

# **BGer 5P.31/2004 vom 26. April 2004**

Bundesgericht, 2004-04-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5P.31\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5P.31_2004)

FR: TF 5P.31/2004 du 26 avril 2004

IT: TF 5P.31/2004 del 26 aprile 2004

## **Regeste**

Droit de la famille

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 129 III 415 consid. 2. 1 p. 415). En tant que décision sur mesures provisoires dans une action matrimoniale, l'ordonnance rejetant la demande de provision ad litem peut faire l'objet d'un recours de droit public ( ATF 126 III 261 consid. 1 p. 263; 100 Ia 12 consid. 1b p. 14; cf. aussi: arrêt 5P.131/2000 du 2 octobre 2000). Formé en temps utile - compte tenu des fêtes de Noël ( art. 34 al. 1 let. c OJ) - contre une décision rendue en dernière instance cantonale ( art. 376 al. 1 CPC /FR; RFJ 2000 p. 284 (287); Extraits 1983 p. 43), le recours est en outre recevable au regard des art. 86 al. 1 et 89 al. 1 OJ.

### **E. 2**

Le recourant se plaint d'une application arbitraire des art. 159 al. 3 et 163 al. 1 CC. Il soutient que, même si la contribution d'entretien en faveur du conjoint et la provision ad litem trouvent leur fondement dans les dispositions précitées, ces deux prestations visent à couvrir des "charges différentes". La pension alimentaire permettrait au conjoint de subvenir à ses besoins fondamentaux (nourriture, vêtements, logement, soins corporels et sanitaires), de satisfaire des besoins de nature culturelle ainsi que d'autres loisirs et d'assurer la couverture de risques, tels la maladie, les accidents et la vieillesse, ainsi que le paiement des impôts. Elle n'engloberait, en revanche, pas les frais occasionnés par l'ouverture d'une procédure, lesquels font l'objet d'une avance séparée - provisoire - dont le versement est soumis à deux conditions: l'indigence du débirentier à la suite de l'exécution de ses obligations alimentaires et l'existence de ressources suffisantes chez l'autre conjoint. L'argument du tribunal tiré du fait qu'il a accepté de verser à son épouse une pension serait ainsi insoutenable. Le montant de celle-ci n'aurait, de toute façon, pas été différent en cas de décision judiciaire. Au demeurant, la charge représentée par l'avance des frais de procès ne serait jamais prise en considération lors du calcul des contributions. Le recourant tire ensuite un parallèle entre la présente cause et l'arrêt publié aux ATF 103 Ia 99 , pour conclure que le tribunal devait examiner si les conditions posées à l'octroi de la provision ad litem étaient remplies, à savoir, en l'occurrence, si lui-même était indigent et si sa femme disposait des ressources nécessaires. S'agissant de ce dernier point, il prétend que tel serait le cas, l'intéressée ayant hérité d'un montant de 44'430 fr. en décembre 2002. Il expose enfin que la décision attaquée, si elle devient définitive, impliquerait une décision sur la demande d'assistance judiciaire, laquelle, tant dans l'hypothèse d'un rejet que d'un octroi, aurait des conséquences choquantes.

### **E. 2.1**

Rejetant le principe même du versement d'une provision ad litem, l'autorité cantonale s'est abstenue d'examiner la condition prise de l'indigence du mari. En bref, elle a considéré que si le recourant estimait aujourd'hui être indigent et ne plus pouvoir honorer son mandataire, il lui appartenait de saisir l'autorité compétente pour modifier le montant des contributions d'entretien qu'il s'était lui-même astreint à payer. Elle a jugé qu'à l'instar de ces rentes, la provision ad litem trouve son fondement dans le devoir d'assistance des conjoints, que l'époux connaissait sa situation financière lors de la conclusion de l'accord du 14 mars 2003 et que les aliments - dont la quotité devait être réexaminée dès le mois de janvier 2004 - avaient été fixés dans les limites de la capacité financière du débirentier. Il était "pour le moins paradoxal" que ce dernier requît de sa femme le versement d'une provision ad litem pour payer les honoraires de son mandataire, alors même qu'il s'était astreint à payer les contributions.

### **E. 2.2**

La provision ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même de moyens suffisants pour faire face au procès en divorce. Le juge ne peut toutefois imposer à l'autre conjoint l'obligation de la verser que pour autant que l'exécution de cette obligation n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien des siens ( ATF 103 Ia 99 consid. 4 p. 101). Le fondement de ce devoir est controversé. Si, sous l'empire de l'ancien droit du mariage, l'opinion dominante le rattachait au devoir d'assistance de l'art. 159 al. 3 aCC (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, n. 206 ad art. 145 aCC et les références), la majorité de la doctrine actuelle le déduit de l'obligation d'entretien au sens de l'art. 163 CC (notamment: Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, nos 38 et 38a ad art. 159 et n. 15 ad art. 163 CC ; Hasenböhler, Basler Kommentar, n. 14 ad art. 163 CC ; Stettler/Germani, Droit civil: effets généraux du mariage ( art. 159-180 CC ), 2e éd. Fribourg, p. 65, n. 82; Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage, Berne 2000, p. 220 s., n. 475; pour un fondement sur l'art. 159 CC : Bräm, Zürcher Kommentar, nos 130 ss. ad art. 159 CC ). La jurisprudence publiée n'a pas pris clairement position; elle considère que l'obligation d'avancer les frais de procès découle du "devoir d'entretien et d'assistance" ( ATF 117 II 127 consid. 6 p. 132; 103 Ia 99 /101; 85 I 1 consid. 3 p. 4/5; 72 I 145 consid. 2 p. 149; 67 I 65 consid. 2 p. 69; 66 II 70 consid. 3 p. 71). Pour ce qui est des arrêts non publiés, certains se sont ralliés à l'opinion majoritaire actuelle (arrêt 5P.391/1990 du 8 avril 1991, consid. 1b; arrêt 5P.246/1990 du 27 décembre 1990 consid. 6; arrêt 5P.278/1992 du 16 novembre 1992, consid. 4; arrêt 5P.171/1999 du 25 octobre 1999, consid. 3c); d'autres considèrent, plus généralement, que l'obligation découle du "devoir d'entretien et d'assistance" ou des art. 159 et 163 CC (arrêt 5P.290/1993 du 1er octobre 1993 consid. 2a; arrêt 5P.116/1999 du 11 mai 1999, consid. 8a; arrêt 5C.240/2002 du 31 mars 2003, consid. 8); l'un, enfin, mentionne la controverse sans y mettre fin (arrêt 5P.43/2001 du 15 mars 2001, consid. 2). Nul n'est besoin de se prononcer plus avant en la matière, le fondement de l'obligation du conjoint d'avancer les frais du procès important en définitive peu en l'espèce. Il est en effet incontesté que l'obligation du mari d'affecter une part de son revenu à l'entretien de sa femme est prioritaire par rapport tant à la provision ad litem qu'à l'obligation de faire ses propres avances de frais de l'instance en divorce (cf. ATF 103 Ia 99 consid. 4 p. 101; P.589/1978 du 11 juillet 1978, consid. 2b). Rien, dans l'arrêt attaqué ne laisse par ailleurs supposer que les contributions que le recourant a accepté de verser à sa femme seraient excessives au regard des besoins de celle-ci. Or, dans de telles circonstances, rejeter le

principe même du versement d'une provision ad litem, motif pris que le recourant connaissait sa situation financière lorsqu'il s'est engagé à verser les contributions, et le renvoyer à agir en modification de ces dernières, revient à considérer que le juge, lorsqu'il fixe les aliments, doit tenir compte de la charge représentée par les avances de frais de l'instance en divorce de l'époux débirentier. Un tel raisonnement méconnaît le principe susmentionné. C'est donc avec raison que le recourant soutient qu'il est arbitraire. Cela ne signifie toutefois pas encore que l'arrêt attaqué soit insoutenable dans son résultat comme l'exige la jurisprudence ( ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 128 I 273 consid. 2.1 p. 275). Le recourant fonde toute son argumentation sur un fait - l'héritage dont aurait bénéficié son épouse - qui ne ressort pas de l'arrêt attaqué, sans qu'il ne se plaigne à cet égard d'arbitraire dans la constatation des faits ( art. 90 al. 1 let. b OJ ). Partant, la question même de son droit à une provision ad litem ne se pose pas. Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté.

### **E. 3**

Le recours étant dénué de chance de succès, la demande d'assistance judiciaire doit être rejetée. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de la procédure ( art. 156 al. 1 OJ ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée qui n'a pas été invitée à répondre ( art. 159 al. 1 et 2 OJ ).

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