

**Texte pseudonymisé**

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

**Arrêt N°248/23 – I– CIV (aff. fam.)**

**Arrêt civil**

**Audience publique du treize décembre deux mille vingt-trois**

Numéro CAL-2023-01069 du rôle

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

**E n t r e :**

**PERSONNE1.),** né le DATE1.) à ADRESSE1.) en Italie, demeurant à L-ADRESSE2.),

appelant aux termes d'une requête d'appel déposée au greffe de la Cour d'appel le 8 novembre 2023,

représenté par Maître Giuseppina CHIRICO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t :**

**PERSONNE2.),** née le DATE2.) à ADRESSE3.) au Cameroun, demeurant à L-ADRESSE2.),

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Pierre-Alain HORN, en remplacement de Maître Hanan GANA-MOUDACHE, avocats à la Cour, les deux demeurant à Differdange,

**e n p r é s e n c e d u :**

Ministère public, partie jointe.

-----

## LA COUR D'APPEL

Statuant sur une requête déposée le 10 octobre 2023 au greffe du juge aux affaires familiales près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg par PERSONNE1.) dirigée contre PERSONNE2.) tendant à voir constater que les enfants communes mineures PERSONNE3.), née le DATE3.) à ADRESSE4.) (Cameroun), et PERSONNE4.), née le DATE4.) à ADRESSE1.) (Italie), se trouvent sur le territoire luxembourgeois, constater que PERSONNE2.) a retenu illicitement au Luxembourg les enfants communes mineures, constater que la résidence habituelle des enfants communes mineures est à ADRESSE5.) en Italie et à voir ordonner le retour immédiat des enfants communes mineures auprès de leur père à ADRESSE5.) en Italie, le juge aux affaires familiales a, par ordonnance du 20 octobre 2023,

- reçu la demande en la forme,
- s'est déclaré compétent pour en connaître,
- a constaté que le déplacement par PERSONNE2.) des enfants communes mineures PERSONNE3.) et PERSONNE4.) vers le Luxembourg a eu lieu sans le consentement du père,
- dit qu'il est dans l'intérêt des mineures qu'elles soient entendues en justice,
- avant tout progrès en cause sur la demande de PERSONNE1.) en retour immédiat des enfants communes mineures vers l'Italie auprès de lui, désigné Maître Laura Guetti, avocat, avec la mission d'entendre les mineures, de les assister et, le cas échéant, de les représenter dans le cadre de la procédure pendante entre leurs parents PERSONNE2.) et PERSONNE1.),
- dit que dans l'exercice de sa mission, l'avocat désigné pourra s'entretenir avec toute personne qu'il lui semble utile d'entendre sur la situation des mineures et s'entourer de tous renseignements utiles à l'accomplissement de la mission lui confiée,
- dit que, par application de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, la décision est d'application immédiate,
- réservé les frais et les dépens de l'instance et
- fixé une audience pour la continuation des débats.

De cette décision, qui lui a été notifiée le 25 octobre 2023, PERSONNE1.) interjette appel, d'une part, suivant requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 8 novembre 2023 et, d'autre part, suivant exploit d'assignation à comparaître devant la Cour d'appel à l'audience du 29 novembre 2023, signifié le 17 novembre 2023 à PERSONNE2.).

L'appelant conclut, par réformation de l'ordonnance du 20 octobre 2023, à voir ordonner le retour immédiat des enfants communes mineures PERSONNE3.) et PERSONNE4.) en Italie auprès de lui et à entendre dire que les conditions pour la désignation d'un avocat des enfants communes mineures PERSONNE3.) et PERSONNE4.) ne sont pas réunies. Pour le surplus, PERSONNE1.) conclut à la confirmation de l'ordonnance du 20 octobre 2023 et à l'exécution provisoire de l'ordonnance (il y a lieu de lire l'arrêt) à intervenir.

A l'appui de son recours, l'appelant fait valoir en substance qu'il n'est pas dans l'intérêt des enfants de les entendre dans le cadre du litige opposant leurs parents, que celles-ci, au vu de leur jeune âge, ne présentent pas le discernement nécessaire, ni la stabilité émotionnelle pour être entendues et qu'il est primordial pour les filles communes que leur retour soit ordonné aussi rapidement que possible dans leur pays de résidence habituelle où elles sont inscrites à l'école, où elles ont un environnement social et où elles sont supposées subir des examens médicaux.

PERSONNE2.) s'en remet à la sagesse de la Cour concernant la forme de l'appel et le délai. Pour le surplus, elle soulève l'irrecevabilité de l'appel dans la mesure où il serait dirigé contre un jugement avant dire droit qui s'est limité à constater que le déplacement des enfants au Luxembourg a été fait sans le consentement du père et qui a ordonné une mesure d'instruction. Le fondement de la demande de PERSONNE1.) en retour des enfants en Italie n'aurait pas été toisé par le juge de première instance. Même à admettre qu'il s'agisse d'un jugement mixte, l'appel concernerait d'une part, la mesure d'instruction ordonnée et, d'autre part, le retour immédiat des enfants, point qui n'a pas fait l'objet d'une décision du juge aux affaires familiales. Quant au fond, il conviendrait d'entendre les enfants aux fins de déterminer quelle mesure est dans leur plus grand intérêt. La jurisprudence retiendrait d'ailleurs qu'un enfant de 9 ans dispose du discernement nécessaire pour être entendu dans le cadre d'une affaire d'enlèvement d'enfant.

La représentante du Ministère public fait valoir que, même si seule l'assignation signifiée le 17 novembre 2023 à PERSONNE2.) est recevable en la forme, le délai d'appel n'a pas expiré comme il n'a jamais commencé à courir, l'ordonnance n'ayant pas fait l'objet d'une signification, mais seulement d'une notification par la voie du greffe, non pertinente à cet égard. Dans la mesure où l'ordonnance entreprise a constaté que les enfants ont été déplacées au Luxembourg sans l'accord du père et où, pour le surplus et avant tout autre progrès en cause, une mesure d'instruction a été ordonnée, il conviendrait de s'interroger sur l'intérêt à agir de la partie appelante et, à défaut, de déclarer l'appel irrecevable. Subsidiairement et quant au fond, la mesure ordonnée serait conforme aux conventions internationales invoquées par PERSONNE1.) et il conviendrait de confirmer l'ordonnance déferée.

#### *Appréciation de la Cour*

- La procédure introductive d'instance

En vertu des dispositions de l'article 1109 du Nouveau Code de procédure civile, le Procureur d'Etat a qualité pour intenter toutes actions relatives à l'application, notamment, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980

sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, mais ces dispositions ne font pas obstacle à la faculté pour toute personne intéressée de saisir directement, à tout moment de la procédure, la juridiction compétente.

L'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile initialement introduit dans le code par une loi du 10 août 1992, poursuit depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales que « *le juge aux affaires familiales du tribunal d'arrondissement dans la juridiction duquel l'enfant a été trouvé est compétent pour statuer sur toute action concernant le retour immédiat. Il statue comme en matière de référé* ».

Cette dernière phrase figurait déjà dans le texte d'origine et n'a pas été modifiée par la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales.

Concernant l'application des articles 1113 et 1114 du Nouveau Code de procédure civile à la procédure d'appel dans le cadre d'une demande de retour immédiat d'un enfant, il se dégage des travaux parlementaires n° 3480 ayant donné lieu à la loi du 10 août 1992, portant approbation de la Convention entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement de la République Française relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987 et de la Convention entre le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement du Royaume de Belgique relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde et de droit de visite, signée à Bruxelles le 4 avril 1987 et modifiant le Code de procédure civile, que l'article 897-2 du projet de loi - qui est devenu par la suite l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile - s'applique à la compétence territoriale et à la procédure à suivre pour toutes actions en justice concernant le retour immédiat d'un enfant. Les articles 897-3 à 897-8 du projet - devenus les articles 1111 à 1116 du Nouveau Code de procédure civile - par contre, traitent des demandes en reconnaissance et en exécution de décisions étrangères prises en matière de droit de garde et de droit de visite des enfants (Doc. parl. 3480, session 1990-1991, 18 avril 1991, Commentaire des articles, p. 8 et 9).

Les articles 1113 et 1114 du Nouveau Code de procédure civile ne s'appliquent donc pas à la présente procédure relative à la demande de retour immédiat en Italie des filles communes mineures PERSONNE3.) et PERSONNE4.).

L'article 1007-9 du même code s'applique à la procédure d'appel contre les décisions prises par le juge aux affaires familiales dans le cadre de sa compétence générale et au fond. Il ne s'agit pas d'une procédure de référé, de sorte que cette procédure ne peut être visée par les dispositions de l'article 1110 prescrivant une procédure « *comme en matière de référé* ». Mises à part les dispositions de l'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile, la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales ne prévoit, en effet, pas de procédure de référé devant le juge aux affaires familiales lorsque celui-ci statue dans le cadre de sa compétence générale, hors procédure de divorce.

Les dispositions de l'article 1007-11 du Nouveau Code de procédure civile visent une procédure d'urgence absolue tendant à la prise de mesures provisoires à titre de référé exceptionnel dans la seule hypothèse où le juge aux affaires familiales est saisi au préalable d'une demande au fond. Cette hypothèse n'est pas remplie en l'espèce.

La loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales n'ayant ainsi pas prévu de procédure spéciale devant le juge aux affaires familiales pour les demandes d'entraide judiciaire internationale en matière de droit de garde et de droit de visite des enfants, il convient de retenir, à l'instar de la jurisprudence française dans cette même matière rendue sur base de textes similaires que c'est la procédure préexistante de droit commun des référés sur assignation qui est applicable (Cass. fr. 1<sup>ère</sup> civ., 20 janvier 2010, n° 08-19.267, JurisData n°2010-051162 et Cour d'appel d'Agen, 1<sup>ère</sup> ch. matrimoniale, 6 novembre 2014, n° répertoire général 14/01242, n° d'arrêt 755/2014).

Conformément à l'article 939 du Nouveau Code de procédure civile, le délai d'appel est donc de 15 jours à partir de la signification de la décision attaquée et l'appel est introduit sous forme d'assignation à jour fixe, il est jugé d'urgence et selon la même procédure qu'en première instance.

L'appel introduit par requête déposée au greffe de la Cour le 8 novembre 2023 est partant irrecevable et celui introduit le 17 novembre 2023 par acte d'assignation à comparaître à jour fixe est à déclarer recevable.

Comme l'ordonnance du 20 octobre 2023 n'a pas fait l'objet d'une signification, le délai d'appel n'a pas commencé à courir à l'égard de PERSONNE1.) et, conformément aux conclusions de Ministère public, l'appel a été introduit dans le délai légal.

- L'ordonnance du 20 octobre 2023

Il se dégage de l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile, ensemble les dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants que les décisions prises par le juge aux affaires familiales, statuant « *comme en matière de référé* » et donc selon une procédure accélérée, au sujet du retour éventuel de l'enfant enlevé dans son pays de résidence originaire, sont rendues au fond et ne constituent donc pas des décisions provisoires.

Les articles 579 et suivants du Nouveau Code de procédure civile sont donc applicables.

En vertu des dispositions des articles 355, 579 et 580 du Nouveau Code de procédure civile, peuvent être frappés d'appel immédiatement et indépendamment de la décision sur le fond seuls les jugements qui, dans leur dispositif, tranchent une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction et les jugements qui, statuant sur une exception, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin au litige. Si, par contre, le juge s'est prononcé sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou quelque autre incident qui ne met pas fin au litige et s'il n'a pas, dans le

dispositif, vidé au moins une partie du fond même du litige, l'appel ne pourra être interjeté indépendamment de l'appel contre le jugement sur le fond.

Les jugements mixtes sont ceux qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (Cass. 16 décembre 1999, Pas. 31, p. 339).

Le principal s'entend des prétentions respectives qui fixent l'objet du litige. Il en suit qu'un jugement qui statue sur une partie du principal et ordonne pour le surplus une mesure d'instruction ou une surséance n'est pas nécessairement mixte. Il ne le sera que si les deux chefs de la décision sont liés à la même demande. Si tel n'est pas le cas, pour la recevabilité de l'appel, on doit estimer qu'il existe deux décisions l'une, qui tranche le principal et, l'autre, qui est purement avant dire droit.

Le critère retenu pour décider si le jugement est susceptible d'appel est purement formel. Il s'attache à la seule rédaction du dispositif et il n'y a pas lieu de tenir compte des motifs, même s'ils sont décisives (Cour d'appel 25 novembre 2009, Pas. 35, p. 40).

Il y a décision sur une partie du principal, si le jugement, sans épuiser le fond, tranche définitivement une question faisant partie de l'objet du litige, de sorte que lors de la continuation des débats, le juge est lié par cette décision et ne peut plus revenir sur ce qu'il a décidé. Le fait de surseoir à statuer aux fins de continuation des débats ou aux fins d'instruction dans le cadre de la mise en état constitue une mesure d'instruction au sens de l'article 579, alinéa 1<sup>er</sup>, du Nouveau Code de procédure civile (Cass. 27 novembre 2014, Pas. 37, p. 139).

En l'occurrence, le juge aux affaires familiales a rendu une telle décision mixte en retenant, dans le cadre d'une seule demande émanant de PERSONNE1.) et tendant au retour immédiat des enfants en Italie, que ces dernières ont été déplacées au Luxembourg sans le consentement de leur père, préalable nécessaire à une éventuelle décision de retour immédiat des enfants, en ordonnant, avant tout autre progrès en cause, l'audition des enfants par l'intermédiaire de Maître Laura Guetti et en fixant une continuation des débats à une audience ultérieure.

Or, la recevabilité de l'appel d'un jugement mixte suppose que l'appel porte sur le chef de la demande faisant l'objet de la décision définitive. En revanche, doit être déclaré irrecevable l'appel d'un jugement mixte qui se borne à critiquer la seule partie du dispositif ayant réservé le bien-fondé de la demande (Cour d'appel 25 novembre 2009, Pas. 35, p. 40).

En l'occurrence, PERSONNE1.) a dirigé son recours contre la mesure d'instruction ordonnée par le juge de première instance et contre la décision de réserver le surplus de la demande en retour immédiat en fixant une continuation des débats à ce sujet.

Il en découle que, conformément aux conclusions de PERSONNE2.), l'appel est irrecevable.

- Les accessoires

PERSONNE1.) succombant dans son recours, il doit en supporter les frais et dépens.

## PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant comme en matière de référé, sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et de l'article 1110 du Nouveau Code de procédure civile, statuant contradictoirement,

dit irrecevable l'appel introduit par requête déposée au greffe le 8 novembre 2023,

reçoit l'appel introduit par exploit d'huissier du 17 novembre 2023 en la forme,

le dit irrecevable pour le surplus,

laisse les frais et dépens de l'instance à charge de PERSONNE1.).

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

Yannick DIDLINGER, premier conseiller-président,  
Thierry SCHILTZ, conseiller,  
Laurent LUCAS, conseiller,  
Joëlle NEIS, avocat général,  
Laetitia D'ALESSANDRO, greffier.