Arrêt N° 176/17 - I - TUT
Numéro 45180 du rôle

A r r ê t T u t e l l e

du vingt-cinq octobre deux mille dix-sept

rendu sur un recours déposé en date du 23 août 2017 au greffe du tribunal de la jeunesse et des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg par

A.), demeurant à L-**(…)**, comparant en personne et assisté par Maître Claudia HOFFMANN, en remplacement de Maître Claude SCHMARTZ, avocats à la Cour, les deux demeurant à Bofferdange,

contre le jugement rendu en date du 5 juillet 2017 par le juge des tutelles près le même tribunal dans l'affaire entre lui-même et

B.), demeurant à L-**(…)**, comparant en personne et assistée par Maître Elisabeth KOHLL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Par jugement du 5 juillet 2017, le juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a décidé que l'autorité parentale à l'égard du mineur **C.)**, né le **(…)**, sera exercée de façon conjointe par **B.)** et **A.)**, a fixé la résidence habituelle de l'enfant auprès de sa mère, a dit que le droit de visite et d'hébergement du père s'exerce, sauf meilleur accord des parties, la moitié du temps, conformément aux disponibilités professionnelles du père, a dit que ce dernier devra informer la mère au moins trois semaines à l'avance de sa disponibilité effective de recueillir l'enfant et a ordonné aux parents de se présenter devant l'un des médiateurs agréés auprès d'un centre de médiation de leur choix, pour une réunion d'information gratuite.

Ce jugement a été entrepris par **A.)** selon un mémoire d'appel déposé le 23 août 2017 au greffe du tribunal de la jeunesse et des tutelles.

A.) demande, par réformation du jugement entrepris, en ordre principal, à se voir accorder le bénéfice de la résidence alternée en ce qui concerne l'enfant commun mineur et à titre subsidiaire, il demande à soumettre à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante : « L'article 380 du Code civil disposant, en ce qui concerne les enfants naturels que le juge des tutelles « *désigne **le** parent chez lequel l'enfant aura sa résidence habituelle(…). Le juge des tutelles peut accorder un droit de visite et d'hébergement et de surveillance au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale* », prévoyant donc la fixation de la résidence de l'enfant auprès d'un seul parent et ne prévoyant pas la fixation de la résidence de l'enfant auprès des deux parents (*résidence alternée*) pour les situations, certes rares mais existantes, où l'on se trouve en

présence de parents dont l'enfant séjourne alternativement chez les deux, parents qui, entre-autres de ce fait, se trouvent sur un pied d'égalité en termes de droits et obligations relatifs à l'enfant, est-il conforme à l'article 10bis(1) de la Constitution et à l'article 11, points (1) et (2) de la Constitution » tel que lesdits articles ont été interprétés, à savoir que toutes les personnes qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit soient traitées de la même manière ».

En première instance le juge des tutelles avait été saisi d'une demande d'**A.)** tendant à voir prononcer l'autorité parentale conjointe. Le jugement entrepris a fait droit à cette demande.

Dans la motivation de sa requête le père avait encore exposé qu'un droit de visite et d'hébergement lui a été accordé pendant deux semaines par mois et qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de lui accorder judiciairement ce droit. Le juge des tutelles a également fait droit à cette demande en accordant au requérant un droit de visite et d'hébergement s'exerçant la moitié du temps.

Dans son mémoire d'appel, **A.)** critique le juge de première instance pour ne lui avoir accordé qu'un simple droit de visite et d'hébergement alors qu'il aurait sollicité à voir acter le principe d'une résidence, sinon d'une garde, alternée.

La partie appelante soulève l'irrecevabilité de l'appel pour défaut d'intérêt du père.

Le représentant du ministère public expose qu'il résulte des débats la demande du père se fonde sur son seul intérêt financier, les parents se trouvant en litige devant le juge de paix afin de voir toiser le problème de la pension alimentaire réclamée par la mère au père. Il conclut que dans ces circonstances le recours est irrecevable, seul l'intérêt de l'enfant rendant un appel recevable. En ordre subsidiaire, le représentant du ministère public demande l'entérinement du raisonnement du juge de première instance.

Conformément au jugement de première instance, le juge des tutelles a fait droit aux demandes d'**A.)**, même à celle qui ne résultait pas expressément du dispositif de sa requête.

Une demande d'acter, synonyme de donner acte, est dépourvue de toute portée juridique (cf. Cass. fr. 3° civ., 16 juin 2016, pourvoi 15-16469).

Pour autant qu'**A.)** s'est borné à *« solliciter à voir acter le principe d'une résidence, sinon d'une garde, alternée* », tel qu'il résulte de son mémoire d'appel, il ne peut, sous prétexte d'expliquer cette demande présenter en appel des conclusions aux fins de se voir accorder le bénéfice d'une résidence alternée constituant une demande nouvelle après avoir obtenu pleine satisfaction en première instance *(cf. Cass. fr. 1re civ., 16 janv. 1979 : Gaz. Pal. 1979, 1, somm. p. 197).*

L'appel d'**A.)** est à déclarer irrecevable faute d'intérêt.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d’Appel, première chambre, siégeant en matière d’appel des décisions du juge des tutelles, statuant contradictoirement à l’égard des parties, le représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions en chambre du conseil,

déclare irrecevable l'appel du 23 août 2017,

condamne l’appelant aux dépens.

Ainsi prononcé en audience publique après instruction de la cause en chambre du conseil où étaient présentes :

Odette PAULY, président de chambre,
Christiane JUNCK, premier conseiller,
Rita BIEL, conseiller,
Monique SCHMITZ, avocat général,
Brigitte COLLING, greffier.