

**Arrêt N°25/21 - I – DIV - mes. prov.(aff.fam.)**

**Arrêt civil**

**Audience publique du trois février deux mille vingt-et-un**

Numéro CAL-2021-00012 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile,  
dans la cause

**Entre :**

**A.**, née le (...) à (...) au (...), demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour  
d'appel le 29 décembre 2020,

représentée par Maître Romain HELLENBRAND, avocat, en remplacement  
de Maître Yvette NGONO YAH, avocat à la Cour, les deux demeurant à  
Luxembourg,

**et :**

**B.** né le (...) à (...) en (...), demeurant à L-(...),

intimé aux fins de la prédite requête d'appel,

représenté par Maître Anne ROTH-JANVIER, avocat à la Cour, demeurant  
à Luxembourg.

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

Statuant sur les mesures provisoires dans le cadre de la procédure de divorce entre B.(ci-après : B.) et A. (ci-après : A.) introduite par requête du 23 juillet 2020, le juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par ordonnance du 21 décembre 2020, dit la demande de B. en résidence séparée de son épouse à l'adresse L-(...), recevable et fondée, autorisé B. à résider séparé de son épouse à l'adresse (...), avec interdiction à A. de venir l'y troubler, ordonné le déguerpissement de A. de cette adresse dans un délai d'un mois à partir de la notification de l'ordonnance, dit que, faute par elle de ce faire dans le délai imparti, B. est autorisé à l'en expulser au besoin à l'aide de la force publique, fixé la

résidence habituelle des enfants communs C., né le (...), et D., née le (...), auprès de B., constaté que, par application de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, la décision est d'application immédiate, précisé que les décisions prises valent au provisoire et qu'elles ne préjudicient pas des décisions à intervenir au fond et réservé les frais et dépens.

De cette ordonnance, lui notifiée le 24 décembre 2020, appel a été régulièrement relevé par A. suivant requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 29 décembre 2020 et signifiée à B. par exploit d'huissier de justice du 8 janvier 2021.

L'appelante demande, principalement et eu égard à l'âge des enfants communs, la réformation de l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a ordonné son déguerpissement du domicile conjugal à L-(...) dans le délai d'un mois et conclut à se voir autoriser à résider séparée de son époux à l'adresse du domicile conjugal avec interdiction pour B. de venir l'y troubler et obligation pour celui-ci de déguerpir du domicile conjugal. A. conclut également, par réformation, à voir fixer auprès d'elle et au domicile conjugal la résidence habituelle des enfants communs C. et D. Subsidiairement, elle demande la nomination d'un psychologue avec la mission de décrire les conséquences sur le développement psychologique des enfants communs mineurs qu'entraîne la séparation de leur mère pour des enfants âgés respectivement d'un et de deux ans. Plus subsidiairement, la mère conclut à se voir accorder un droit de visite tous les jours de 16.00 heures à 18.00 heures et un droit d'hébergement tous les deux jours, ainsi que tous les week-ends à charge pour elle de les récupérer à la crèche et de les déposer à la crèche le lendemain. A. conclut, en tout état de cause, à l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir et à la condamnation de B. à tous les frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de son avocat qui affirme en avoir fait l'avance.

A l'appui de son appel, A. expose que les parties, qui vivent ensemble depuis 2017, qui se sont mariées le 6 février 2020 et qui vivent actuellement toujours dans le même immeuble, ont deux enfants communs C. et D. et qu'elles ont également un enfant chacun, issu d'unions antérieures, à savoir l'enfant E., âgé de 11 ans, pour B. et l'enfant F., âgée de 5 ans, pour elle-même.

Elle relève que la décision de fixer la résidence habituelle et le domicile légal des enfants communs auprès du père, sans lui accorder de droit de visite et d'hébergement, la prive complètement de tout contact avec ses enfants en bas âge et de l'exercice de l'autorité parentale, ce qui serait contraire à l'intérêt de ces derniers. Tout en admettant que les relations entre parties sont très mauvaises et qu'une séparation s'impose, l'appelante critique la motivation retenue par le juge de première instance qui serait fondée sur le seul fait qu'elle aurait retardé la procédure de divorce, motivation qui serait insuffisante, pour omettre de considérer l'intérêt des enfants, et contraire à la réalité. Elle ajoute que le père ne s'est jamais occupé des enfants communs, étant pris par son activité professionnelle d'indépendant, et que le jeune âge des enfants requiert la présence de la mère au domicile conjugal. A. expose qu'elle entend demander son maintien dans le domicile conjugal, conformément aux dispositions de l'article 253 du Code civil, dans le cadre de l'affaire de divorce au fond. Aucun élément du dossier ne permettrait de retenir qu'elle soit une mauvaise mère et qu'un droit de visite et d'hébergement doive lui être refusé. Elle précise finalement que, depuis le mois d'août 2020, les enfants communs fréquentent la crèche.

B. fait répliquer que A. a été mariée une première fois et qu'un enfant vivant auprès du père en France est issu de cette union. F. serait le deuxième enfant de A., elle aurait vécu en Afrique auprès de la grand-mère maternelle, elle serait venue à Luxembourg en 2019 seulement et elle vivrait actuellement dans le foyer conjugal où vit également son fils d'une union précédente, E., dont il assurerait la garde à l'exclusion de la mère qui ne se serait vue accorder un droit de visite et d'hébergement que récemment. A. consommerait des drogues et aurait des réactions excessives souvent motivées par la jalousie. Suite à des signalements aux autorités de la situation des enfants, le juge de la jeunesse aurait été saisi sur citation du Parquet et aurait rendu un jugement le 18 décembre 2020. Il se dégagerait de cette décision que la mère ne s'occupe pas correctement du ménage et qu'elle n'accepte pas les conseils donnés par les services de guidance. La situation entre parents serait conflictuelle au point que A. aurait séjourné dans un service de psychiatrie pendant un certain temps et qu'il aurait été expulsé par la police du domicile conjugal, A. n'ayant toutefois pas demandé de prolongation de cette mesure. Il y aurait nécessité absolue de séparer le couple, les enfants et plus spécialement l'enfant E., étant affectés par la situation, tel que cela se dégagerait des rapports d'enquête sociale dressés à leur sujet. Dans le cadre de la recherche de la solution à donner au litige, il conviendrait néanmoins de prendre en compte la situation familiale dans son ensemble. Le tribunal de la jeunesse aurait ordonné le maintien en milieu familial des quatre enfants, mais aurait posé des conditions strictes, dont notamment la fréquentation de la crèche par C. et D. et la fréquentation du foyer scolaire par les enfants scolarisés. Un système d'assistance éducative aurait été mis en place, avec obligation pour A. de collaborer. L'intimé expose encore qu'exerçant une activité de gérance d'immeubles à titre indépendant, il est flexible quant à ses heures de travail et qu'il est donc en mesure de s'occuper des enfants. Il prendrait déjà actuellement en charge le suivi scolaire de ceux-ci. Les enfants seraient attachés à lui et A. leur en ferait le reproche et elle critiquerait ouvertement les capacités éducatives du père, alors que ses propres capacités éducatives seraient sujettes à caution. Le juge de première instance aurait correctement retenu que le comportement de A. se trouve à l'origine de la dégradation des relations familiales. B. conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Il ne s'oppose pas à ce que la mère garde le contact avec les enfants, mais demande qu'elle aille les chercher à la crèche ou à l'école et qu'elle les ramène au domicile familial. Un éventuel droit de visite et d'hébergement à accorder pour le week-end devrait se terminer le dimanche soir aux fins de permettre aux enfants de reprendre le rythme de la semaine en sérénité. A titre subsidiaire, il demande une actualisation des enquêtes sociales concernant la situation des enfants et, dans l'hypothèse d'un transfert de la résidence des enfants communs auprès de la mère, il demande le même droit de visite et d'hébergement que celui requis par cette dernière.

#### *Appréciation de la Cour*

L'appel qui a été introduit dans les forme et délai de la loi et qui n'est pas spécialement critiqué à cet égard, est recevable.

Le juge de première instance s'est référé à bon droit aux dispositions de l'article 1007-45 du Nouveau Code de procédure civile lui permettant, dans le cadre d'une procédure de divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal de prendre des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens, tant des conjoints que des enfants.

Concernant les enfants, l'article 376 du Code civil dispose que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* » et que « *chacun des parents doit maintenir ses relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ». Plus spécialement en ce qui concerne le droit de visite et d'hébergement du parent auprès duquel un enfant mineur ne demeure pas habituellement, l'article 376-1 du même Code prévoit que « *l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé que pour des motifs graves* » et autorise le juge aux affaires familiales, lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, à organiser les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires.

L'article 1007-54 du Nouveau Code de procédure civile précise finalement que le juge, lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, peut prendre en considération la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure, les sentiments exprimés par l'enfant mineur lorsqu'ils sont exprimés dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre, le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte de l'âge de l'enfant, les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes sociales. Toutes ces décisions doivent s'orienter à l'intérêt supérieur de l'enfant, à l'exclusion d'éventuelles convenances personnelles des parents.

Les deux parents critiquent les capacités éducatives de l'autre et demandent à ce que la résidence habituelle des enfants communs soit fixée auprès d'eux, au domicile conjugal qui appartient à B. et où est également hébergée la tante de celui-ci.

A. relève à juste titre que le jeune âge des enfants communs milite en faveur d'une présence de la mère auprès d'eux. Sans qu'il n'y ait lieu de consulter encore un psychologue à ce sujet, ce constat général n'affranchit cependant pas le juge de prendre en considération la situation concrète des parties au moment où il statue et ne l'empêche pas non plus de prendre, le cas échéant, une décision différente s'il estime que l'intérêt des enfants le commande.

Le juge de première instance, contrairement aux conclusions de l'appelante, ne s'est pas déterminé exclusivement par l'attitude procédurale adoptée par celle-ci mais également par son constat personnel que c'est le comportement de A. qui se trouve à l'origine de la situation devenue intenable entre parties et préjudiciable aux enfants vivant avec le couple.

Concernant la situation antérieure à la demande en divorce, il ressort du rapport d'enquête sociale dressé le 6 juillet 2020 que la mère qui travaillait jusqu'en octobre 2020 pour la société de B., était néanmoins présente au domicile pour s'occuper des enfants vivant avec le couple. B. a également travaillé à partir du domicile commun pour gérer sa société. Les deux parents étaient donc disponibles, dans la mesure où leur activité professionnelle le permettait, pour s'occuper de leurs enfants. L'assistante sociale, lors de sa présence au domicile des parties, a pu constater que B. allait chercher l'enfant F. à l'école et l'institutrice de celle-ci a expliqué qu'en raison de ses nombreux contacts purement professionnels avec B., A. a fait une crise de jalousie allant même jusqu'à porter plainte auprès de la directrice de l'école.

Il ressort encore de la motivation du jugement rendu par le juge de la jeunesse le 18 décembre 2020 que les enquêtes sociales diligentées ont permis de conclure que A. était dépassée au niveau des tâches ménagères et de l'organisation journalière de la vie de famille, qu'elle souffrait de douleurs lombaires et qu'elle était souvent fatiguée. Ce constat, ensemble les incessantes disputes entre A. et B., a amené le juge de la jeunesse à conditionner le maintien en milieu familial de tous les enfants vivant dans le ménage par l'obligation que les enfants, pendant la journée, fréquentent la crèche ou le foyer scolaire. Contrairement à ce qu'elle fait plaider, à partir du mois d'août 2020, ce n'était donc plus la mère qui s'occupait majoritairement des enfants et qui les nourrissait quotidiennement. L'assistante sociale qui a rendu visite à la famille dans le cadre de l'établissement des rapports d'enquête sociale a pu constater un grand attachement des deux fils au père.

B. verse encore une photo représentant une petite boîte contenant de la poudre et des emballages en plastique ressemblant au conditionnement généralement utilisé pour la vente de stupéfiants, ainsi qu'un billet de banque enroulé de manière à pouvoir servir d'ustensile pour inhaler, qu'il relate avoir trouvé cachée au domicile conjugal, pour soutenir que A. consomme régulièrement des substances illicites.

Or, confronté aux contestations de l'appelante, cette seule photo, dont les circonstances de prise ne sont pas établies, n'est pas de nature à prouver une consommation régulière de stupéfiants par A..

Le fait que B. ait été expulsé du domicile conjugal pour avoir exercé des violences à l'égard de A. qui n'a pas continué la procédure y afférente, n'est pas de nature à établir que B., qui conteste avoir porté des coups à son épouse, soit susceptible d'user également de violences à l'égard des enfants du couple et qu'il n'est pas à même de s'en occuper correctement. Il s'ajoute que B., se prétendant victime de violences de la part de l'épouse, a également porté plainte contre A. pour des morsures ou griffures que celle-ci lui aurait infligées lors de diverses disputes motivées par la jalousie et pour destruction volontaire de son véhicule de fonction.

Le certificat médical du 8 juin 2019 versé par A. concerne des faits antérieurs au mariage des parties et ne permet pas de retenir que A. ait été victime de violences, le médecin auteur dudit certificat ne faisant que relater les dires de la patiente et n'ayant pas constaté de signes cliniques des douleurs invoquées par elle. Cette pièce n'est donc pas pertinente pour la solution à apporter au présent litige.

Au vu de ces éléments, de l'intérêt des enfants communs du couple consistant dans la stabilité quant à leur lieu d'établissement et quant à la fratrie dans laquelle ils ont grandi, mais également dans un souci de cohésion familiale au sens plus large, il convient de confirmer l'ordonnance entreprise, en ce que le juge de première instance a autorisé B. à résider séparé de l'épouse dans l'immeuble situé à L-(...), en ce qu'il a fixé la résidence habituelle des enfants communs C. et D. auprès du père à cette même adresse et en ce qu'il a condamné A. à déguerpir.

A. qui, suite à son départ du domicile conjugal et en vertu du jugement du juge de la jeunesse du 18 décembre 2020, devra se reconstruire une nouvelle situation en recherchant du travail et un nouveau logement, relève cependant à juste titre que la séparation entre parents ne doit pas être de nature à la priver de tous contacts avec ses enfants, de sorte qu'il y a lieu de

lui accorder un droit de visite à l'égard des enfants communs mineurs, en période scolaire, sauf meilleur accord des parties, chaque lundi, mercredi et vendredi après-midi de 16.00 à 18.00 heures, à charge d'aller chercher les enfants à la crèche et de les ramener à leur domicile.

A partir du jour où A. aura trouvé un logement adéquat lui permettant de loger les deux enfants communs, il y a également lieu de lui accorder un droit de visite et d'hébergement, sauf meilleur accord des parties, chaque deuxième week-end du vendredi 18.00 heures à la fin de son droit de visite au dimanche soir à 18.00 heures retour au domicile des enfants, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires aux dates à convenir entre parents, sinon les années paires pendant les vacances de Carnaval, la deuxième moitié des vacances de Pâques, la première et la troisième quinzaine des vacances d'été et la première moitié des vacances de Noël et les années impaires la première moitié des vacances de Pâques, les vacances de Pentecôte, la deuxième et la quatrième quinzaine des vacances d'été, les vacances de la Toussaint et la deuxième moitié des vacances de Noël.

Concernant l'exécution provisoire du présent arrêt, sollicitée par A., il convient de préciser que le délai de cassation et le pourvoi en cassation ne produisent pas d'effet suspensif sur l'exécution du présent arrêt, de sorte qu'il est de fait exécutoire par provision et que la demande tenant à l'exécution provisoire est sans objet.

Le juge de première instance ayant réservé les frais et dépens, la Cour ne se trouve pas valablement saisie de la demande de A. à ce sujet.

A. succombant dans la majeure partie de son recours, il convient d'instaurer un partage des frais et dépens de l'instance à raison d'un tiers à charge de B. et de deux tiers à charge de la partie appelante avec distraction, pour la part le concernant, au profit de l'avocat de A. sur ses affirmations de droit.

## PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement, et au provisoire,

reçoit l'appel en la forme,

le dit partiellement fondé,

**réformant,**

accorde à A. un droit de visite à l'égard des enfants communs C., né le 21 juillet 2018, et D., née le 26 septembre 2019, en période scolaire, sauf meilleur accord des parties, chaque lundi, mercredi et vendredi après-midi de 16.00 à 18.00 heures, à charge pour la mère d'aller chercher les enfants à la crèche et de les ramener à leur domicile,

accorde à A. à partir du jour où elle disposera d'un logement adéquat pour accueillir les deux enfants communs C. et D., un droit de visite et d'hébergement s'exerçant, sauf meilleur accord des parties, en période scolaire, chaque deuxième week-end du vendredi 18.00 heures à la fin de

son droit de visite au dimanche soir à 18.00 heures retour au domicile des enfants, à charge pour la mère d'aller chercher les enfants et de les ramener à leur domicile,

accorde à A., sous la même condition, un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs C. et D. pendant la moitié des vacances scolaires aux dates à convenir entre parents, sinon, les années paires, pendant les vacances de Carnaval, la deuxième moitié des vacances de Pâques, la première et la troisième quinzaine des vacances d'été et la première moitié des vacances de Noël et, les années impaires, la première moitié des vacances de Pâques, les vacances de Pentecôte, la deuxième et la quatrième quinzaine des vacances d'été, les vacances de la Toussaint et la deuxième moitié des vacances de Noël,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour un tiers à B. et pour deux tiers à A., avec distraction pour la part qui la concerne au profit de Maître Yvette Ngonu Yah, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présents:

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