

# **BGer 5A 759/2011 vom 16. März 2012**

Bundesgericht, 2012-03-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_759\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_759_2011)

FR: TF 5A 759/2011 du 16 mars 2012

IT: TF 5A 759/2011 del 16 marzo 2012

## **Regeste**

mesures provisionnelles (divorce) | Droit de la famille

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours a été déposé dans le délai légal ( art. 100 al. 1 LTF ), contre une décision finale ( art. 90 LTF ), rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ), par un tribunal supérieur statuant sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 LTF ). La recourante, qui dispose d'un intérêt digne de protection à demander l'annulation de l'arrêt attaqué afin d'obtenir qu'il soit statué sur le fond de sa cause, a qualité pour recourir ( art. 76 LTF ; cf. ATF 135 II 145 consid. 3.1). Dès lors que la valeur litigieuse de 30'000 fr. est atteinte ( art. 51 al. 1 let. a et al. 4, art. 74 al. 1 let. b LTF ; cf. consid. A), le recours en matière civile est en principe recevable.

### **E. 1.2**

Contrairement à ce qu'affirme la recourante, elle n'a pas déposé deux recours dans un seul mémoire comme le lui permet l' art. 119 LTF . Elle n'a au contraire formé qu'un seul recours, intitulé "mémoire de recours en matière civile, subsidiairement constitutionnelle". A lui seul, l'intitulé erroné d'un recours ne nuit cependant pas à son auteur, pour autant que les conditions d'une conversion en la voie de droit adéquate soient réunies ( ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382 et les arrêts cités). C'est le cas en l'espèce, de sorte qu'il convient de traiter l'écriture comme un recours en matière civile.

### **E. 2.1**

La recourante soutient qu'en tant que l'autorité cantonale n'aurait jamais tranché la requête d'assistance judiciaire déposée le 6 septembre 2011, renouvelée le 16 septembre suivant, elle aurait violé le droit à l'assistance judiciaire garanti par l' art. 29 al. 3 Cst.

### **E. 2.2**

Le 16 septembre 2011, la recourante s'est adressée à la Cour d'appel civile, en indiquant un numéro de référence identique à celui qui figurait sur la décision, datée du 14 septembre 2011, qui lui accordait une prolongation du délai pour s'acquitter de l'avance de frais. Par son courrier, la recourante informait la juridiction avoir déposé une requête d'assistance judiciaire le 6 septembre 2011 et requérir que la couverture d'assistance judiciaire soit étendue à "l'avance de dépens frustraires". Alternativement, elle précisait solliciter qu'un délai lui soit imparti dans l'hypothèse où la décision rendue lui serait défavorable. Le bordereau du dossier cantonal indique, en date du 20 septembre 2011, "Me Loroch requiert que l'AJ soit accordée à sa cliente. Le dossier circule auprès du juge délégué". L'arrêt querellé ne fait néanmoins nullement référence au courrier daté du 16 septembre, pourtant

visiblement enregistré comme requête d'assistance judiciaire dans le bordereau cantonal. Invité par la recourante à reconsidérer sa décision, le Juge délégué lui a indiqué qu'il avait jugé que ledit courrier lui avait manifestement été adressé par erreur et qu'il l'avait par conséquent transmis au Tribunal d'arrondissement, en tant qu'il visait manifestement la procédure au fond pendante devant cette dernière juridiction. Dès lors que le courrier lui était adressé en date du 16 septembre 2011, à savoir manifestement à la suite de la décision de prolongation de délai pour payer l'avance de frais datée du 14 septembre 2011, et qu'il portait le même numéro de référence que cette dernière décision, le juge délégué ne pouvait sans autre en déduire que la lettre du 16 septembre lui avait été adressée par erreur et la transmettre à l'autorité qu'il estimait compétente. Bien que le courrier fût certes référence à la couverture de l'avance de dépens frustraires, le magistrat se devait de répondre à la sollicitation de la requérante. La décision du 23 septembre 2011 viole ainsi le droit à l'assistance judiciaire garanti par l' art. 29 al. 3 Cst. , de sorte qu'elle devra être annulée et la cause renvoyée au Juge délégué de la Cour d'appel civile afin qu'il statue sur la requête d'assistance judiciaire formulée par la recourante (art. 39 al. 1 et 42 al. 2 let. c du Code de droit privé judiciaire vaudois [CDJP; RS/VD 211.02]).

### **E. 3**

Afin de démontrer que la recourante aurait en réalité uniquement requis l'assistance judiciaire devant le Tribunal d'arrondissement, l'intimé sollicite que soit versée à la présente cause la procédure d'assistance judiciaire devant cette dernière juridiction. Dès lors que seule fait l'objet du présent recours la requête d'assistance judiciaire liée à la procédure de l'appel dirigé contre l'ordonnance de mesures provisionnelles, il n'y a pas lieu de donner suite à cette demande.

### **E. 4**

Vu l'issue du recours, la requête d'assistance judiciaire formulée devant la cour de céans devient sans objet ( ATF 109 Ia 5 consid. 5; 133 I 234 consid. 3). Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge de l'intimé qui succombe en concluant au rejet du recours (art. 66 al. 1, 68 al. 1 et 2 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.