cour, A. a exposé que par mesure de garde provisoire du 30 janvier 2017, le juge de la jeunesse a ordonné le placement avec effet immédiat des mineurs C. et D. au Centre polyvalent pour enfants de la Fondation X.. Le foyer a accordé au père un droit de visite et d'hébergement tous les week-ends et à la mère un droit de visite exceptionnel, en présence d'un membre du personnel du foyer, et un suivi psychologique des enfants a été mis en place.

Le mandataire de l'appelant est d'avis que la Cour est compétente pour connaître de sa demande, estimant que la décision de la Cour ne

s'exécutera « qu'une fois la prise de décision définitive du tribunal de la jeunesse quant à la garde des enfants. »

B. s'est rapportée à la sagesse de la Cour concernant toutes les demandes de l'appelant.

Il se dégage de l'article 11 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse que les parents, tuteurs ou autres personnes qui ont la garde du mineur soumis au régime de l'assistance éducative ou maintenu conditionnellement dans son milieu, conservent sur lui l'autorité parentale et exercent sur lui tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure ; en revanche si le mineur est placé hors du domicile de ses parents, tuteurs ou gardiens, ces derniers conservent uniquement un droit de visite et de correspondance, les autres attributions de l'autorité parentale étant transférées à la personne ou à l'établissement à qui le mineur est confié, à l'exception du droit de consentir à l'adoption ou au mariage du mineur. Dans cette hypothèse, le tribunal ou le juge de la jeunesse fixe les modalités du droit de visite et de correspondance et il peut même, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits ou de l'un d'eux sera suspendu.

Le texte de l'article 11 ne fait aucune distinction entre les mesures définitives et provisoires.

En l'espèce, suivant mesure de garde provisoire du juge de la jeunesse du 30 janvier 2017, les enfants C. et D. ont été sortis du milieu familial auprès de leur mère pour être confiés au Centre polyvalent pour enfants de la Fondation X. en application de l'article 25 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse. Cette décision a été motivée par le danger physique et moral que les mineurs couraient dans le milieu familial de leur mère.

En vertu de la prédite décision de placement, le foyer s'est vu confier les attributs principaux de l'autorité parentale. Le juge de la jeunesse, en prenant une mesure de placement des enfants dans un foyer, a vidé la notion de garde de son contenu dans la mesure où la décision de placement implique la résidence et que le foyer règle les modalités d'exercice du droit de visite des parents. L'institution auprès de laquelle le mineur est placé doit pouvoir, pendant la durée de cette mesure, prendre toutes les décisions relatives à la personne de l'enfant: l'éduquer, veiller à sa scolarité et à son bien-être physique, moral et social, partant, exercer l'ensemble des attributions de l'autorité parentale, sans être exposée à voir ses efforts contrecarrés par les prétentions que l'autre parent pourrait lui opposer en tirant argument du maintien ou du rétablissement de l'autorité parentale dans son chef.

Il suit des développements qui précèdent que les décisions du tribunal et du juge de la jeunesse prises en application de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse s'imposent au civil. Si, en l'état actuel de la procédure engagée devant le juge de la jeunesse, la Cour d'appel faisait droit à la demande de l'appelant tendant à lui confier la garde provisoire des enfants communs, elle contredirait la décision du

juge de la jeunesse ordonnant le placement provisoire des enfants dans le foyer.

L'appelant soutient encore que la Cour pourrait néanmoins statuer d'ores et déjà sur ses demandes, quitte à ce que sa décision ne sorte ses effets qu'au jour de la mainlevée de la mesure de garde.

La fin de non-recevoir tirée de la chose jugée en matière de protection de la jeunesse entraîne nécessairement l'irrecevabilité de toute demande au civil relative à l'exercice de l'autorité parentale susceptible de remettre en cause ce qui a été décidé par les juridictions de la jeunesse. Cette irrecevabilité doit être déclarée sans qu'il y ait lieu d'examiner le fond de la demande relative à l'autorité parentale si la mesure de garde ou de placement était levée. En effet, une demande au civil relative à l'autorité parentale est irrecevable en l'absence d'intérêt né et actuel tant que la mesure de garde ou de placement prise par le juge de la jeunesse est en vigueur.

La thèse de l'appelante se heurte en outre à l'objection que tout juge qui est appelé à se prononcer sur l'autorité parentale le fait nécessairement au regard de la situation de fait et de droit existant au jour où il statue, qui constitue la motivation même de sa décision. On ne conçoit pas comment un tribunal pourrait prendre une décision au sujet de l'attribution future et hypothétique de l'autorité parentale tout en ignorant, au jour où il statue, les circonstances de fait et de droit qui existeront à la date à laquelle sa décision deviendra effective.

Il s'en suit que la demande de l'appelant tendant à se voir confier la garde provisoire des enfants communs, sinon à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement est irrecevable. Il en est de même, par corollaire, de la demande en obtention d'un secours pour l'entretien et l'éducation des enfants communs, dès lors qu'ils ne sont pas à la charge financière du père.

L'ordonnance entreprise est dès lors à confirmer, quoique pour d'autres motifs.

L'appelant demande encore à voir nommer un avocat pour défendre les intérêts des enfants et il demande, pour le cas où la Cour l'estime nécessaire, à voir entendre les enfants, seuls ou en présence de leur avocat, en application de l'article 388-1 (3) du code civil.

Ces demandes sont à rejeter au stade actuel de la procédure, les intérêts des enfants se trouvant pour le moment dûment préservés par la décision de placement du juge de la jeunesse.

Au vu du sort réservé à son appel, A. est à débouter de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

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

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé,
statuant contradictoirement,

déclare l'appel recevable ;

le dit non fondé ;

confirme l'ordonnance entreprise ;

rejette la demande de l'appelant tendant à voir nommer un avocat pour
défendre les intérêts des enfants communs et tendant à l'audition des
enfants communs ;

déboute A. de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure ;

le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.