

**N° 08 / 2017  
du 26.1.2017.**

**Numéro 3720 du registre.**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-six janvier deux mille dix-sept.**

**Composition:**

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,  
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,  
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,  
Agnès ZAGO, premier conseiller à la Cour d'appel,  
Jean ENGELS, conseiller à la Cour d'appel,  
Marc SCHILTZ, avocat général,  
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

**Entre:**

**A)**, demeurant à (...),

**demandeur en cassation,**

**comparant par Maître Fernando A. DIAS SOBRAL**, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**et:**

**B)**, prise en sa qualité de gérante de la tutelle de son fils C), demeurant à (...),

**défenderesse en cassation,**

**comparant par Maître Marisa ROBERTO**, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu.

=====

**LA COUR DE CASSATION :**

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 13 janvier 2016 sous le numéro 43036 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière d'appel des décisions du juge des tutelles ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 11 mars 2016 par A) à B), déposé au greffe de la Cour le 14 mars 2016 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 10 mai 2016 par B) à A), déposé au greffe de la Cour le 11 mai 2016 ;

Sur le rapport du président Jean-Claude WIWINIUS et sur les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

### **Sur la récusation du représentant du Ministère public :**

Attendu que la récusation, non proposée dans la forme prévue à l'article 527 du Nouveau code de procédure civile par le demandeur en cassation, qui n'était pas dans l'impossibilité de le faire, est irrecevable ;

Attendu que dans la mesure où le moyen est basé sur l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tend au rejet des conclusions du Ministère public, il ne vise qu'à contourner l'irrecevabilité décrétée par la disposition légale précitée ;

### **Sur les faits :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le juge des tutelles près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur la demande d'A) à se voir nommer tuteur de son fils majeur incapable C), en remplacement de la mère B), avait déclaré la demande non fondée ; que la Cour d'appel, après avoir rejeté les moyens de l'appelant tirés du défaut de publicité des audiences du tribunal des tutelles, a confirmé la décision de première instance ;

### **Sur le premier moyen de cassation :**

*tiré « de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 88 de la Constitution qui garantit que << les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement. >>*

*En ce que*

*Aussi bien le Juge des tutelles que la Cour d'appel ont tenu des audiences en chambre du conseil, sans ordonner préalablement le huis clos, contrairement à la demande du requérant,*

*Aux motifs que*

*<< En l'espèce, il résulte des éléments du dossier que les parties ont été entendues en personne, tant en première instance que devant la Cour, et qu'elles ont pu exprimer librement leurs positions respectives et verser toutes pièces utiles au dossier. Le fait que les débats aient eu lieu, non pas en audience publique, mais en chambre du conseil n'a, dès lors, pas préjudicié à leurs intérêts, (...) >>*

*alors que*

*Le droit à une audience publique garanti par l'article 88 de la Constitution, ne peut être écarté que dans les deux cas prévus par l'article 88, à savoir que la publicité doit être dangereuse pour l'ordre public ou les mœurs,*

*Et que*

*dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement, implicitement préalable. » ;*

*Attendu que le demandeur reproche à la Cour d'appel, qui a statué en chambre du conseil au motif que « la protection des intérêts de C) et de la vie privée des parties justifie que l'affaire ne soit pas exposée en public », d'avoir tenu audience sans avoir ordonné, par un jugement préalable, le huis clos ;*

*Attendu qu'ainsi le demandeur en cassation ne critique pas les juges d'appel pour ne pas avoir statué en audience publique ;*

*Que le grief est dès lors étranger à la disposition constitutionnelle visée au moyen ;*

*Qu'il en suit que le moyen est irrecevable ;*

### **Sur le deuxième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 95ter de la Constitution qui prescrit que << (1) La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution >>*

*En ce que*

*La Cour d'appel a décidé de ne pas saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle soulevée par le requérant, tiré de la non-conformité de l'article 1047 du NCPC à l'article 88 de la Constitution,*

*Aux motifs que*

*<< En l'espèce, il résulte des éléments du dossier que les parties ont été entendues en personne, tant en première instance que devant la Cour, et qu'elles*

*ont pu exprimer librement leur position respective et de verser toutes pièces utiles au dossier. Le fait que les débats aient eu lieu, non pas en audience publique, mais en chambre du conseil n'a, dès lors, pas préjudicié à leur intérêts, de sorte que la question préjudicielle soulevée n'est pas nécessaire pour la solution du litige au fond et qu'il n'y a pas lieu de la soumettre (la question préjudicielle) à la Cour Constitutionnelle >>, s'attribuant de cette manière et sous couvert d'une soi-disant interprétation/application de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, des attributions et des compétences exclusives de la Cour Constitutionnelle.*

*alors que*

*La Constitution, plus spécialement son article 95ter, attribue compétence exclusive à la Cour Constitutionnelle pour statuer sur la conformité des lois à la Constitution << La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt sur la conformité des lois à la Constitution >> » ;*

Attendu que le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt, la Cour d'appel ne s'étant pas prononcée sur la conformité de l'article 1047 du Nouveau code de procédure civile à la Constitution, mais ayant décidé, en appliquant la disposition légale citée au moyen, qu'une réponse à la question préjudicielle soulevée n'était pas nécessaire pour la solution du litige ;

Qu'il en suit que le moyen manque en fait ;

### **Sur le troisième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation des articles 6 et 6 alinéa a), combinés, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, qui disposent que << lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour Constitutionnelle. La juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que, a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement ; b) ... (...); c) ... (...); Si une juridiction estime que (...).*

*En ce que*

*La Cour d'appel a décidé de ne pas saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle soulevée par la partie A), tirée de la non-conformité de l'article 1047 du NCPC par rapport à l'article 88 de la Constitution,*

*Aux motifs que*

*<< En l'espèce, il résulte des éléments du dossier que les parties ont été entendues en personne, tant en première instance que devant la Cour, et qu'elles ont pu exprimer librement leur position respective et verser toutes pièces utiles au dossier. Le fait que les débats aient eu lieu, non pas en audience publique, mais en chambre du conseil n'a, dès lors, pas préjudicié à leur intérêts, de sorte que la question*

*préjudicielle soulevée n'est pas nécessaire pour la solution du litige au fond et qu'il n'y a pas lieu de la soumettre à la Cour Constitutionnelle >>,*

*alors que*

*Confrontée aux dispositions de l'article 6 et 6 alinéa a), combinées, de la loi du 27 juillet 1997 et aux dispositions de l'article 1047 du NCPC, qui violent de manière frontale l'article 88 de la Constitution, - disposition qui répond à la question de savoir comment est-ce que les audiences sont tenues, soit à porte ouverte soit à huis clos - la Cour d'appel ne pouvait que saisir la Cour Constitutionnelle pour que celle-ci réponde à cette question préliminaire de la conformité/non-conformité entre deux normes, in fine, pour savoir comment est-ce qu'en l'espèce l'audience de la Cour d'appel devait se tenir, soit en audience publique, soit à huis clos. La réponse de la Cour Constitutionnelle était partant nécessaire à la solution du litige. » ;*

Attendu qu'il résulte de la lecture de l'arrêt entrepris que le demandeur en cassation n'avait pas spécialement sollicité la publicité de l'audience de la Cour d'appel, mais qu'il s'était limité à demander à cette dernière de saisir la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle citée au moyen ;

Que c'est partant sans violer la disposition légale visée au moyen que la Cour d'appel a pu considérer que la question soulevée, de nature purement théorique, n'était pas nécessaire pour la solution du litige ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

#### **Sur le quatrième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 6§1 de la CESDH qui garantit le droit à un procès équitable disposant que 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.*

*En ce que*

*La Cour d'appel, saisie d'un moyen tiré de la violation de l'article 6§1 de la CESDH, en l'espèce de la non-conformité de l'article 1047 du NCPC, qui prescrit*

*la non publicité générale des audiences devant les juridictions des tutelles, a décidé << que l'absence de publicité des audiences du juge des tutelles n'a pas en l'espèce, emporté violation de l'article 6§1 de la CESDH >>.*

*Aux motifs que*

*<< - après avoir rappelé les principes en la matière - qu'en l'espèce, la protection des intérêts de C) et de la vie privée des parties justifie que l'affaire ne soit pas exposée en public. En effet pour permettre au juge du fond de se faire une opinion aussi complète et précise que possible de la situation du majeur protégé, les parties doivent pouvoir s'exprimer franchement et librement en dehors de la curiosité du public,*

*alors que*

*Le droit à une audience publique garanti par l'article 6§1 de la CESDH ne peut être écarté, en tout ou en partie du procès, que dans les exceptions y indiquées, à savoir, dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice,*

*et que*

*En l'espèce les droits et intérêts retenus par la Cour d'appel dans son arrêt ne rentrent pas dans les exceptions limitatives prévues à l'article 6§1 de la CESDH,*

*Et finalement que*

*Le huis clos aurait dû être prononcé par jugement/décision préalable, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce. » ;*

*Attendu que la disposition visée au moyen, qui garantit le droit à un procès équitable, n'a pas pu être violée en l'espèce par le fait que le droit à une audience publique aurait été écarté par la Cour d'appel, étant donné que, tel qu'il a été relevé dans la réponse au troisième moyen de cassation, le demandeur en cassation n'avait pas spécialement sollicité la publicité de l'audience de la Cour d'appel ;*

*Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;*

### **Sur le cinquième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 89 de la Constitution, sinon de l'article 6§1 de la CESDH, qui exigent, aussi bien le premier que le deuxième, la motivation des décisions, et plus particulièrement imposent aux juridictions l'obligation de motiver/répondre aux moyens soulevés par les parties.*

*En ce que*

*La Cour d'appel, saisie d'un moyen tiré de la non-conformité de l'article 1047 du NCPC à l'article 6§1 de la CESDH, a décidé << que l'absence de publicité des audiences du juge des tutelles n'a pas, en l'espèce, emporté violation de l'article 6§1 de la CESDH >>.*

*Aux motifs que*

*<< - après avoir rappelé les principes en la matière - qu'en l'espèce, la protection des intérêts de C) et de la vie privée des parties justifie que l'affaire ne soit pas exposée en public. En effet, pour permettre au juge du fond de se faire une opinion aussi complète et précise que possible de la situation du majeur protégé, les parties doivent pouvoir s'exprimer franchement et librement en dehors de la curiosité du public, contournant ainsi et évitant de répondre au moyen soulevé par le requérant,*

*alors que*

*L'article 89 de la Constitution et l'article 6§1 de la CESDH l'obligent à répondre au moyen soulevé par les parties de sorte qu'en l'espèce la Cour d'appel aurait dû se prononcer sur la conventionnalité/non conventionnalité de la norme interne contestée par rapport à l'article 6§1 de la CESDH, et, le cas échéant, suivant la jurisprudence de la CEDH, prononcer le huis clos, si elle estimait que celui-ci se justifiait en l'espèce » ;*

Attendu que le défaut de réponse à conclusions constitue une forme du défaut de motifs, donc un vice de forme ; qu'une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation expresse ou implicite sur le point considéré ;

Attendu que par la motivation reproduite au moyen, la Cour d'appel a répondu aux conclusions du demandeur en cassation tirées de l'absence de publicité des audiences du juge des tutelles;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

### **Sur le sixième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 6§1 de la CESDH qui garantit le droit à un procès équitable disposant que 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les*

*intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.*

*En ce que*

*La Cour d'appel a confirmé au fond l'ordonnance rendue par le juge des tutelles*

*Aux motifs que*

*<< C'est à bon droit et par des motifs auxquels la Cour se rallie que le premier juge a écarté les reproches de mauvais traitements imputés à la mère. Il a notamment, à juste titre, écarté pour manque d'impartialité l'attestation de Diana, la sœur du majeur protégé qui vit auprès du père et a une relation très conflictuelle avec la mère, ainsi que l'attestation de la fille de la compagne actuelle du père qui n'a pas fait de constatations personnelles. Quant à l'attestation de D), une amie d'enfance des enfants du couple, elle ne fait pas état d'une surveillance déficiente du majeur incapable par sa mère, à l'exception du reproche que B) enfermerait C) dans sa chambre pendant la nuit. Or les explications fournies par la mère à cet égard, selon lesquelles elle fermerait à clé la porte de la chambre de C) durant la nuit pour éviter qu'il ne se blesse, sont parfaitement compréhensibles eu égard au lourd handicap dont souffre le majeur protégé. Il résulte, par ailleurs, de l'ensemble des éléments du dossier et des rapports des intervenants sociaux que la mère assure un encadrement adéquat à C) qui évolue favorablement dans des conditions de vie appropriées auprès de B) >> ignorant sinon passant sous silence une partie essentielle de la déclaration de D), qui a relaté que la mère de C) partait souvent les weekends, laissant ses enfants mineurs, ensembles C), seuls à la maison durant toute la nuit, C) de surcroît enfermé à clé dans sa chambre de 18 heures au lendemain, jusqu'au retour de la mère.*

*alors que*

*le droit à un tribunal impartial tiré de l'article 6§1 de la CESDH impose que la juridiction saisie analyse attentivement et objectivement tous les éléments du dossier dans leurs moindres détails, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce, alors que contrairement aux motifs retenus par la Cour d'appel, D) affirme clairement dans sa déclaration que la mère de C) partait souvent les weekends durant toute la nuit, laissant ses enfants mineurs ensemble C), seuls à la maison, durant toute la nuit, C) de surcroît enfermé à clé dans sa chambre, de 18 heures jusqu'à l'arrivée de la mère le lendemain matin, affirmant par là, de manière incontestable, que la mère effectuait une surveillance déficiente du majeur incapable, et implicitement, mais manifestement que la mère faisait assumer des risques inconsidérés à ses enfants mineurs et majeur handicapé » ;*

Attendu que sous le couvert du grief de la violation de la disposition visée au moyen, à savoir du reproche de partialité des juges d'appel, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation des éléments de preuve par les juges du

fond, qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Qu'il en suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

**Sur le septième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation, sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 89 de la Constitution qui exige le prononcé de tout jugement en audience publique,*

*En ce que*

*La Cour d'appel affirme dans son arrêt l'avoir prononcé en audience publique*

*alors que*

*De facto, l'arrêt n'est pas prononcé en audience publique d'une part en raison de la non-publicité générale des audiences des juridictions des tutelles, voulue par l'article 1047 du NCPC, resté en l'espèce sans réponse de la Cour d'appel et de la Cour Constitutionnelle, et d'autre part en raison de l'interdiction d'accès au public à la salle d'audience » ;*

Attendu que les mentions d'un arrêt selon lesquelles l'affaire a été prononcée en audience publique font foi jusqu'à inscription de faux ;

Qu'il en suit que le moyen est irrecevable ;

**Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :**

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser entièrement à charge de la défenderesse en cassation les frais exposés non compris dans les dépens ; qu'il convient de lui allouer l'indemnité de procédure de 2.500 euros sollicitée ;

**Par ces motifs,**

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation, avec distraction au profit de Maître Marisa ROBERTO, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Monsieur Marc SCHILTZ, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.