



Le enfant ne décide en ou évêe

Si le juge est habilité à fixer les modalités du droit de visite et d'hébergement de l'ex-conjoint n'exerçant pas l'autorité parentale, *il n'a pas le droit de décider que l'enfant en usera à son gré.*

(Cour de cassation 1ère chambre civile, 20-10-1997, arrêt n° 1129).

La Cour de cassation est absolument formelle sur ce point et le rappelle régulièrement, lorsque la question lui est soumise. En effet, si la loi autorise le tribunal à tenir compte des sentiments de l'enfant, c'est au juge de trancher et non à l'enfant.

En conséquence, le tribunal n'a pas le droit d'accorder un droit de visite à un ex-conjoint "sous réserve que l'enfant accepte de le voir".

(Cour de cassation 2ème chambre civile, 11-10-1995, Bull. civ. II n° 232).

Vous pouvez donc faire appel de la décision du juge aux affaires familiales et, si la Cour d'appel ne vous donne pas satisfaction, vous aurez intérêt à vous pourvoir en cassation, car vous aurez toutes les chances d'obtenir finalement gain de cause.

Dans les faits, il faut savoir que les juges aux affaires familiales et les Cours d'appel ne suivent pas toujours les arrêts de la cour de cassation.

En particulier, lorsqu'ils ont à faire à des adolescents ou à des enfants proches de la majorité, ils respectent souvent leurs désirs et refusent de les obliger à voir un parent s'ils ne le souhaitent pas.

De tels jugements doivent logiquement être annulés par la cour de cassation car ils privent le parent qui ne réside pas avec l'enfant de toutes relations avec ce dernier.

LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER, CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE, A RÉUNI EN ASSEMBLÉE GÉNÉRALE LE 25 JANVIER 1993, LA SEPTIÈME CHAMBRE CIVILE, EN RÉVISION, LE POURVOI FORMÉ PAR M. MXXXX, DOMICILIÉ XXXXX, EN CASSATION D'UN ARRÊT RENDU LE 22 MARS 1993 PAR LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER (1^{re} CHAMBRE, SECTION C), AU PROFIT DE MME DXXXX, DOMICILIÉE XXXXX DÉFENDERESSE À LA CASSATION ;

Sur le pourvoi formé par M. Mxxxx, domicilié xxxxx

en cassation d'un arrêt rendu le 22 mars 1993 par la cour d'appel de Montpellier (1^{re} chambre, section C), au profit de Mme Dxxxx, domiciliée xxxxx

défenderesse à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Moyen produit par SCP Monod, avocat aux conseils pour M. Mxxxx.

LES MOYENS D'ASSAULT

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'appel formé par Monsieur Mxxxx contre l'ordonnance du juge aux affaires matrimoniales du tribunal de grande instance de MONTPELLIER du 12 février 1992, qui, d'une part, avait rejeté ses demandes tendant à l'instauration d'une mesure d'assistance éducative pour ses enfants mineurs, à l'élargissement de son droit de visite et d'hébergement et à la suppression de la pension alimentaire à laquelle il avait été condamné et, d'autre part, lui avait donné acte de son engagement de ne pas exercer son droit de visite et d'hébergement ;

AUX MOTIFS QUE le document déposé au nom de Monsieur Mxxxx par son avoué ne saurait être considéré comme valant des conclusions au sens des articles 909 et 961 du nouveau Code de procédure civile ; que n'ayant pas conclu utilement au soutien de son appel, Monsieur Mxxxx n'a pas mis la Cour en mesure de connaître ses griefs contre la décision entreprise ;

ALORS QUE, D'UNE PART, un acte de procédure ne peut être annulé pour vice de forme que sur la demande de la partie intéressée et sur justification par elle du préjudice que lui a causé l'irrégularité ; qu'ainsi, en relevant d'office le moyen tiré de la nullité des conclusions déposées au nom de Monsieur Mxxxx par son avoué, que Madame Dxxxx n'avait pas invoqué dans ses conclusions postérieures, la Cour d'appel a violé les articles 16, 112 et 114 du nouveau Code de procédure civile ;

ALORS QUE, D'AUTRE PART, selon l'article 909 du nouveau Code de procédure civile, les conclusions d'appel doivent être notifiées par l'avoué de chaque partie à celui des autres parties et déposées au secrétariat-greffe avec la justification de leur notification ; qu'ainsi, en déclarant les conclusions de Monsieur Mxxxx nulles au regard de ces dispositions, bien qu'il ressorte des pièces de la procédure que ces conclusions ont été remises au greffe de la Cour d'appel le 27 juillet 1992 après avoir été notifiées le même jour à l'avoué de Madame Dxxxx, la Cour d'appel a violé le texte précité ;

ALORS QU' ENFIN, la nullité d'un acte de procédure est couverte si, postérieurement à celui-ci, la partie adverse a conclu au fond sans soulever la nullité ; qu'ainsi, en retenant la nullité des conclusions de M. Mxxxx, régulièrement

notifiées le 27 juillet 1992, bien que Madame Dxxxx, qui a conclu au fond le 18 janvier 1993 n'ait pas invoqué cette nullité, la Cour d'appel a violé l'article 112 du nouveau Code de procédure civile.

**S
I
O
M
O
Y
A
S
S
A
T
O**

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir suspendu, jusqu'à une manifestation contraire de la volonté des enfants, l'exercice du droit de visite et d'hébergement de Monsieur Mxxxx ;

AUX MOTIFS QUE Monsieur Mxxxx a eu une attitude raisonnable et sensée en s'engageant devant le premier juge à ne plus exercer son droit de visite et d'hébergement et en tenant son engagement ; que le premier juge a pertinemment relevé que cette attitude de sagesse était imposée par le refus systématique des enfants de voir leur père ainsi que par l'inutilité de tout dialogue, et a mis en évidence le devoir de patience qui s'impose à Monsieur Mxxxx dans l'attente d'un retour de ses enfants à la sérénité et à la paix ; que cependant, le premier juge n'a pas tiré la conséquence qui découle logiquement de ces considérations et a cru opportun de maintenir le droit de visite et d'hébergement contesté en s'en remettant à l'opinion que se feront les enfants, en grandissant, sur ce que devront être leurs relations avec leur père ; qu'une telle situation ne pourrait manquer d'engendrer des conflits d'ordre civil ou même pénal si Monsieur Mxxxx, se départissant de l'attitude raisonnable qu'il a observée jusqu'ici, s'avisait de prétendre exercer son droit ; qu'il convient donc, dans la perspective d'un changement spontané d'attitude des enfants, de suspendre l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père ;

ALORS QUE, D'UNE PART, il résulte de l'article 374 alinéa 4 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993 applicable en l'espèce que le juge doit accorder au parent naturel n'ayant pas l'exercice de l'autorité parentale, qui le demande, un droit de visite et d'hébergement, et qu'il ne peut refuser ce droit que pour des motifs graves ; qu'ainsi, en suspendant le droit de visite et d'hébergement de Monsieur Mxxxx, ce qui constitue une mesure que la loi ne lui donne pas le pouvoir de prononcer, la Cour d'appel a violé l'article 374 alinéa 4 du Code civil, ensemble les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales ;

ALORS QUE, D'AUTRE PART, le juge ne peut déléguer les pouvoirs que lui confère l'article 374 alinéa 4 du Code civil ; qu'ainsi, en suspendant le droit de visite et d'hébergement de Monsieur Mxxxx jusqu'à une manifestation contraire de la volonté des enfants, ce qui revient à subordonner l'exécution de sa décision à la discrétion de ceux-ci, la Cour d'appel a violé l'article 374 alinéa 4 du Code civil ;

ALORS QUE, D'UNE TROISIEME PART, la renonciation à l'exercice d'un droit ne se présume pas ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel s'est fondée, pour suspendre l'exercice du droit de visite et d'hébergement de Monsieur Mxxxx, sur le fait que celui-ci se serait, devant le premier juge, engagé à ne plus exercer ce droit, tout en constatant que Monsieur Mxxxx était appelant de l'ordonnance du juge aux affaires matrimoniales qui l'avait débouté de sa demande d'élargissement de son droit de visite et d'hébergement et qui lui avait donné acte de son engagement ne pas exercer ce droit ; qu'ainsi, en ne déduisant pas les conséquences légales de ses propres constatations desquelles il résultait que monsieur Mxxxx contestait avoir pris un tel engagement devant le premier juge ou, à tout le moins, renonçait en cause

d'appel à cet engagement, la cour d'appel a violé les articles 374 alinéa 4 et 1134 du code civil ;

ALORS QU' ENFIN, en se bornant, pour refuser à Monsieur Mxxxx l'exercice effectif de son droit de visite et d'hébergement, à constater le prétendu engagement pris par celui-ci de ne pas exercer son droit et à considérer que la suspension de ce droit s'impose pour le cas où Monsieur Mxxxx, "se départissant de l'attitude raisonnable qu'il a observée jusqu'ici, s'aviserait de prétendre exercer son droit" (sic), sans relever aucun motif grave, notamment en relation avec des enfants, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 374 alinéa 4 du Code civil.

LA COUR D'APPEL, en l'audience du 8 juin 1995 Sur le premier moyen :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'appel formé par M. Mxxxx contre l'ordonnance d'un juge aux affaires matrimoniales qui, d'une part, avait rejeté ses demandes tendant à l'instauration d'une mesure d'assistance éducative pour ses enfants mineurs, à l'élargissement de son droit de visite et d'hébergement et à la suppression de la pension alimentaire à laquelle il avait été condamné et, d'autre part, lui avait donné acte de son engagement de ne pas exercer son droit de visite et d'hébergement, aux motifs que, n'ayant pas conclu utilement au soutien de son appel M. Mxxxx n'a pas mis la cour d'appel en mesure de connaître ses griefs contre la décision entreprise ; alors que, selon le moyen, d'une part, un acte de procédure ne peut être annulé pour vice de forme que sur la demande de la partie intéressée et sur justification par elle du préjudice que lui a causé l'irrégularité ; qu'ainsi, en relevant d'office le moyen tiré de la nullité des conclusions déposées au nom de M. Mxxxx par son avoué, que Mme Dxxxx n'avait pas invoqué dans ses conclusions postérieures, la cour d'appel a violé les articles 16, 112 et 114 du nouveau Code de procédure civile ; alors que, d'autre part, selon l'article 909 du nouveau Code de procédure civile, les conclusions d'appel doivent être notifiées au secrétariat-greffe avec la justification de leur notification ; qu'ainsi, en déclarant les conclusions de M. Mxxxx nulles au regard de ces dispositions, bien qu'il ressorte des pièces de la procédure que ces conclusions ont été remises au greffe de la cour d'appel le 27 juillet 1992 après avoir été notifiées le même jour à l'avoué de Mme Dxxxx, la cour d'appel a violé le texte précité ; alors qu'enfin, la nullité d'un acte de procédure est couverte si, postérieurement à celui-ci, la partie adverse a conclu au fond sans soulever la nullité ; qu'ainsi, en retenant la nullité des conclusions de M. Mxxxx, régulièrement notifiées le 27 juillet 1992, bien que Mme Dxxxx, qui a conclu au fond le 18 janvier 1993, n'ait pas invoqué cette nullité, la cour d'appel a violé l'article 112 du nouveau Code de procédure civile 00;

Mais attendu qu'en appel les prétentions des parties ainsi que les moyens sur lesquels elles sont fondées sont formulées dans les conclusions qui, dans les procédures avec représentation obligatoire, doivent être signées par l'avoué constitué, lequel a seul qualité pour représenter les parties et conclure en leur nom ;

Que, dès lors, cest à bon droit, qu'après avoir relevé que l'avoué de M. Mxxxx, indiquant qu'il agissait sur "l'ordre formel" de son client, avait déposé un "document intitulé conclusions" constitué pas dix-sept pages dactylographiées, ne comportant aucune signature, la cour d'appel, qui était tenue d'examiner la valeur et la portée de toutes les écritures et documents régulièrement déposés par l'avoué et versés aux débats, a décidé que le document ne pouvait être considéré comme valant conclusions ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 374 du Code civil ;

Attendu que les juges, lorsqu'ils fixent les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé sur ses enfants au parent non attributaire de la garde, ne peuvent déléguer sur ce point les pouvoirs que leur confère la loi ;

Attendu que l'arrêt a suspendu l'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé à M. Mxxxx sur ses enfants alors tous deux mineurs jusqu'à une manifestation contraire de la volonté de ceux-ci ;

Qu'en subordonnant ainsi l'exécution de sa décision à la discrétion des enfants, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

À A I S M O T S, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qui concerne la suspension de l'exercice du droit de visite et d'hébergement, l'arrêt rendu le 22 mars 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes.

Sur le rapport de Mme le conseiller Vigroux, les observations de la SCP Monod, avocat de M. Mxxxx, de la SCP Ghestin, avocat de Mme Dxxxx, les conclusions de M. Tatu, avocat général M. ZAKINE, Président.