

## **BGer 5P.323/2005 vom 18. Januar 2006**

Bundesgericht, 2006-01-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5P.323\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5P.323_2005)

FR: TF 5P.323/2005 du 18 janvier 2006

IT: TF 5P.323/2005 del 18 gennaio 2006

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et avec une pleine cognition la recevabilité du recours dont il est saisi ( ATF 131 I 153 consid. 1 p. 156 et les arrêts cités).

#### **E. 1.1**

Les décisions sur mesures provisoires rendues dans le cadre d'un procès en modification d'un jugement de divorce peuvent faire l'objet d'un recours de droit public pour violation de l' art. 9 Cst. ( ATF 118 II 228 ; pour les mesures fondées sur l' art. 137 CC en général: ATF 126 III 261 consid. 1 p. 263 et les références citées); il s'agit de décisions incidentes aptes à causer un préjudice irréparable (arrêt 5P.414/2004 du 22 mars 2005, consid. 1). Partant, le recours est ouvert sous l'angle des art. 84 al. 1 let. a et al. 2 et 87 al. 2 OJ. Déposé à temps contre une décision prise en dernière instance cantonale, il l'est également au regard des art. 86 al. 1 et 89 al. 1 OJ.

#### **E. 1.2**

Sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, le recours de droit public est de nature cassatoire et ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée ( ATF 131 I 291 consid. 1.4 p. 297; 131 III 334 consid. 6 p. 343). Le chef de conclusions qui vise à la confirmation de l'ordonnance du 12 août 2005 est ainsi irrecevable.

#### **E. 1.3**

Les pièces que l'assistance sociale a adressées - par ailleurs hors délai - à la cour de céans sont irrecevables, la présentation de faits et de pièces nouveaux étant exclue dans un recours de droit public pour arbitraire ( ATF 129 I 49 consid. 3 p. 57 et les arrêts cités). En outre, la prénommée n'est pas touchée par l'arrêt déféré ( art. 88 OJ ), et il n'est pas démontré, ni même allégué, qu'elle aurait été désignée en qualité de curatrice des enfants ( art. 146 CC ; cf. sur ce point, en rapport avec le procès en modification du jugement de divorce: Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, n. 6 ad art. 146/147 CC).

#### **E. 2**

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir accueilli le moyen de l'intimée tiré de la violation de son droit d'être entendue; il fait valoir que l'intéressée connaissait la demande en modification du jugement de divorce ainsi que la requête de mesures provisionnelles du 4 mars 2005, qu'elle avait eu accès au dossier et pu offrir des preuves, qu'elle était défendue par un avocat, que l'assistante sociale l'avait entendue et que son conseil avait présenté des observations relatives au rapport d'expertise.

On ne voit pas en quoi l'annulation de la décision de première instance pour violation du droit d'être entendu de l'intimée léserait les intérêts personnels et juridiquement protégés du recourant ( art. 88 OJ ; cf. sur l'exigence d'une lésion: ATF 116 II 721 consid. 6 p. 729),

d'autant que la juridiction précédente n'a pas renvoyé la cause au premier juge pour nouvelle décision sur la requête de mesures provisoires, mais a statué elle-même à ce sujet (infra, consid. 5). Quoiqu'il en soit, le recourant ne se plaint pas d'une violation de son propre droit d'être entendu, et il ne mentionne pas non plus quelle règle de procédure cantonale aurait été arbitrairement appliquée ( art. 90 al. 1 let. b OJ ). Par conséquent, le grief est irrecevable.

### **E. 3**

De jurisprudence constante, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ( ATF 131 I 57 consid. 2 p. 61, 467 consid. 3.1 p. 473/474 et les références citées); il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable ( ATF 126 III 438 consid. 3 p. 440); pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat ( ATF 131 I 217 consid. 2.1 p. 219).

En vertu de l' art. 90 al. 1 let. b OJ , l'acte de recours doit contenir, sous peine d'irrecevabilité (cf. ATF 123 II 552 consid. 4d p. 558), un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés, précisant en quoi consiste la violation. Dans le cadre d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'examine que les griefs expressément soulevés, et présentés de façon claire et détaillée, le principe *iura novit curia* étant inapplicable ( ATF 130 I 26 consid. 3.1 p. 31). Le justiciable qui se plaint d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) ne peut, dès lors, se contenter de critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où la juridiction supérieure dispose d'une libre cognition; en particulier, il ne saurait se borner à opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer par une argumentation précise que cette décision se fonde sur une application de la loi ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables ( ATF 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités).

### **E. 4**

La cour cantonale, après avoir annulé la décision du premier juge pour violation du droit d'être entendu de la mère, a rejeté les conclusions du recourant pour les motifs suivants: Elle a exposé que, en principe, les mesures provisoires ne devaient être admises que de façon restrictive dans le cadre d'une procédure en modification du jugement de divorce, car celui-ci, étant revêtu de l'autorité de la chose jugée, produit ses effets et est exécutoire tant que le jugement sur la modification n'est pas lui-même définitif; de pareilles mesures ne doivent pas avoir pour effet de vider de son contenu le procès au fond. En l'espèce, l'autorité cantonale a considéré que les mesures ordonnées par le premier juge, à l'exception de l'attribution de l'autorité parentale et de l'instauration d'une curatelle, étaient singulièrement proches des conclusions de la demande au fond, et que les mesures prises modifiaient d'une manière fondamentale ce qu'un tribunal avait déjà réglé il y a plusieurs années, alors que rien, en l'état du dossier, ne permettait d'admettre qu'un tel bouleversement était nécessaire et urgent; la seule raison paraissait être le refus des enfants de changer d'école, comme conséquence du déménagement de leur mère, mais cette circonstance ne justifie pas à elle seule les mesures décrétées en première instance.

Quant à l'institution d'une curatelle fondée sur l' art. 308 al. 1 et 2 CC , la juridiction précédente a retenu que rien, en l'état du dossier, ne lui permettait de conclure à la nécessité d'une telle mesure. Jusqu'à ce jour, les parents se sont entendus pour organiser une garde alternée sans l'intervention d'une tierce personne, en sorte qu'ils devraient être capables

d'aménager un droit de visite sans aide; du moins, faut-il leur laisser la possibilité d'en faire la démonstration avant d'envisager l'instauration de la mesure en cause. De même, il est prématuré, à ce stade de la procédure, d'ordonner une curatelle de représentation en vertu de l' art. 146 CC .

#### **E. 4.1**

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir arbitrairement constaté que l'instruction proprement dite de la demande n'avait pas encore commencé, alors qu'un rapport de l'office cantonal des mineurs avait été déposé - dont l'objet indique "demande en modification du jugement de divorce" - et que l'avocat de l'intimée avait produit un lot de pièces sous la référence PE.2005.11, qui correspond au dossier de ladite procédure.

Le recourant ne démontre pas en quoi la constatation incriminée aurait une incidence sur l'issue du recours ( ATF 122 I 53 consid. 3 p. 57); le grief est, partant, irrecevable ( art. 90 al. 1 let. b OJ ).

#### **E. 4.2**

Le recourant soutient que la juridiction cantonale est tombée dans l'arbitraire en statuant sur un état de fait lacunaire; ainsi, elle n'a pas cité les conclusions ou remarques de l'assistante sociale, ni rapporté que les enfants ont été entendus par le juge. L'état de fait de l'arrêt attaqué ne permet donc pas de saisir qu'il s'agit d'une volonté réelle des enfants, recueillie par le juge et l'assistante sociale, soutenue par les institutrices ainsi que le Dr V. \_\_\_\_\_, d'après lequel C. \_\_\_\_\_ souffrait de "problèmes d'audition d'ordre psychogène" implicitement rattachés à la situation familiale actuelle.

Cette critique tombe à faux. La cour cantonale n'a pas tenu la volonté des enfants pour un "caprice juridiquement irrelevant"; elle a rejeté la requête de mesures provisoires en raison, d'une part, des conditions strictes posées à l'admissibilité de telles mesures dans le cadre d'une procédure en modification du jugement de divorce et, d'autre part, de l'absence d'urgence et de nécessité justifiant une réglementation qui s'écarte de celle prévue par ce jugement. Or, le recourant ne démontre pas en quoi ces motifs seraient arbitraires ( art. 90 al. 1 let. b OJ ).

#### **E. 4.3**

Le recourant fait encore valoir que l'autorité cantonale est tombée dans l'arbitraire en considérant que rien ne justifiait l'instauration d'une curatelle. Il expose que, lorsqu'ils pratiquaient une garde alternée, les parents étaient domiciliés au même lieu, alors qu'actuellement la mère habite le canton de Berne et le père celui de Neuchâtel; il n'existe donc plus de garde alternée, mais une nouvelle "situation familiale où la police doit assurer l'exécution des décisions judiciaires". Au surplus, l'intimée ne serait pas opposée au principe d'une telle mesure, seule la personne de la curatrice étant mise en cause.

Cette argumentation ne comporte aucune réfutation des motifs de la cour cantonale: purement appellatoire, le grief est irrecevable ( art. 90 al. 1 let. b OJ ; ATF 131 I 291 consid. 1.5 p. 297 et les arrêts cités).

#### **E. 4.4**

Le recourant se plaint également d'arbitraire "dans l'application du droit du divorce". Il affirme que l'arrêt déféré consacre une solution qui s'écarte du texte clair de la loi (i.e. l' art. 133 al. 2 CC ), en tant qu'elle méconnaît la réelle et ferme intention des enfants d'être

confiés à leur père, cette volonté ayant été établie tant par le magistrat de première instance que par l'assistante sociale, et confirmée par les institutrices des enfants.

Les prémisses de ce moyen sont inexactes. L'arrêt dont se prévaut le recourant se rapporte à des mesures protectrices de l'union conjugale (arrêt 5P.257/2003 du 18 septembre 2003). Si les principes en matière de divorce s'appliquent par analogie à ces mesures, il n'en va pas de même pour les mesures provisoires requises au cours d'un procès en modification du jugement de divorce, où leur octroi est soumis à des conditions restrictives ( ATF 89 II 12 p. 15/16; Lüchinger/Geiser, Basler Kommentar, 1ère éd., vol. I, n. 21 ad art. 157 aCC). Or, le recourant ne démontre pas en quoi la décision attaquée - qui a rejeté la requête à défaut de nécessité et d'urgence particulières - serait insoutenable de ce point de vue ( art. 90 al. 1 let. b OJ ).

#### **E. 5**

Se référant à Bohnet (CPCN, Code de procédure civile neuchâtelois commenté, 2e éd., n. 12 ad art. 224 et n. 6 ad art. 415), le recourant fait enfin grief à l'autorité cantonale d'avoir substitué son appréciation à celle du premier juge, alors qu'elle n'est pas une cour d'appel.

L'autorité précédente a annulé la décision de première instance pour violation du droit d'être entendue de l'intimée; statuant ensuite au fond, comme l' art. 426 al. 2 CPC /NE le lui permet, elle a rejeté la requête de mesures provisoires parce qu'il n'apparaissait ni nécessaire ni urgent de modifier (pour la durée du procès) un jugement de divorce revêtu de l'autorité de la chose jugée (cf. ATF 118 II 228 ). En procédant de la sorte, elle n'a nullement substitué son pouvoir d'appréciation à celui du premier juge; elle a simplement, après cassation, jugé à nouveau la cause au regard des principes posés par le Tribunal fédéral en matière de mesures provisoires dans le cadre d'une procédure en modification d'un jugement de divorce. Le moyen est mal fondé.

#### **E. 6**

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Les conclusions du recourant étaient dépourvues d'emblée de chances de succès, en sorte que sa requête d'assistance judiciaire doit être rejetée ( art. 152 al. 1 OJ ). Cela étant, il y a lieu de mettre à sa charge les frais de justice ( art. 156 al. 1 OJ ) ainsi qu'une indemnité à verser à l'intimée à titre de dépens ( art. 159 al. 1 OJ ).

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