



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

101 2019 237 – 238 [AJ]

Arrêt du 11 septembre 2019

1^e Cour d'appel civil

Composition

Président : Jérôme Delabays
Juges : Dina Beti, Sandra Wohlhauser
Greffière-rapporteure : Catherine Faller

Parties

A._____, **requérant** et **recourant**, représenté par
Me Bertrand Morel, avocat

dans le procès qui oppose celui-ci à

B._____, **défenderesse au fond**, représentée par
Me Lucienne Bühler, avocate

Objet

Recours contre un refus partiel d'assistance judiciaire

Recours du 19 août 2019 contre la décision du Président du Tribunal
civil de l'arrondissement de la Broye du 6 août 2019

Requête d'assistance judiciaire pour la procédure de recours

considérant en fait

A. A._____ et B._____ sont mariés depuis 1999 et ont trois enfants nés respectivement en 1999 (C._____), 2001 (D._____) et 2005 (E._____). La séparation date de 2017 et a été réglée par une décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 12 avril 2018 de la Présidente du Tribunal civil de la Broye, confiant notamment la garde des enfants mineurs à leur père. La mère a été astreinte à contribuer à l'entretien de D._____ et de E._____ par le versement d'une partie des allocations employeur. En outre, A._____ a été tenu de payer à son épouse une pension mensuelle qui s'élève actuellement à CHF 1'100.-.

B. A._____ a ouvert action en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye le 27 juin 2019. Dans le même mémoire, il a sollicité du Président du Tribunal le prononcé de mesures provisionnelles, soit le versement par la mère d'une pension de CHF 360.- jusqu'au mois d'octobre 2019 puis de CHF 400.- pour D._____, et d'une pension de CHF 370.- pour E._____. Il a également conclu à ce que la pension de l'épouse soit supprimée déjà par mesures provisionnelles. Il a allégué que B._____ avait été condamnée par ordonnance pénale du 25 juillet 2018 pour voies de fait réitérées sur ses enfants, de lésions corporelles à leur préjudice, et de violation du devoir d'assistance ou d'éducation, et qu'il serait « *choquant* », compte tenu de cette circonstance, qu'il doit continuer à lui verser une contribution d'entretien.

C. Le 6 août 2019, le Président du Tribunal a statué sur la requête d'assistance judiciaire de A._____ du 27 juin 2019. Ayant constaté l'indigence de celui-ci, ce magistrat lui a accordé l'assistance judiciaire, soit l'exonération des frais judiciaires et la désignation d'un avocat d'office. Toutefois, il a précisé que ces dispenses ne valaient pas pour la procédure de mesures provisionnelles tendant à la modification des mesures protectrices de l'union conjugale, celle-ci étant dépourvue de toute chance de succès.

D. A._____ recourt le 19 août 2019, concluant à la modification de la décision attaquée en ce sens que l'assistance judiciaire couvre également la procédure de mesures provisionnelles.

B._____ a choisi de se déterminer le 6 septembre 2019, concluant au rejet du recours.

en droit

1.
 - 1.1. La décision refusant l'assistance judiciaire est sujette à recours, en application des art. 121 et 319 CPC. Le délai pour interjeter recours contre une décision prise en procédure sommaire, comme en l'espèce (art. 119 al. 3 CPC), est de dix jours à compter de sa notification (art. 321 al. 2 CPC). Déposé le 19 août 2019, le recours respecte ce délai, la décision attaquée ayant été notifiée au recourant le 9 août 2019.
 - 1.2. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière en droit ; s'agissant des faits, elle est en revanche limitée à leur constatation manifestement inexacte (art. 320 CPC).
 - 1.3. En application de l'art. 327 al. 2 CPC, l'instance de recours peut statuer sur pièces, sans tenir audience.

2.

2.1. Le Président du Tribunal a considéré que la procédure en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, qui continuent à s'appliquer à titre de mesures provisionnelles (art. 276 al. 2 CC), était dépourvue de toute chance de succès. En substance, il a considéré que l'art. 125 al. 3 CC, qui permet exceptionnellement de refuser l'allocation d'une contribution d'entretien à l'un des époux par exemple lorsqu'il a gravement violé son obligation d'entretien de la famille (ch. 1) ou a commis une infraction pénale grave contre le débiteur ou un de ses proches (ch. 3), ne s'applique pas à l'obligation d'entretien fondée sur les art. 163 et 176 ch. 1 CC, de sorte que cette suppression ne peut intervenir qu'avec la plus grande retenue et en aucun cas au stade des mesures provisionnelles. Il en a déduit que les infractions pénales pour lesquelles B. _____ a été condamnée ne constituent pas un fait nouveau permettant de modifier la décision de mesures protectrices de l'union conjugale. En outre, il a noté que selon les considérants de la Présidente du Tribunal dans sa décision du 12 avril 2018, il n'était pas exigible de la part de l'épouse, alors âgée de 52 ans, d'augmenter son taux d'activité ou de chercher un nouvel emploi, et que cette situation ne s'est a priori pas modifiée.

2.2. La jurisprudence relative à l'absence de succès d'une procédure justifiant le refus de l'assistance judiciaire (art. 117 let. b CPC) a été exposée par le premier juge au considérant 5.a de sa décision et ne fait l'objet d'aucune discussion dans le recours. Il suffit dès lors d'y renvoyer en se limitant à rappeler qu'un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter ; il ne l'est pas, en revanche, lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou que les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes. Ce qui est déterminant est de savoir si une partie, qui disposerait des ressources financières nécessaires, se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable (not. ATF 133 III 614 consid. 5).

2.3. Il est par ailleurs admis que la possibilité d'octroyer partiellement l'assistance judiciaire, expressément prévue par l'art. 118 al. 2 CPC, n'est pas seulement donnée en cas d'indigence partielle, mais aussi en cas de chances de succès partielles (ATF 142 III 138 consid. 5.5). En d'autres termes, il est en soi possible de ne pas accorder l'assistance judiciaire à la procédure de modification des mesures protectrices de l'union conjugale, même si elle est accordée pour la procédure de divorce au fond, les deux procédures étant au demeurant en soi distinctes. Le recourant ne le conteste du reste pas.

2.4. Le recourant ne remet pas non plus en cause le considérant du Président du Tribunal selon lequel, au stade des mesures provisionnelles, il ne pouvait sans doute être exigé de l'épouse qu'elle augmente ses revenus. Il n'y a pas lieu d'y revenir.

2.5.

2.5.1. Le recourant ne critique pas non plus l'avis du premier juge selon lequel l'art. 125 al. 3 CC ne s'applique que lorsqu'il s'agit d'établir le devoir d'entretien après le divorce, mais non déjà durant l'union conjugale. Il soutient en revanche que la contribution d'entretien de l'art. 163 CC est, comme toute prétention fondée sur le droit civil fédéral, soumise à la réserve de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Or, il travaille à 90 %, s'occupe seul du suivi éducatif et thérapeutique des enfants, qui n'ont plus de contacts avec leur mère qui a commis durant des années des violences à leur égard. Il est dès lors selon lui choquant, compte tenu de ces circonstances, qu'il doive continuer à s'acquitter d'une pension mensuelle de CHF 1'100.- encore au cours de la procédure de divorce.

2.5.2. L'entretien entre époux tant que perdure le lien conjugal est réglé par l'art. 163 CC, non par l'art. 125 CC (not. ATF 145 III 169 consid. 3.6). Le but de l'art. 163 CC, soit l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, notamment par la reprise ou l'augmentation de son activité lucrative, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Il se peut donc que, à la suite de cet examen, le juge doive modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux. C'est dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre la jurisprudence consacrée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 128 III 65, qui admet que le juge doit prendre en considération, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC) pour statuer sur la contribution d'entretien. En revanche, le juge des mesures provisionnelles ne doit pas trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce (ATF 137 III 385 consid. 3.1).

Dans l'arrêt du 5 avril 2007 cité par le recourant (5P.522/2006 consid. 3 *in* FamPra 2007 p. 639), le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé que l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC ne confère pas la possibilité de refuser ou de réduire la contribution du conjoint pour des motifs d'équité, à l'instar de ce qui est prévu à l'art. 125 al. 3 CC. Toutefois, il a effectivement précisé que les prétentions tendant à l'octroi d'une contribution d'entretien durant l'union conjugale sont soumises à la réserve de l'art. 2 al. 2 CC, aux termes duquel l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. En l'espèce, le Président du Tribunal n'a certes pas examiné spécifiquement si l'art. 2 al. 2 CC pouvait trouver application. Cela étant, seul l'abus « manifeste » est réprimé de sorte que le juge doit appliquer cette disposition avec une certaine retenue (STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, Traité de droit privé suisse, 2009, p. 213 n. 570). En l'espèce, A. _____ ne conteste pas, dans son recours, que la pension est en soi nécessaire à B. _____ pour subvenir à son entretien, comme l'avait relevé la Présidente du Tribunal dans sa décision du 12 avril 2018, soit relativement récemment. Si la condamnation pénale de l'épouse est effectivement postérieure à la décision de mesures protectrices de l'union conjugale, les faits qui ont motivé cette condamnation lui sont en revanche nettement antérieurs (depuis 2011), la plainte pénale ayant initié cette procédure datant du 9 septembre 2017. Dans ces conditions, il est effectivement très peu vraisemblable que le recourant obtienne, pour le motif qu'il soutient, la suppression de la pension de son épouse à ce stade de la procédure. En considérant que sa cause était dépourvue de chance de succès sur ce point, le Président du Tribunal n'a pas violé le droit fédéral. Il s'ensuit le rejet du recours.

3.

Le recours étant manifestement dépourvu de toute chance de succès, la requête d'assistance judiciaire du 19 août 2019 doit être écartée (art. 117 let. b CPC).

4.

Les frais judiciaires par CHF 200.- sont mis à la charge de A. _____ (art. 106 al. 1 CPC). Des dépens ne seront pas alloués à B. _____, qui n'est pas partie à la procédure de recours contre le refus d'assistance judiciaire (not. ATF 139 III 334 consid. 4.2), et qui n'en sollicite du reste pas.

la Cour arrête :

I. Le recours est rejeté.

Partant, la décision du 6 août 2019 du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye est confirmée.

II. La requête d'assistance judiciaire pour la procédure de recours est rejetée.

III. Les frais de la procédure de recours, fixés forfaitairement à CHF 200.-, sont mis à la charge de A._____.

Il n'est pas alloué de dépens.

IV. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 11 septembre 2019/jde

Le Président :

La Greffière-rapporteure :