

NE_GERICHTE CCC.1995.6904 vom 24. März 1995

NE Tribunal cantonal, 1995-03-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CCC.1995.6904

FR: NE_GERICHTE CCC.1995.6904 du 24 mars 1995

IT: NE_GERICHTE CCC.1995.6904 del 24 marzo 1995

Volltext

1. Les époux M., parents de N., né le 28 février 1989, et A., né le 13 mai 1991, sont en instance de divorce depuis le 4 juin 1993, date du dépôt par l'épouse d'une citation en conciliation. Dans une première ordonnance de mesures provisoires, rendue le 2 mai 1994, le juge a notamment confié la garde des deux enfants au père et statué sur le droit de visite de la mère, ainsi que son droit à une pension pour son propre entretien et au versement d'une provisio ad litem. Sur recours du mari, la Cour de cassation civile a, dans un arrêt du 22 juin 1994, cassé l'ordonnance dans la mesure où elle avait traité la pension pour l'épouse et la provisio ad litem et renvoyé la cause au premier juge pour nouvelle décision. Statuant à nouveau le 22 septembre 1994, le juge, qui dans l'intervalle avait été saisi d'une requête urgente de l'épouse l'invitant à lui confier la garde des enfants, a confirmé l'attribution de dite garde au père après avoir constaté que, pour l'essentiel, aucune circonstance nouvelle ne justifiait une appréciation différente de celle précédemment retenue sur ce point, a fixé à nouveau la pension due par le mari à sa femme durant l'instance et a libéré le mari du paiement d'une provisio ad litem.

2. Le 24 janvier 1995 et sans avoir recours aux services de son mandataire, l'épouse a écrit au juge pour lui faire part de ses soucis de mère, dans la mesure où elle affirmait avoir la certitude que le père consommait "des drogues dures plus que journalièrement". Le 7 février, l'adjoint au commandant de la police cantonale, laquelle avait été interpellée par le juge, a délivré un rapport, auquel était jointe la copie d'un rapport de dénonciation du 23 janvier 1995 pour infraction à la loi sur les stupéfiants et d'un procès-verbal d'interrogatoire, qui révèlent que M.M. s'est mis à sniffer de l'héroïne le week-end à partir de

mai 1994 et à s'en injecter, à une douzaine de reprises, à compter du début du mois de décembre 1994.

Ces documents ont été transmis le 9 février 1995 aux parties pour observations dans les 5 jours. Le 13 février, le mari a répondu, en substance, qu'il reconnaissait avoir cédé à un moment de dépression, qu'il avait cependant pris grand soin de s'abstenir de toute consommation répréhensible en présence des enfants, qu'il s'était ressaisi, avait entrepris un traitement auprès d'un médecin et était décidé à s'abstenir de toute consommation, en sorte que ces faits n'étaient pas de nature à modifier la répartition du droit de garde des enfants.

Le 14 février, l'épouse a répondu au juge en le saisissant d'une nouvelle requête de mesures provisoires, dans laquelle elle l'invite, statuant d'urgence sans audition préalable des parties, à lui confier la garde des enfants, à fixer la pension due par le père pour l'entretien de ses enfants et à ordonner à l'employeur du mari d'effectuer directement la retenue sur son salaire de la pension mensuelle de 415 francs qu'il lui doit pour son propre entretien, puisqu'il ne lui a toujours rien versé à ce titre et a accumulé de ce fait un arriéré de plus de 8'600 francs.

Par ordonnance du 20 février 1995, rendue sans audition préalable des parties, le premier juge a confié d'urgence la garde des deux enfants à la mère, fixé le droit de visite du père et le montant des pensions à sa charge pour l'entretien des enfants, enfin ordonné à l'employeur du mari de retenir directement sur son salaire le montant de la pension pour l'épouse et d'en opérer le versement sur un compte bancaire au nom de la requérante. L'ordonnance réserve en outre le droit d'opposition du mari. En bref, le juge motive sa décision par le fait que la consommation de stupéfiants du mari constitue la circonstance nouvelle qui n'existait pas le 22 septembre 1994 alors même qu'à cette époque déjà, un (deuxième) rapport de l'office cantonal des mineurs préconisait l'attribution de la garde des enfants à la mère, et qu'il convenait d'inviter l'employeur du mari, qui n'avait jamais payé la pension de l'épouse, à effectuer chaque mois une retenue à cette fin. L'urgence de la décision résultait des renseignements fournis par la police cantonale et de l'impossibilité de citer les parties dans un délai convenable, compte tenu

de la surcharge des rôles d'audience du tribunal.

3. Le 27 février 1995, le mari a simultanément formé opposition et recouru en cassation contre cette ordonnance. A l'appui de son recours, il fait valoir qu'il n'y avait pas urgence à statuer et que celle-ci a été simulée, pour remédier en réalité à une prétendue impossibilité de citer les parties dans un délai convenable, qu'il s'ensuit une violation des règles essentielles de procédure et de son droit d'être entendu, que le juge a fait preuve d'arbitraire en fondant sa décision sur les seules conclusions d'un rapport de l'office cantonal des mineurs sans se référer aux motifs qui les précèdent, de même qu'il a arbitrairement traité simultanément la question de l'attribution de la garde des enfants et celle de la prescription à l'employeur (art. 177 CC). L'opposition ne serait pas une voie de recours qui exclurait le recours en cassation, d'autant plus qu'elle ne permet pas de remettre en question la force exécutoire d'une décision rendue d'urgence.

Le président du tribunal conclut pour sa part à l'irrecevabilité du recours.

4. Il a été jugé, sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, que lorsque la voie de l'opposition est ouverte, celle du recours en cassation ne l'est pas (RJN 1982, p.27, 5 I 55). Le code actuellement en vigueur reprend, sous réserve de modifications de forme, l'ancienne réglementation en matière de recours en cassation (Rapport du Conseil d'Etat à l'appui d'un projet de code de procédure civile neuchâtelois du 11 mai 1988, p.33). Il n'y a dès lors pas de raison de traiter la question différemment aujourd'hui qu'hier, ce que la Cour de céans a eu l'occasion de rappeler dans un arrêt H. c/ H. du 5 décembre 1994. On ne peut en particulier rien déduire du fait que l'opposition à une ordonnance rendue sans citation préalable des parties ne soit pas traitée au titre VI du code de procédure, consacré aux voies de recours contre les jugements. Cette classification particulière résulte précisément du fait que l'opposition n'est pas un recours stricto sensu, mais une demande de reconsidération adressée à l'autorité qui a déjà statué une première fois.

Le présent recours se révèle dès lors irrecevable quand bien même, au vu des circonstances de la cause, il était hautement discutable de

statuer sans citation préalable des parties. La question de l'attribution de la garde d'enfants mineurs, au cours d'une procédure matrimoniale, revêt généralement une importance primordiale, qui justifie que le juge s'entoure de tous les renseignements susceptibles de le guider dans son choix. A cet égard, l'audition des deux parents constitue un élément essentiel de l'instruction que doit mener le juge. En l'espèce, elle paraissait d'autant plus nécessaire que l'attribution de la garde faisait depuis des mois l'objet d'une vive controverse entre les parents. Quant à l'aspect financier du litige, au vu de l'importance de l'arriéré accumulé par le mari au fil de nombreux mois, il n'était pas si urgent qu'il ne pouvait souffrir un report de la décision de quelques semaines.

5. Bien qu'il ne développe que peu son argumentation sur ce point, le recourant paraît avoir choisi de saisir la Cour de céans d'un recours, alors même qu'il s'opposait dans le même temps à la décision, essentiellement pour pouvoir solliciter l'octroi de l'effet suspensif à la décision attaquée. Il est en effet vrai que, contrairement à la réglementation en matière de recours en cassation (art. 419 CPC), la règle qui exclut tout effet suspensif d'une opposition ne prévoit pas d'exception (art. 128 al.2 CPC). Savoir si le caractère absolu de cette règle est toujours justifié et selon quelle procédure il conviendrait, cas échéant, de l'atténuer, sont des questions qui peuvent en l'espèce rester ouvertes. Il a été jugé (ATF 118 II 392, 107 II 305, JT 1982 I 446) que dès l'instant où une action en modification d'un jugement de divorce portant sur le droit de visite avait été introduite, il n'était pas arbitraire d'en refuser momentanément l'exécution forcée. Ce qui est valable pour un droit de visite, fondé sur un jugement au fond entré en force, doit l'être à plus forte raison pour un droit de garde - dont l'exercice entraîne des conséquences beaucoup plus importantes pour les enfants - qui repose sur une ordonnance de mesures provisoires frappée d'opposition. Dès lors, une requête d'exécution forcée de la décision attaquée se heurterait assurément à l'objection que l'on ne saurait transférer sans délai, cas échéant par la contrainte, la garde des enfants du père à la mère pour devoir éventuellement procéder à la démarche inverse à bref délai, tant il est évident que de tels changements doivent

absolument être évités à des enfants déjà perturbés par la séparation de leurs parents. Ainsi, au vu de la nature des droits qui sont en cause, l'effet suspensif souhaité par le père existe à tout le moins de fait.

6. Vu le sort réservé au recours, la requête d'effet suspensif dont il était assorti devient sans objet et le recourant doit prendre à sa charge les frais de la procédure de recours, sans dépens, l'intimée n'ayant pas eu à procéder (art. 420 CPC).

Par ces motifs

LA COUR DE CASSATION CIVILE

1. Déclare le recours irrecevable.
2. Met 330 francs de frais à la charge du recourant.

Neuchâtel, le 24 mars 1995

AU NOM DE LA COUR DE CASSATION CIVILE

Le greffier L'un des juges

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