

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**N° 126 / 2025
du 10.07.2025
Numéro CAS-2025-00011 du registre**

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

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de la Cour,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation,
Monique HENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Jeanne GUILLAUME, conseiller à la Cour de cassation,
Gilles HERRMANN, conseiller à la Cour de cassation,

Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

demandeur en cassation,

comparant par la société à responsabilité limitée RODESCH Avocats à la Cour,
inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en
l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par
Maître Betty RODESCH, avocat à la Cour,

et

PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE2.),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Hayri ARSLAN, avocat à la Cour, en l'étude duquel
domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué numéro 245/24-I-CIV (aff. fam.) rendu le 20 novembre 2024 sous le numéro CAL-2024-00692 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 13 janvier 2025 par PERSONNE1.) à PERSONNE2.), déposé le 17 janvier 2025 au greffe de la Cour supérieure de Justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 12 mars 2025 par PERSONNE2.) à PERSONNE1.), déposé le 13 mars 2025 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Entendu Maître Gil SIETZEN, en remplacement de Maître Betty RODESCH, Maître Hayri ARSLAN et Madame Monique SCHMITZ, premier avocat général.

Sur les faits

Selon les actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard, le demandeur en cassation avait saisi le juge aux affaires familiales d'une requête au fond selon la procédure de droit commun tendant, notamment, à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communs mineurs.

Par une première décision, un juge aux affaires familiales du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait ordonné un suivi thérapeutique entre les enfants et le demandeur en cassation et, « *en attendant l'issue de la prédite mesure* », avait dit que le demandeur en cassation « *exerce provisoirement* » un droit de visite à l'égard des enfants selon certaines modalités.

Le juge aux affaires familiales, statuant à la suite du premier jugement, avait ordonné une expertise pédopsychiatrique et, « *en attendant la prédite mesure et la prochaine continuation des débats* », avait dit que le demandeur en cassation « *exerce provisoirement* » un droit de visite à l'égard de l'un des enfants selon certaines modalités et un droit de visite encadré à l'égard des deux enfants. La Cour d'appel a déclaré l'appel irrecevable.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le Ministère public soulève l'irrecevabilité du pourvoi au motif que l'arrêt attaqué, qui a déclaré irrecevable l'appel contre la décision du juge aux affaires familiales ayant ordonné une expertise et fixé provisoirement le droit de visite du demandeur en cassation en attendant l'exécution de la mesure d'instruction, n'aurait ni tranché une partie du principal ni statué sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure mettant fin à l'instance. A l'appui de son moyen, il se réfère à des décisions antérieures de la Cour de cassation ayant statué en ce sens.

Sauf disposition contraire, la voie de recours de la cassation est ouverte contre les décisions rendues en dernier ressort qui mettent fin à l'instance.

L'instance s'ouvre par la saisine de la juridiction qui est appelée à trancher le point litigieux qui lui est soumis et prend fin par le dessaisissement de cette juridiction.

Le juge d'appel était saisi d'une demande tendant à « *déclarer recevable l'appel contre les mesures provisoires mises en place par le juge aux affaires familiales* » et, quant au fond, à modifier ces mesures provisoires. En déclarant cet appel irrecevable, il a mis fin à l'instance pendante devant lui.

Il s'ensuit que le pourvoi est recevable.

Sur le troisième moyen de cassation qui est préalable

Enoncé du moyen

« (i) *Disposition de la motivation de l'arrêt attaqué*

La Cour a retenu que :

PERSONNE1.) fait valoir qu'en interdisant l'appel immédiat contre une décision ordonnant des mesures d'instruction et mettant en place des mesures provisoires en attendant le résultat des mesures d'instruction, les articles 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile violent la Convention garantissant à toute personne le droit que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable. L'impossibilité d'un recours immédiat irait à l'encontre de ce principe élémentaire et aurait pour conséquence que malgré l'introduction de sa demande le 11 juillet 2023 et l'intervention du jugement du 17 novembre 2023 ayant, entre autres, mise en place des mesures provisoires quant à son droit de fréquenter ses enfants, le fond de sa demande en octroi d'un droit de visite et d'hébergement à leur égard n'est actuellement pas tranché.

Aux termes de l'article 6-1 de la Convention, << Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil >>.

Le droit d'appel ne figure ainsi pas dans l'article 6 de la Convention et ne saurait en être déduit implicitement (Velu et Ergec : La Convention Européenne des Droits de l'Homme, éd. 1990, n°386, p.343). Ce principe a été confirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a retenu que la Convention ne garantit pas, comme tel, un double degré de juridiction en matière civile (Durisotto c/ Italie (déc.), 2014, § 53, cité dans le Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable, volet civile, mis à jour au 31 août 2023, n°88).

L'article 6 qui, tel que correctement relevé par l'appelant, s'applique aux procédures poursuivies devant les juridictions d'appel, et qui garantit l'exercice d'une bonne administration de la justice, a, en tant que tel, pour objet d'énoncer principalement des garanties de procédure. Mais les bénéficiaires de ces garanties ne sauraient puiser dans cet article des droits substantiels, lesquels sont totalement étrangers à son objet. Un Etat reste donc libre de régler les conditions d'exercice de recours en matière civile et de déterminer les décisions susceptibles d'un recours.

Ainsi, le législateur luxembourgeois a décidé de refuser les recours immédiats contre des décisions portant exclusivement sur des mesures d'instruction ou/et des mesures provisoires, dans un souci d'éviter des appels dilatoires contre de telles mesures dont dépendra la décision à intervenir au fond et donc d'accélérer la prise d'une décision au fond. Une telle décision pourra être frappée de recours, éventuellement, ensemble la décision provisoire antérieure.

Le droit de recours de PERSONNE1.) contre le jugement du 17 juin 2024 n'est donc pas inexistant, mais simplement différé jusqu'à l'intervention d'un jugement au fond et son droit à un double degré de juridiction, reconnu par le Nouveau Code de procédure civile, est préservé.

(ii) Cas d'ouverture :

Le présent moyen de cassation est tiré de la violation de la loi par fausse application, sinon par fausse interprétation de la loi, in specie, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après << CEDH >>) :

<< Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, (...) >>.

ensemble avec

- L'article 1007-09 du Nouveau code de procédure civile qui dispose que :

(1) Sauf dispositions particulières, l'appel est formé par requête à signer par un avocat à la Cour. La requête est déposée au greffe de la Cour d'appel.

La requête contient :

- 1° sa date ;*
- 2° les noms, prénoms et domiciles des parties ;*
- 3° les dates et lieux de naissance des parties ;*
- 4° le cas échéant, la mention de l'identité des enfants communs ;*
- 5° copie de l'ordonnance ou du jugement contre lequel l'appel est dirigé ;*
- 6° les prétentions de l'appelant ;*
- 7° l'exposé sommaire des faits et moyens invoqués ;*
- 8° les pièces dont l'appelant entend se servir ;*

Les actes et documents versés avec la requête dont les parties entendent se servir lorsqu'ils émanent d'une autorité publique étrangère doivent être légalisés le cas échéant.

(2) Le greffier notifie la requête et les pièces à la partie intimée.

(3) Dans un délai de quinzaine à partir du dépôt de la requête, les parties sont convoquées par le greffe selon les formes prévues à l'article 170. Les convocations contiennent, à peine de nullité, les mentions prescrites à l'article 80, ainsi que l'indication de l'obligation de se faire représenter par un avocat à la Cour. Copie de la notification est adressée à l'avocat de la partie appelante.

(4) Le délai de comparution est de huit jours.

(5) L'appel des requêtes relatives à la fixation ou la modification de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite et d'hébergement sont fixées à une audience endéans un délai d'un mois à compter du jour de l'expiration du délai de comparution visé au paragraphe 4.

(6) Les articles 598 à 611 ne sont pas applicables.

(7) À l'audience, les parties, représentées par leur avocat à la Cour, sont entendues en leurs conclusions orales.

(8) La chambre peut ordonner la comparution personnelle des parties.

(9) La chambre peut, après avoir recueilli les conclusions orales des avocats des parties respectivement après la comparution personnelle des parties, demander aux avocats de verser des conclusions écrites.

Il ne peut y avoir plus d'un corps de conclusions de la part de chaque partie.

Toutefois, lorsque l'intérêt de l'instruction l'exige, la chambre peut ordonner la production de corps de conclusions supplémentaires.

Les corps de conclusions sont fournis dans les délais fixés par la chambre.

Ces délais ne peuvent dépasser un mois à dater de la demande de la chambre, respectivement de la date fixée pour la communication des conclusions de l'autre partie.

Les conclusions tardives sont irrecevables.

(10) Les arrêts sont notifiés par la voie du greffe conformément à l'article 170.

- l'article 579 du NCPC qui dispose que :

<< Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.

Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance. >>

- l'article 580 du NCPC qui dispose que :

<< Les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel, indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi et sous réserve des dispositions de l'article 580-1. >>

- l'article 1007-48 du NCPC qui dispose que :

<< (1) L'ordonnance portant sur des mesures provisoires peut être frappée d'appel dans un délai de quinze jours à partir de la notification. L'appel est porté devant la Cour d'appel dans les formes prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 1007-43. Il est jugé d'urgence et selon la même procédure qu'en première instance.

(2) En cas de défaut, l'ordonnance est susceptible d'opposition dans un délai de huit jours à partir de la notification, lequel court simultanément avec le délai d'appel. L'opposition consiste dans une déclaration à faire au greffe du tribunal. >>

en ce que

la Cour d'appel a décidé que le droit de recours n'est pas inexistant, mais simplement différé jusqu'à l'intervention d'un jugement au fond et son droit à un double degré de juridiction est préservé.

alors que

bien qu'un recours contre le jugement au fond soit prévu, son intervention tardive, au-delà d'une année, prive le justiciable d'un accès rapide et effectif à la justice, en méconnaissance des exigences de l'article 6 de la CEDH. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief au juge d'appel d'avoir violé les dispositions visées au moyen en ayant déclaré l'appel irrecevable pour être prématuré aux motifs que le droit de recours serait différé jusqu'à l'intervention d'un jugement au fond et que le droit à un double degré de juridiction serait ainsi préservé, alors que l'intervention tardive du recours contre le jugement au fond priverait le demandeur en cassation d'un accès rapide et effectif à la justice.

Vu l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « *la Convention* »).

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats contractants qui instituent un système d'appel sont tenus de veiller à ce que les personnes relevant de leur juridiction jouissent des garanties fondamentales de l'article 6 devant les instances d'appel.

L'article 6, paragraphe 1, de la Convention garantit ainsi aux justiciables un droit d'accès aux juridictions d'appel pour les décisions relatives à leurs droits et obligations à caractère civil.

L'effectivité du droit d'accès requiert qu'un justiciable jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits.

Pour un parent et son enfant, le droit d'entretenir des relations personnelles est un élément fondamental de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, même si la relation entre les parents est rompue, et des mesures qui restreignent ce droit constituent une ingérence dans celui-ci.

L'article 8, paragraphe 2, de la Convention admet une restriction aux droits garantis par le paragraphe 1 du même article, lorsque celle-ci est prévue par la loi, poursuit un ou plusieurs des buts légitimes y énumérés et est nécessaire, dans une société démocratique, pour les atteindre.

L'ingérence du juge aux affaires familiales dans les modalités d'exercice des relations personnelles entre les parents et leurs enfants est prévue par les dispositions du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile. Tant le principe que les modalités de l'ingérence de l'autorité publique à travers l'action du juge se trouvent partant prévus par la loi. Cette ingérence s'inscrit dans le cadre de la protection des droits et libertés d'autrui à travers la protection de l'intérêt supérieur des enfants, des droits des parents et de la sécurité juridique et elle est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ces buts.

L'article 578 du Nouveau Code de procédure civile prévoit la possibilité de contester ces décisions du juge aux affaires familiales par la voie de l'appel qui doit, dès lors, répondre aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention.

Dans les affaires portant sur les relations d'un parent avec son enfant, il est impératif de faire preuve d'une diligence exceptionnelle, l'écoulement du temps risquant de créer des faits accomplis et de trancher lui-même *de facto* la question.

Une décision qualifiée de « *provisoire* » portant sur les relations d'un parent avec son enfant tranche définitivement, pour la période postérieure à son prononcé et jusqu'à une nouvelle décision, la demande y relative. Elle a des conséquences irrémédiables sur la vie familiale pendant la période concernée et ni une nouvelle décision ni un éventuel recours ultérieur ne sauraient revenir sur la situation factuelle des relations du parent avec son enfant que la décision temporaire a définitivement créée et telle qu'elle a existé au cours de la période concernée.

Un recours contre une décision qualifiée de « *provisoire* » portant sur les relations d'un parent avec son enfant qui est différé jusqu'au prononcé du jugement définitif sur la demande y relative, en ce qu'il n'est pas de nature à soumettre ladite décision au contrôle immédiat de la juridiction d'appel, reportant ainsi l'effet du contrôle à une date indéterminée, ne constitue pas un recours effectif. Il ne répond, dès lors, pas aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention.

En déclarant irrecevable l'appel relevé par le demandeur en cassation, le juge d'appel a, partant, violé l'article 6, paragraphe 1, de la Convention.

Il s'ensuit que l'arrêt encourt la cassation.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

La défenderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge du demandeur en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il y a lieu de rejeter sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux premiers moyens de cassation,

la Cour de cassation

casse et annule l'arrêt attaqué numéro 245/24-I-CIV (aff. fam.) rendu le 20 novembre 2024 sous le numéro CAL-2024-00692 du rôle par la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé, et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la défenderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation ;

ordonne qu'à la diligence du Procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Thierry HOSCHEIT en présence du procureur général d'Etat adjoint Serge WAGNER et du greffier Daniel SCHROEDER.

**Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
PERSONNE1.)
contre
PERSONNE2.)**

(CAS-2025-00011)

Le pourvoi en cassation, introduit par PERSONNE1.) par un mémoire en cassation signifié le 13 janvier 2025 à la défenderesse en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 17 janvier 2025, est dirigé contre un arrêt n°245/24 rendu par la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, en date du 20 novembre 2024. Cet arrêt a été notifié par le greffe au demandeur en cassation en date du 21 novembre 2024.

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

La défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse le 12 mars 2025, mais elle ne l'a déposé au greffe de la Cour avec l'original de l'acte de signification que le 14 mars 2025.

Ayant été déposé au greffe de la Cour après l'expiration du délai de deux mois à compter du jour de la signification du mémoire en cassation, conformément aux articles 15 et 16 de la loi précitée du 18 février 1885, ce mémoire n'est pas à considérer.

Sur les faits et antécédents :

Les parties étaient liées par un partenariat qui a été dissous le 26 février 2016. Cette dissolution est devenue opposable le 1^{er} mars 2016.

Les parties ont deux enfants communs qui résident auprès de leur mère, la défenderesse en cassation, et leur père, le demandeur en cassation, exerce un droit de visite et d'hébergement selon les modalités fixées dans une convention de dissolution de partenariat signée en date du 30 novembre 2015.

Le droit de visite et d'hébergement a été exercé tel que convenu jusqu'au 17 juin 2023, date à partir de laquelle il a été interrompu à l'initiative de la mère.

Par ordonnance de référé exceptionnel n° 2023TALJAF/002838 du 28 juillet 2023, le juge aux affaires familiales a notamment dit recevable et fondée la demande de PERSONNE1.) tendant à lui assurer un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs mineurs, et a condamné PERSONNE2.) au paiement d'une astreinte. Avant tout progrès en cause, il a 1) désigné Maître Claudine ERPELDING comme avocat des deux enfants mineurs X1) et X2), avec la mission d'entendre les mineurs et de faire rapport au tribunal, et 2) ordonné une enquête sociale et commis à ces fins le Service Central d'Assistance Sociale (SCAS).

Par jugement n°2023TALJAF/003956 du 17 novembre 2023 rendu entre le demandeur en cassation et la défenderesse en cassation, en présence de Maître Claudine Erpelding, avocat des enfants communs mineurs, le juge aux affaires familiales a ordonné un suivi thérapeutique en famille dont il a chargé le service « ORIBeHo » – Beratung hochstrittiger Eltern de la Croix-Rouge, et il a provisoirement restreint le droit de visite et d'hébergement du demandeur en cassation .

Par jugement n°2024TALJAF/002039 rendu entre le demandeur en cassation et la défenderesse en cassation, en présence de Maître Claudine Erpelding, avocat des enfants communs mineurs, en date du 17 juin 2024, le juge aux affaires familiales a ordonné avant tout autre progrès en cause une expertise pédopsychiatrique et au besoin un suivi des enfants communs à effectuer par un médecin spécialiste en psychiatrie infanto-juvénile et a décidé qu'en attendant la prédite mesure et la prochaine continuation des débats :

« dit que PERSONNE1.) exerce provisoirement un droit de visite à l'égard de l'enfant commun I., préqualifiée, selon les modalités à convenir entre parties sinon, à défaut d'accord, chaque weekend, tant en période scolaire que pendant les vacances scolaires, le samedi de 9.30 heures à 18.00 heures, avec la précision que le droit de visite est suspendu pendant les vacances scolaires lorsque l'enfant est partie en vacances avec sa mère,

donne acte à PERSONNE2.) que, sous réserve de l'accord de l'enfant I., préqualifiée, elle ne s'opposera pas à ce que PERSONNE1.) parte en vacances avec l'enfant, notamment pour visiter les cousines bruxelloises,

dit que PERSONNE1.) exerce provisoirement à l'égard des enfants communs X1) et X2), préqualifiées, un droit de visite encadré par un service de rencontre à désigner par l'Office National de l'Enfance, à exercer au domicile paternel, de préférence les samedis, suivant modalités (heure, durée et fréquence des visites) à fixer par les responsables dudit service ».

Contre ce jugement le demandeur en cassation a relevé appel par requête déposée le 23 juillet 2024 au greffe de la Cour d'appel. Par ordonnance du 21 octobre 2024, la Cour d'appel a délégué l'affaire à un magistrat unique en application de l'article 1007-10 du Nouveau code de procédure civile (ci-après NCPC).

La Cour d'appel a rendu en date du 20 novembre 2024 un arrêt n° 245/24 dont le dispositif se lit comme suit :

« vu l'article 1007-10 du Nouveau Code de procédure civile,

dit l'appel irrecevable,

dit irrecevables les demandes formulées pour la première fois par PERSONNE1.) dans sa requête d'appel,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance. »

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

Sur la recevabilité du pourvoi :

Aux termes de l'article 3, alinéas 2 et 3, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, « [l]es arrêts et jugements rendus en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent également être déférés à la Cour de cassation comme les décisions qui tranchent tout le principal. Il en est de même lorsque l'arrêt ou le jugement rendu en dernier ressort qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure met fin à l'instance. »

En l'espèce, l'arrêt dont pourvoi a déclaré irrecevable l'appel relevé par le demandeur en cassation contre le jugement du juge aux affaires familiales du 17 juin 2024 ayant ordonné une expertise et ayant provisoirement fixé le droit de visite du demandeur en cassation en attendant l'exécution de ladite expertise. Ledit jugement a ordonné une mesure d'instruction et il a pris une mesure provisoire sans trancher une partie du principal. L'arrêt rendu sur appel contre ce jugement, qui a déclaré l'appel irrecevable pour être prématuré, n'a pas non plus tranché une partie du principal et il n'a pas non plus statué sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident de procédure mettant fin à l'instance.

Le pourvoi est partant irrecevable. ¹

Subsidiairement, à supposer que le pourvoi soit recevable :

Sur le premier moyen de cassation:

Le premier moyen de cassation est tiré de la violation de la loi par fausse application, sinon par fausse interprétation de la loi, *in specie* de l'article 15 de la Constitution qui dispose que

« (1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.

La loi peut prévoir une différence de traitement qui procède d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. »

ensemble avec

l'article 1007-09 du NCPC régissant la procédure d'appel de droit commun contre les décisions du juge aux affaires familiales ;

l'article 579 du NCPC ayant trait aux jugements immédiatement appelables ;

¹: Cass. n° 33/08 du 12.6.2008, n° 2531 du registre ; Cass. n°43/08 du 3.7.2008, n° 2550 du registre ; Cass. n° 40/09 du 18.6.2009, n° 2650 du registre ; Cass. n° 70/16 du 30.6.2016, n° 3670 du registre ; Cass. n° 22/2021 du 11.02.2021, n° CAS-2020-00017 du registre ; Cass. n° 35/2021 du 04.03.2021, n° CAS-2019-00164 du registre ; Cass. n° 118/2022 du 13.10.2022, n° CAS-2021-00121 du registre ; Cass. n° 128 du 30.11.2023, n° CAS-2023-00018 du registre ; voir également un arrêt qui a décidé qu'en application de l'article 355 du NCPC, le pourvoi en cassation introduit contre un jugement qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction avec le pourvoi régulièrement introduit contre le jugement sur le fond est recevable : Cass. n° 101 /2019 du 06.06.2019, n° CAS-2018-00059 du registre

l'article 580 du NCPC ayant trait aux jugements qui ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi et sous réserve des dispositions de l'article 580-1 ;

et l'article 1007-48 du NCPC disposant que les ordonnances rendues par le juge aux affaires familiales sur les mesures provisoires dans le cadre d'une procédure de divorce pour rupture irrémédiable des relations conjugales peuvent être frappées d'appel dans un délai de quinze jours à partir de la notification.

Dans la discussion du moyen, le demandeur en cassation ne développe pas en quoi les différentes dispositions légales visées au moyen auraient été violées, mais il se contente de relever que l'arrêt dont pourvoi aurait violé l'article 15 de la Constitution sur l'égalité des citoyens devant la loi², pour conclure que « [p]artant l'arrêt n'est pas conforme à l'article 15 de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg sur l'égalité devant la loi. Il aurait appartenu au juge d'appel, en vertu de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, saisir d'une question préjudicielle la Cour constitutionnelle à laquelle il revient de décider si la différenciation opérée par la loi est objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Par conséquent, il y a lieu à cassation. »

Aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué. Etant donné que le moyen vise toute une série de dispositions légales disparates et un article de la Constitution sans exposer comment ces dispositions s'articulent entre elles et comment elles seraient invoquées à l'appui d'un même grief, le moyen est à déclarer irrecevable.

Subsidiairement :

Le demandeur en cassation fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir retenu que les parents divorcés ou en cours de divorce et les parents séparés ou en cours de séparation se trouvent dans des situations différentes et non comparables. Il aurait considéré à tort qu'il est justifié que les parents divorcés ou en cours de divorce disposent de la possibilité de faire un appel immédiat contre une mesure provisoire du juge aux affaires familiales alors que les parents séparés ou en cours de séparation ne peuvent pas immédiatement faire appel contre une telle mesure. Il fait valoir que ces deux catégories de parents se trouvent dans la même situation à l'égard de leurs enfants dans la procédure auprès du juge aux affaires familiales et qu'il s'agirait d'une discrimination entre les deux catégories de parents quant à leur faculté de former un recours contre une mesure provisoire.

Si le moyen reproche à l'arrêt attaqué de ne pas avoir saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, qui impose une obligation de renvoi à la juridiction devant laquelle une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution, n'est pas visé dans le libellé du moyen. Or, dans la mesure où le demandeur en cassation reproche au juge d'appel de ne pas avoir saisi d'une question préjudicielle la Cour constitutionnelle, il aurait dû invoquer cette disposition légale à l'appui de son moyen.

² Page 9, paragraphe 5, du mémoire en cassation

Le grief invoqué est étranger aux dispositions légales visées au moyen.

S'y ajoute que les énonciations qualifiées de moyen consistent en une succession de considérations qui constitue une discussion, mais n'articule pas avec la précision requise un moyen au sens de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation. Etant donné que le moyen n'expose pas comment le juge d'appel aurait dû appliquer les dispositions visées au moyen et qu'il appartient à la seule Cour constitutionnelle de se prononcer sur la conformité d'une loi avec le texte constitutionnel, le moyen est incompréhensible et il est à déclarer irrecevable.

Sur le deuxième moyen de cassation:

Le deuxième moyen de cassation est tiré de la violation de la loi par fausse application, sinon par fausse interprétation de la loi, *in specie* de l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, ensemble avec l'article 15 de la Constitution, l'article 1007-09 du NCPC, l'article 579 du NCPC, l'article 580 du NCPC et l'article 1007-48 du NCPC.

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir estimé que les parents divorcés ou en instance de divorce, d'une part, et les parents séparés ou en cours de séparation, d'autre part, se trouvent dans des « *situations différentes et non comparables* ». Le juge d'appel aurait partant jugé à tort que la question préjudicielle soulevée par la partie demanderesse en cassation- à savoir si l'article 1007-48 du NCPC, qui permet aux parents divorcés ou en instance de divorce de faire appel contre une décision provisoire du juge aux affaires familiales, contrairement aux parents séparés ou en cours de séparation, ne serait pas contraire à l'article 15 de la Constitution en instituant une inégalité entre ces deux catégories de parents, ces derniers ne pouvant pas faire appel contre les décisions provisoires du juge aux affaires familiales- était infondée et ne nécessitait pas d'être transmise à la Cour constitutionnelle.

La discussion du deuxième moyen reprend l'intégralité de l'argumentation développée dans le cadre du premier moyen.

Tout comme le premier moyen, le deuxième reste en défaut de préciser en quoi les différentes dispositions légales visées au moyen auraient été violées, sauf qu'il relève à son tour que l'arrêt dont pourvoi aurait violé l'article 15 de la Constitution sur l'égalité des citoyens devant la loi³ avant de conclure, lui aussi, que « *[p]artant l'arrêt n'est pas conforme à l'article 15 de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg sur l'égalité devant la loi. Il aurait appartenu au juge d'appel, en vertu de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, saisir d'une question préjudicielle la Cour constitutionnelle à laquelle il revient de décider si la différenciation opérée par la loi est objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Par conséquent, il y a lieu à cassation.*

La Cour d'appel était tenue de saisir la Cour constitutionnelle et elle a manqué au texte susvisé.

Partant l'arrêt n'est pas conforme à l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, et, par conséquent il y a lieu à cassation. »

³ Page 15, paragraphe 7, du mémoire en cassation

Aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué. Etant donné que le moyen vise toute une série de dispositions légales disparates et un article de la Constitution sans exposer comment ces dispositions s'articulent entre elles et comment elles seraient invoquées à l'appui d'un même grief, le moyen est à déclarer irrecevable.

Subsidiairement :

Il faut tout d'abord constater que le grief soulevé, qui consiste à reprocher à l'arrêt attaqué de ne pas avoir saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, est totalement étranger aux articles 1007-09 579, 580 et 1007-48 du NCPC. Il est partant irrecevable de ce point de vue.

Dans la mesure où seule la Cour constitutionnelle est compétente pour se prononcer sur la conformité d'une loi avec le texte constitutionnel, il ne saurait pas non plus être reproché à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 15 de la Constitution en s'abstenant de constater que l'article 1007-48 du NCPC serait discriminatoire et partant contraire audit article de la Constitution. Le moyen est encore irrecevable de ce point de vue.

En ce qu'il est reproché à l'arrêt dont pourvoi de ne pas avoir saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle en application de l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, il y a lieu de relever qu'aux termes dudit article 6, point b), une juridiction devant laquelle une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution, est dispensée de l'obligation de renvoi lorsqu'elle estime que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement.

En instance d'appel, le demandeur en cassation avait invoqué une discrimination entre enfants de parents en instance de divorce à l'égard desquels le juge aux affaires familiales est autorisé à prendre des mesures provisoires par voie d'ordonnances, appelables aux termes de l'article 1007-48 du Nouveau Code de procédure civile, et enfants de parents non mariés à l'égard desquels ce même juge n'a pas cette faculté.

Il importe de relever que votre Cour a jugé que, lorsque la contrariété d'une loi à l'article 15 de la Constitution⁴ est soulevée, la comparabilité des situations dont la discrimination est alléguée entre dans le champ d'appréciation des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif aux fins de déterminer si une question de conformité à l'article 15, paragraphe 1, de la Constitution n'est pas dénuée de tout fondement au regard de l'article 6, alinéa 2, point b), de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.⁵

En l'espèce, la Cour d'appel a rejeté la question préjudicielle de constitutionnalité après avoir constaté que les situations respectives ne sont pas comparables :

« En l'occurrence, il convient de relever dès l'ingrès qu'aucune disposition légale n'interdit au juge aux affaires familiales de prendre des mesures provisoires en rapport avec

⁴ ancien article 10bis de la Constitution

⁵ Cass. n° 25 / 2025 du 06.02.2025, n° CAS-2024-00062 du registre

l'exercice par des parents, en instance de divorce ou non, de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants, dans un jugement sur le fond, auquel cas, le droit d'appel quant à ces mesures provisoires est différé jusqu'au prononcé du jugement définitif à ce même sujet.

Le reproche de PERSONNE1.) concerne la possibilité offerte par l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile au juge aux affaires familiales, statuant en matière de divorce, de prendre une ordonnance portant sur des mesures provisoires pendant l'instance en divorce, ordonnance contre laquelle un recours immédiat est prévu par l'article 1007-48 du même code.

Ces textes s'appliquent exclusivement à la procédure de divorce, et la différence introduite par le législateur au niveau de la forme des mesures (ordonnance immédiatement appellable) que peut prendre le juge aux affaires familiales se fait en raison de la matière dans laquelle ce juge est appelé à statuer. La matière du divorce a pour objet principal la dissolution du mariage entre deux personnes, par rapport auquel les mesures au sujet de la responsabilité parentale ne sont que l'accessoire. Cette procédure est considérée comme étant plus complexe, nécessitant notamment la représentation par ministère d'avocat et se rapportant à des problèmes de liquidation du régime matrimonial et donc comme susceptible de s'étendre dans le temps, notamment en cas d'octroi de délais de réflexion avant le prononcé du divorce. La procédure ayant directement pour objet principal la responsabilité de parents, divorcés ou non mariés, à l'égard de leurs enfants, est, de son côté, un litige autonome, soumis à une procédure sans ministère d'avocat et susceptible d'une décision rapide.

Ce sont ainsi les situations différentes et non comparables dans lesquelles peuvent se trouver les justiciables qui déterminent la forme des mesures que peut prendre à leur égard le juge aux affaires familiales et, corrélativement, les modalités de recours dont ils disposent.

Au vu de ces éléments, la Cour considère que la question d'inégalité devant la loi, que PERSONNE1.) propose de soumettre à la Cour constitutionnelle,

est dénuée de fondement, de sorte qu'il n'y a pas lieu de la soumettre à la Cour constitutionnelle .»

En constatant que les deux situations ne sont manifestement pas comparables et en indiquant les éléments de fait sur lesquels se fonde ce constat, le juge d'appel a pu, sans violer l'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, conclure que la question préjudicielle soulevée était dénuée de tout fondement.

Le moyen n'est pas fondé.

Plus subsidiairement , pour être complet :

Le demandeur en cassation invoque une discrimination entre enfants de parents divorcés ou en cours de divorce et enfants de parents séparés ou en cours de séparation.

Le partenariat entre les parties a été dissous en 2016.

L'article 13, paragraphe 4, de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats permet également aux partenaires de saisir le juge aux affaires familiales dans le cadre de la cessation du partenariat :

« (4) Après la cessation du partenariat, et pour autant que la demande ait été introduite dans les trois mois de cette cessation, le tribunal d'arrondissement ordonne les mesures urgentes et provisoires justifiées par cette cessation et relatives à l'occupation de la résidence commune, à la personne et aux biens des partenaires, et aux obligations légales et contractuelles des deux partenaires. Il en fixe la durée de validité qui ne peut toutefois excéder un an. »

Dès lors, en l'espèce, la procédure devant le juge aux affaires familiales aurait été exactement la même si les parties avaient été mariées et avaient divorcé en 2016. Une fois que l'instance de divorce est terminée, lorsqu'un désaccord surgit concernant l'exercice du droit de visite et d'hébergement, un des parents saisit le juge aux affaires familiales d'une nouvelle demande relative à l'exercice du droit de visite et d'hébergement et le juge aux affaires familiales statue alors conformément aux dispositions générales qui prévoient une possibilité d'appel à l'article 1007-9 du NCPC ainsi qu'une procédure d'appel contre un référé exceptionnel à l'article 1007-11 du NCPC. Faute de procédure de divorce pendante, l'article 1007-48 du NCPC aurait également été inapplicable et le juge aux affaires familiales n'aurait pas pu statuer par ordonnance sur des mesures provisoires.

La discrimination invoquée par le demandeur en cassation est dès lors de nature purement théorique.

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation:

Le troisième moyen de cassation est tiré de la violation de la loi par fausse application, sinon par fausse interprétation de la loi, *in specie* de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CvEDH), ensemble avec l'article 1007-09 du NCPC, l'article 579 du NCPC, l'article 580 du NCPC et l'article 1007-48 du NCPC.

Dans la discussion du moyen, le demandeur en cassation ne développe pas en quoi les différentes dispositions légales visées au moyen auraient été violées.

Aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué. Etant donné que le moyen vise toute une série de dispositions légales disparates sans exposer comment ces dispositions s'articulent entre elles et comment elles seraient invoquées à l'appui d'un même grief, le moyen est à déclarer irrecevable.

Subsidiairement :

Dans la discussion du moyen, le demandeur en cassation indique que le moyen est subdivisé en deux branches., une première consistant à soutenir qu'un recours différé dans le temps ne peut raisonnablement être qualifié de recours effectif au sens de l'article 6 de la CvEDH, et une seconde consistant à contester l'argument de la Cour d'appel selon lequel l'article 6 de la CvEDH n'exigerait pas des Etats contractants qu'ils instaurent un droit de recours ou un second degré de juridiction, au motif que les Etats seraient libres de définir les conditions d'exercice de recours en matière civile et de déterminer les décisions susceptibles d'un recours.

Aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué. Dans la mesure où les deux branches n'indiquent pas quel cas d'ouverture est invoqué ni quelle partie de la décision est critiquée, elles encourent l'irrecevabilité.

Plus subsidiairement :

Le moyen fait grief à la décision entreprise d'avoir décidé que le droit de recours n'est pas inexistant, mais simplement différé jusqu'à l'intervention d'un jugement au fond et que le droit à un double degré de juridiction est préservé, alors que l'intervention tardive de ce recours priverait le justiciable d'un accès rapide et effectif à la justice en méconnaissance de l'article 6 de la CvEDH.

Il découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH) que le droit d'accès au juge n'est pas absolu. Les Etats peuvent édicter des prescriptions destinées à réglementer les recours qu'ils organisent et à en fixer les conditions d'exercice. Celles-ci ne peuvent toutefois pas en restreindre l'exercice d'une manière ou à un point tels qu'il se trouve atteint dans sa substance même. Elles doivent tendre à un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

L'arrêt entrepris a à juste titre constaté que « *le législateur luxembourgeois a décidé de refuser les recours immédiats contre des décisions portant exclusivement sur des mesures d'instruction ou/et des mesures provisoires, dans un souci d'éviter des appels dilatoires contre de telles mesures dont dépendra la décision à intervenir au fond et donc d'accélérer la prise d'une décision au fond. Une telle décision pourra être frappée de recours, éventuellement, ensemble la décision provisoire antérieure.* »

L'interdiction d'un recours immédiat tend effectivement à garantir que la procédure puisse aboutir plus rapidement à une décision au fond et à assurer que le juge aux affaires familiales puisse statuer au fond en disposant du résultat des mesures d'instruction qu'il a jugées nécessaires, ce qui est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et correspond à un but légitime. Dans la mesure où le recours n'est que différé en attendant la décision au fond, le droit d'accès au juge n'est pas atteint dans sa substance et la limitation de ce droit n'est pas disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Il convient aussi de relever que la CEDH prend toujours en considération l'ensemble de la procédure pour apprécier *in concreto* si un droit garanti par l'article 6 de la convention a été violé.

Dans la discussion du moyen, le demandeur en cassation relève que le juge aux affaires familiales a rendu une première décision provisoire concernant son droit de visite le 17 novembre 2023, suivie d'une deuxième décision provisoire le 17 juin 2024. La continuation des débats, initialement prévue pour le 4 décembre 2014, aurait été annulée. Une nouvelle audience aurait été fixée pour le 15 janvier 2025.

Il se déduit de ce déroulement de la procédure décrit par le demandeur en cassation lui-même que l'absence de recours immédiat n'a aucunement privé le demandeur en cassation de l'accès au juge dans le présent cas d'espèce.

Rappelons également que votre Cour a déjà retenu en matière pénale que le fait qu'un recours soit différé n'est pas contraire à l'article 6 de la CvEDH :

« L'article 416 du Code de procédure pénale, en ce qu'il diffère l'exercice du recours en cassation contre l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel jusqu'à la décision définitive en dernier ressort, n'enfreint pas les articles 6 et 13 de la convention⁶ ».

La même conclusion s'impose *mutatis mutandis* dans la présente affaire.

Finalement il y a lieu de rappeler que la Cour d'appel devait statuer sur l'appel relevé par le demandeur en cassation en date du 23 juillet 2024 contre le jugement rendu par le juge aux affaires familiales en date du 17 juin 2024. Le demandeur en cassation ne saurait dès lors invoquer en faveur de la recevabilité de son appel des faits qui sont postérieurs au 23 juillet 2024, tels que des difficultés d'exécution du jugement apparues depuis lors.

La recevabilité ou l'irrecevabilité d'un appel immédiat s'apprécie au moment où la voie de recours est exercée et ne saurait partant être tributaire de la plus ou moins grande célérité avec laquelle les mesures d'instruction ordonnées dans le jugement provisoire peuvent être exécutées, voire de la date à laquelle un jugement peut intervenir sur le fond.

Le moyen n'est pas fondé.

⁶ Cass. n°[59/2022](#) du 28 avril 2022, n°CAS-2021-00087 du registre ; voir également, Cass. n°[135/2021](#), du 11 novembre 2021, n°CAS-2020-00152 du registre ; Cass. n° 35 / 2009 pénal du 29.10.2009, Numéro 2677 du registre

Conclusion

Le pourvoi est recevable mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Le procureur général d'Etat adjoint

Marie-Jeanne Kappweiler