

**Assistance judiciaire accordée à B.) par décision du délégué du bâtonnier de Luxembourg à l'assistance judiciaire en date du 24 janvier 2017.**

Arrêt N°70/19 – II – REF DIV

Audience publique du vingt-quatre avril deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00025 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre,  
Carine FLAMMANG, premier conseiller,  
Marianne EICHER, conseiller, et  
Christian MEYER, greffier.

E n t r e :

**A.),** demeurant à L-6434 Echternach, 6, rue André Duchscher,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Diekirch du 28 décembre 2018,

comparant par Maître Patricia Junqueira OLIVEIRA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**B.),** demeurant à L-6460 Echternach, 14, Place du Marché,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Vania FERNANDES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

## LA COUR D'APPEL:

Par ordonnance du 9 janvier 2018, le juge des référés près le tribunal de Diekirch statuant dans le cadre des mesures provisoires accessoires au divorce entre B.) et A.), a confié la garde provisoire des enfants communs mineurs C.) et D.) à B.), accordé à A.) un droit de visite et d'hébergement à l'égard des enfants communs mineurs à exercer selon les convenances personnelles des parties, sinon de manière usuelle, chaque deuxième weekend ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires et condamné A.) à payer à B.) une pension alimentaire de 200,00 euros par mois pour l'enfant C.) et de 150 euros par mois pour l'enfant D.).

De cette ordonnance lui signifiée le 14 décembre 2018, appel a été relevé par A.) suivant exploit d'huissier du 28 décembre 2018, l'appelant demandant, par réformation, à voir communiquer le dossier au Ministère Public aux fins d'enquête sociale par rapport à la situation des enfants C.) et D.), à se voir confier, dès à présent, la garde provisoire des enfants, à voir dire que les allocations familiales seront perçues par le père et à voir condamner B.) à lui payer une pension alimentaire mensuelle de 150,00 euros par enfant.

A l'appui de son recours, A.) fait valoir que les deux enfants ont des difficultés à l'école, C.), après avoir arrêté ayant repris le chemin de l'école, affichant toutefois actuellement un absentéisme sans raison valable, et D.) ayant du retard au niveau scolaire. Les deux enfants ayant des compétences, A.) estime que leur avenir scolaire est actuellement compromis.

B.) conclut à l'irrecevabilité de l'appel par rapport au volet de la garde provisoire des enfants en donnant à considérer qu'en première instance le père était d'accord à voir confier la garde provisoire des enfants à la mère et soulignant que lors des débats ayant abouti à l'ordonnance entreprise une enquête sociale, ordonnée par le juge de la jeunesse, était en cours, de sorte que A.) connaissait parfaitement la situation et a marqué son accord à voir confier la garde provisoire à la mère en pleine connaissance de cause. Elle souligne qu'à une audience devant le tribunal de la jeunesse en septembre 2018, l'affaire a été remise sine die au vu du rapport d'enquête sociale, ce qui prouverait l'absence d'éléments permettant d'admettre que l'avenir des enfants serait compromis. La demande de l'appelant tendant à l'institution d'une enquête sociale serait par ailleurs, irrecevable pour être nouvelle en instance d'appel.

Pour autant que le volet de l'appel concernant la garde provisoire soit recevable, il ne serait pas fondé, B.) concluant à la confirmation de ce chef de l'ordonnance entreprise en faisant valoir qu'aucun élément de la cause ne justifie un transfert de la garde des enfants au profit du père, les résultats scolaires de D.) étant bons, alors qu'il

a un niveau de compétence B et les résultats scolaires de C.), en cours d'études justifiées, étant également satisfaisants.

Pour autant que la garde des enfants soit transférée au père, il y aurait lieu, au niveau de la pension alimentaire, de tenir compte de la situation financière difficile de B.), qui, après avoir bénéficié d'un contrat de réinsertion sociale, est actuellement sans emploi pour des raisons de santé.

#### *Appréciation de la Cour*

D'emblée la Cour note que si en première instance C.), née le 11 décembre 2000, était encore mineure, elle est devenue majeure en cours d'instance d'appel le 11 décembre 2018. Il en suit que les volets de l'appel relatifs à l'institution d'une expertise et à la garde provisoire ne concernent que l'enfant D.), seul le volet de la pension alimentaire étant à examiner pour les deux enfants communs.

Concernant le volet de l'appel tendant à l'institution d'une enquête sociale qui est recevable, une telle demande pouvant être formulée en tout état de cause et même pour la première fois en instance d'appel, la Cour note qu'en l'absence du moindre élément pertinent établissant les griefs dont l'appelant se prévaut, il ne saurait être fait droit à la demande formulée à ce titre.

Par rapport au volet de l'appel relatif à la garde, respectivement à la résidence des enfants, la notion de garde ayant cédé le pas à celle de résidence depuis la loi du 27 juin 2018 instituant le juge aux affaires familiales et portant réforme du divorce et de l'autorité parentale, il est rappelé que la recevabilité de l'appel est soumise à la condition que le jugement de première instance cause un grief à l'appelant, qui n'a intérêt à interjeter appel que pour autant qu'il succombe dans tout ou partie de ses prétentions formulées en première instance, ce qui est le cas dès lors qu'une partie est déboutée d'un de ses chefs de demande. Pour apprécier si une partie a succombé à ses prétentions ou à celles de l'adversaire, il faut comparer ce qui a été jugé par les premiers juges et ce qui avait réellement été demandé.

Il ressort de l'ordonnance entreprise que A.) avait marqué son accord en première instance, à voir dire que la résidence des deux enfants, qui étaient encore à cette époque tous les deux mineurs, soit fixée auprès de la mère. L'ordonnance entreprise ne causant dès lors aucun grief à A.) en ce que, conformément aux débats menés, la résidence de l'enfant D.) a été fixée auprès de la mère, ce volet de l'appel encourt l'irrecevabilité.

L'appel relatif à la pension alimentaire sollicitée par A.) pour l'enfant D.) étant conditionné par celui concernant la résidence de l'enfant-ci

en ce qu'il n'est à toiser que pour autant qu'un transfert de la résidence de D.) soit décidé, ce volet de l'appel, compte tenu de ce qui précède, devient sans objet. Il en est de même de l'appel concernant C.) dont il n'est pas contesté qu'elle continue de résider auprès de sa mère, ni qu'elle poursuit des études justifiées.

L'appel n'est, partant, pas fondé.

Au vu du sort réservé à son recours, A.) est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

## **PARCES MOTIFS**

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

déclare l'appel irrecevable pour autant qu'il concerne la résidence de l'enfant D.) et recevable pour le surplus,

dit l'appel non fondé pour autant qu'il concerne l'institution d'une enquête sociale,

le dit sans objet en ce qu'il concerne la pension alimentaire, ainsi que les allocations familiales,

rejette la demande de A.) en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

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