

**Arrêt N° 192/19 - I - TUT**  
**Numéro du rôle CAL-2019-00693**

**Arrêt Tutelle**

**du vingt-trois octobre deux mille dix-neuf**

rendu sur un recours déposé en date du 16 juillet 2019 au greffe du tribunal de la jeunesse et des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg par

**A.**, née le (...) au (...), demeurant à P-(...), comparant par Maître Vânia FERNANDES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, appelante,

contre le jugement rendu en date du 19 juin 2019 par le juge des tutelles près le même tribunal dans l'affaire entre l'appelante et

**B.**, né le (...) en (...), déclaré à L-(...) demeurant de fait à F-(...) comparant en personne et assisté par Maître Filipe VALENTE, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette, intimé,

en présence de

**Maître Sonia DIAS VIDEIRA**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assistant et représentant les intérêts des mineurs C., né le (...) et D., né le (...),

et du Ministère public, partie jointe.

-----  
**LA COUR D'APPEL :**

Statuant sur une requête d'B. (ci-après B.) déposée le 19 mars 2018, tendant à se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communs D., né le (...), et C., né le (...), sur une requête de A. (ci-après A.) déposée le 4 avril 2018, tendant à la révision du droit de visite et d'hébergement du père et à l'encadrement de celui-ci par un service spécialisé et sur une demande formulée à l'audience du 5 juin 2019 par B. tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs auprès de lui, le juge des tutelles près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a, par un jugement du 19 juin 2019, déclaré fondée la demande d'B. en fixation auprès de lui de la résidence des deux enfants communs C. et D., a fixé la résidence des deux enfants communs auprès du père, a dit que, sauf meilleur accord des parents, A. bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard des deux enfants communs un weekend par mois, au Luxembourg ou au Portugal, suivant les modalités à convenir entre parties et les frais en résultant étant à charge des deux parents pour moitié, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, suivant les modalités à convenir entre parents, a communiqué une copie du jugement au juge de la jeunesse en charge du dossier ouvert au nom des mineurs et a ordonné un partage par moitié des frais et dépens de l'instance.

Ce jugement, dont il n'est pas établi qu'il lui a été valablement notifié, est régulièrement entrepris par A. suivant mémoire d'appel déposé le 16 juillet 2019 au greffe du tribunal d'arrondissement.

L'appelante demande à la Cour d'annuler le jugement du 19 juin 2019 pour violation du principe du contradictoire et de renvoyer l'affaire devant le premier juge, sinon, par réformation, de fixer la résidence habituelle des enfants communs auprès d'elle et de l'autoriser à transférer cette résidence au Portugal. A titre subsidiaire et dans l'hypothèse où la Cour ne devait pas fixer la résidence habituelle des enfants auprès d'elle, la mère conclut à se voir accorder un droit de visite et d'hébergement à exercer en alternance une semaine sur l'autre du vendredi à la sortie de l'école au vendredi suivant à la rentrée des classes, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires selon les modalités suivantes :

- les années impaires : les vacances de Carnaval, la deuxième moitié des vacances de Pâques, les 1<sup>ère</sup>, 2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> semaines des vacances d'été, les vacances de la Toussaint et la deuxième moitié de vacances de Noël ;

- les années paires : la première moitié des vacances de Pâques, les vacances de la Pentecôte, les 4<sup>ème</sup>, 5<sup>ème</sup>, 6<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> semaines des vacances d'été et la première moitié des vacances de Noël.

A l'appui de son recours, A. fait valoir que dans les requêtes des parties respectives des 19 mars 2018 et 4 avril 2018, ainsi que dans les jugements des 31 juillet 2018 et 9 janvier 2019, seul le droit de visite et d'hébergement du père à l'égard des enfants C. et D. était en cause, à l'exclusion de toute demande du père tendant à se voir attribuer la résidence habituelle des enfants. Cette dernière demande n'aurait été formulée qu'à l'audience du 5 juin 2018, en son absence, de sorte que le principe du contradictoire n'aurait pas été respecté par le juge de première instance qui aurait dû déclarer la demande d'B. tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs auprès de lui irrecevable.

Par ailleurs et quant au fond, le père qui ne disposerait pas d'un permis de conduire et qui demeurerait en France n'aurait pas fait preuve de disponibilité pour ses enfants dans le passé, étant donné qu'il exploite un café à Esch-sur-Alzette avec sa nouvelle compagne, avec les horaires de travail contraignants que cette activité comporte. De plus B. ne disposerait que d'un appartement à deux chambres, de sorte que ses quatre enfants devraient partager une seule chambre avec des lits superposés lors de l'exercice de son droit d'hébergement à leur égard. Ayant son domicile en France, le père ne saurait pas non plus scolariser les enfants à Luxembourg. Finalement le transfert de la résidence habituelle des enfants auprès du père ne devrait pas constituer une sanction pour la mère, mais une telle décision devrait s'orienter au plus grand intérêt des enfants qui ont toujours vécu auprès de la mère depuis la séparation des parents.

A l'audience, son représentant explique qu'elle vient d'être hospitalisée à Luxembourg et qu'un cancer en phase terminale a été diagnostiqué dans son chef, de sorte que A. ne devrait pas être séparée de ses enfants en l'état actuel.

B. fait répliquer que A. a été valablement convoquée à l'audience du 5 juin 2019 et que le jugement déferé est donc valide. Il prend acte de l'état de santé de la mère, mais demande la confirmation du jugement en ce que la résidence habituelle des enfants communs a été fixée auprès de lui.

A titre subsidiaire et dans l'hypothèse de la fixation de la résidence des enfants communs auprès de la mère, il s'oppose à ce que celle-ci déplace cette résidence au Portugal et demande un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs.

L'avocat représentant les enfants qui critique le comportement de la mère, relève toutefois que les enfants n'ont jamais été hébergés par leur père depuis la séparation des parents et que la situation concrète du père reste inconnue. Les enfants entretiendraient encore une très bonne relation avec leur mère, de sorte qu'une séparation de celle-ci ne leur serait pas bénéfique, ce d'autant plus que A. est actuellement grièvement malade. Dans la mesure où la situation de la mère au Portugal ne serait pas non plus établie, il conviendrait de procéder par voie de commission rogatoire internationale aux fins de détermination de celle-ci, avant de prendre une décision au fond sur la résidence habituelle des enfants.

Le représentant du ministère public expose que les demandes dont était saisi le juge des tutelles se rapportaient toutes les deux au droit de visite et d'hébergement du père à l'égard des enfants communs C. et D. et que deux jugements ont été rendus sur cette question, la continuation des débats dans cette affaire ayant été fixée au 24 avril 2019, soit à une date où A. était déjà partie au Portugal avec les enfants communs. Suite à deux remises de l'affaire, la mère a été convoquée pour assister à l'audience du 5 juin 2019 à son ancienne adresse à Esch-sur-Alzette où elle n'a pas reçu la convocation en personne, de sorte que le jugement de première instance aurait dû être rendu par défaut à son égard. Il s'ajouterait que la demande du père qui était nouvelle par son objet et par sa cause aurait dû être déclarée irrecevable en vertu du principe de l'immutabilité du litige, sinon pour violation du principe de la contradiction. Le jugement déféré devrait être annulé pour ces causes.

A titre subsidiaire, le représentant du ministère public se rallie aux conclusions de l'avocat des enfants et demande à la Cour de surseoir à statuer sur le fond dans l'attente du résultat d'une commission rogatoire internationale à lancer concernant la situation actuelle des enfants au Portugal.

#### *Appréciation de la Cour*

Conformément aux conclusions de A. et du représentant du ministère public, les requêtes des 19 mars 2018 et 4 avril 2018 tendent exclusivement à l'octroi au père des enfants C. et D. d'un droit de visite et d'hébergement, respectivement à l'aménagement et à l'encadrement de l'exercice de ce droit. Les deux décisions rendues contradictoirement entre parties les 31 juillet 2018 et 18 janvier 2019 portaient sur cette même question. Le dernier jugement a fixé la continuation des débats au 24 avril 2019 où l'affaire a été remise à une audience ultérieure en raison de l'absence de A.

Au vu de ces éléments et des dispositions des articles 75 et 76 du Nouveau Code de procédure civile, le juge de première instance a, à juste titre et pour des motifs que la Cour fait siens, statué par un jugement contradictoire à l'égard de A.

Il se dégage de la motivation du jugement entrepris que ce n'est qu'à l'audience du 5 juin 2019 qu'B. a formulé sa demande tendant à voir fixer la résidence habituelle des enfants communs auprès de lui et ce en l'absence de A..

Conformément aux conclusions de cette dernière et du représentant du ministère public, cette demande diffère cependant des demandes initiales des parties de par son objet et elle ne peut être considérée comme ayant été implicitement contenue dans celles-ci se rapportant exclusivement à l'octroi et à l'aménagement du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard des enfants C. et D.

Or, l'article 63 du Nouveau Code de procédure civile dispose que « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ».

En l'occurrence, le jugement du 9 janvier 2019 avait fixé l'affaire à l'audience du 24 avril 2019 « *pour continuation des débats* » sur les demandes initiales des parties et la lettre de convocation du 15 mai 2019 pour l'audience du 5 juin 2019 renseigne également comme objet de la comparution une « *continuation des débats* ».

A. n'a ainsi pas été appelée pour entendre statuer sur la demande d'B. concernant le transfert de la résidence habituelle des enfants communs. N'ayant pas été présente à l'audience, elle n'a pas non plus pu être entendue à ce sujet.

Or, en vertu de l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile, le juge doit en toute hypothèse faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Le débat contradictoire est ainsi de l'essence même de la procédure judiciaire en ce qu'il constitue un des piliers du procès équitable et du respect des droits de la défense. Sans contradiction, impliquant que chaque partie soit informée à tout moment des démarches procédurales des autres acteurs impliqués, que se soient ses adversaires, les juges ou les autres intervenants dans la procédure, l'instance ne peut jouir de la crédibilité et de l'acceptation nécessaires pour assurer sa légitimité et celle de la décision adoptée en fin de parcours. La violation de ces principes entraîne la nullité de la décision.

En recevant la demande d'B. et en la déclarant fondée, le juge de première instance a violé les textes cités ci-dessus et son jugement encourt l'annulation (T. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 45, p. 64 et 65).

L'appel de A. est donc fondé.

En cas d'annulation par le juge d'appel d'un jugement définitif, ayant statué sur le fond, le juge d'appel, sans avoir à évoquer le litige, statue sur le fond de l'affaire en vertu de l'effet dévolutif de l'appel qui crée pour lui l'obligation de juger le procès (Cour d'appel 17 juin 1953, Pas. 15, p. 502).

En vertu de l'effet dévolutif de l'appel, la Cour est investie de la connaissance de la demande d'B. présentée devant le juge de première instance à l'audience du 5 juin 2019 et tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs C. et D. auprès de lui.

Eu égard à l'absence de A. à la prédite audience et aux textes de loi cités ci-dessus, cette demande doit, être déclarée irrecevable.

Succombant dans sa demande B. doit supporter les frais et dépens des deux instances.

**Par ces motifs**

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel des décisions du juge des tutelles, statuant contradictoirement, l'avocat des mineurs, les mandataires des parties et la représentante du Ministère public entendus en leurs conclusions en chambre du conseil,

reçoit l'appel en la forme,

le dit fondé,

annule le jugement du 19 juin 2019,

dit irrecevable la demande d'B. tendant à la fixation de la résidence habituelle des enfants communs C. et D. auprès de lui,

condamne B. aux frais et dépens des deux instances.

Odette PAULY, président de chambre,  
Rita BIEL, conseiller,  
Yannick DIDLINGER, conseiller,  
Simone FLAMMANG, premier avocat général,  
Christian MEYER, greffier.