

# **BGer 5A 125/2022 vom 22. August 2022**

Bundesgericht, 2022-08-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_125\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_125_2022)

FR: TF 5A 125/2022 du 22 août 2022

IT: TF 5A 125/2022 del 22 agosto 2022

## **Regeste**

mesures provisionnelles (droit aux relations personnelles) | Droit de la famille

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans la forme légale ( art. 42 al. 1 LTF ) par une partie qui a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 let. a et b LTF ), le recours est dirigé contre une décision de mesures provisionnelles rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ), dans une affaire civile ( art. 72 al. 1 LTF ) de nature non pécuniaire. En tant que la décision attaquée tranche provisoirement la question du droit aux relations personnelles avec un enfant né hors mariage, il s'agit d'une décision incidente de nature à causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF , dès lors que même une décision finale ultérieure favorable au recourant ne pourrait pas compenser rétroactivement l'exercice des prérogatives parentales dont il a été frustré (cf. arrêts 5A\_640/2020 du 25 mars 2021 consid. 1.2; 5A\_995/2017 du 13 juillet 2018 consid. 1.1 et la référence). Le recours en matière civile est donc en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

### **E. 2.1**

Comme la décision entreprise porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF , la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 147 I 73 consid. 2.1; 146 III 303 consid. 2; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise ( ATF 134 II 349 consid. 3; 133 II 396 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire ( ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4; 140 III 264 consid. 2.3).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l' art. 98 LTF , le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1). Le recourant ne peut se limiter à contredire les

constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 145 IV 154 consid. 1.1; 141 IV 249 consid. 1.3.1).

### **E. 2.3**

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ; ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence). Cette exception vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée; peuvent notamment être introduits des faits nouveaux concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente, afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours. En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée, ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 139 III 120 consid. 3.1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3). Il appartient au recourant qui entend se prévaloir de l'admissibilité exceptionnelle de faits nouveaux de démontrer que les conditions en sont remplies ( ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence; arrêts 5A\_396/2018 du 29 juin 2018 consid. 2.3; 5A\_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 2.3, non publié in ATF 142 III 617 , et les références). En l'occurrence, les faits exposés par la recourante dans le courrier adressé le 10 août 2022 au Tribunal de céans ainsi que les pièces annexées sont postérieures à l'arrêt querellé comme elle l'admet d'ailleurs elle-même dans cette nouvelle écriture. Sauf à affirmer péremptoirement qu'il s'agit d'éléments " suffisamment importants pour qu'ils doivent être pris en considération dans le cadre de la fixation du droit de visite [de l'intimé] sur son fils ", la recourante ne démontre d'aucune manière en quoi ces faits nouveaux seraient admissibles au sens de l' art. 99 al. 1 LTF . Ils ne seront en conséquence pas pris en considération au même titre que la réponse y afférente du 16 août 2022 de l'intimé et le bordereau de pièces joint.

### **E. 3**

La recourante conteste l'élargissement du droit de visite de l'intimé sur leur fils commun. Elle se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits sur plusieurs points.

#### **E. 3.1**

Elle reproche en premier lieu au Juge délégué d'avoir considéré à tort que, selon les déclarations de D.\_\_\_\_\_, représentante de la DGEJ, le rapport de l'UEMS du 29 septembre 2020 n'était plus d'actualité. Or, interpellée lors de l'audience du 30 juin 2021 sur cette question, elle avait précisé: " je ne pense pas que ce rapport n'est plus d'actualité " puis " pour répondre à Me Kim-Lloyd Sciboz, qui me demande si le rapport de l'UEMS de septembre 2020 est toujours acceptable, je vous confirme qu'il l'est ". Or, le rapport en question préconisait notamment un élargissement progressif du droit de visite selon accord entre les parents, en fonction de l'âge et du développement de l'enfant ainsi que des horaires du futur emploi de la recourante et précisait qu'il pouvait être imaginé que les horaires de visite du samedi soient élargis progressivement à la journée entière avec en parallèle une visite supplémentaire d'une après-midi par semaine avant d'intégrer la nuit du samedi et de passer à un droit de visite dit usuel d'ici l'entrée à l'école de l'enfant. E.\_\_\_\_\_, l'une des signataires du rapport, avait également précisé lors de l'audience du 6 octobre 2020 que,

selon la littérature, c'est à partir de trois ans qu'un enfant peut passer une nuit loin de sa mère, respectivement à partir de sa scolarité qu'il peut passer les week-ends ailleurs. La recourante reproche donc au Juge délégué de ne pas s'être penché sur ce rapport de manière concrète, le considérant à tort comme n'étant plus d'actualité et de s'en être écarté sans aucun motif valable et sans se fonder sur des circonstances nouvelles. Elle fait également grief au Juge délégué d'avoir retenu que l'enfant était âgé de trois ans alors qu'il était en réalité âgé seulement de deux ans et quatre mois (recte: deux ans et trois mois). Or, il s'agissait d'un élément particulièrement important dans la mesure où l'UEMS s'était expressément référée au palier d'âge de trois ans avant lequel une nuit sans le parent gardien n'était que difficilement concevable. Elle fait par ailleurs référence à l' ATF 142 III 481 dans lequel la Cour de céans a considéré que, pour les enfants en bas âge, des intervalles de visite fréquents et courts sans nuitée seraient idéaux notamment lorsque ceux-ci ne peuvent pas être remplacés par d'autres canaux tels que Skype. Le Juge délégué avait certes reconnu que des visites fréquentes sans les nuits seraient idéales mais avait toutefois considéré que cela n'était pas réalisable en l'espèce en raison des horaires des points rencontres. Or, il n'appartenait pas à l'enfant de subir de telles conséquences, ce d'autant que les points rencontres pouvaient proposer des visites plus fréquentes voire tous les week-ends à raison de quelques heures.

### **E. 3.2.1**

Aux termes de l' art. 273 al. 1 CC , le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Le juge du fait dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de fixer les modalités d'exercice du droit de visite ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.5 et les références; arrêts 5A\_968/2016 du 14 juin 2017 consid. 5.1; 5A\_457/2013 du 24 octobre 2013 consid. 2.1). Dans l'exercice du droit de visite, les intérêts des enfants priment ceux de leurs parents. Il ne s'agit pas de trouver un juste équilibre entre les intérêts respectifs des parents mais d'organiser le droit de visite de sorte à maintenir des relations entre chaque parent et l'enfant dans l'intérêt de ce dernier. Les besoins d'un enfant en bas âge diffèrent de ceux d'un adolescent. Concernant les enfants en bas âge, les relations personnelles s'exercent dans l'idéal par le biais de visites courtes et fréquentes sans nuitée ( ATF 142 III 481 consid. 2.8; arrêts 5A\_654/2019 du 14 mai 2020 consid. 3.1; 5A\_968/2016 précité loc. cit. et les références). Du fait de la perception du temps à cet âge-là, la durée de la séparation avec le parent de référence de l'enfant ne devrait pas être trop longue. En revanche, le laps de temps entre deux visites du parent non gardien ne devrait jamais excéder quatorze jours (arrêts 5A\_654/2019 précité loc. cit.; 5A\_968/2016 précité loc. cit. et les références). S'agissant de la question spécifique de l'introduction de nuitées durant le droit de visite, le Tribunal de céans n'a pas posé de limite d'âge fixe. La doctrine ne se prononce que rarement sur cette question et se réfère généralement à l'âge préscolaire (ANDREA BÜCHLER, in Schwenzler/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Bd. I: ZGB, 4 e éd. 2022, n° 28 ad art. 273 CC ; PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation, 6 e éd. 2019, p. 635 note de bas de page n° 2267). Pour pouvoir envisager que l'enfant en bas âge passe la nuit chez le parent non gardien, il doit à tout le moins être accoutumé aux lieux et être déjà au bénéfice d'une relation régulière et de qualité avec ledit parent (INGEBORG SCHWENZLER/MICHELLE COTTIER, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6 e éd. 2018, n° 14 ad art. 273 CC ; ANDREA BÜCHLER, op. cit., loc. cit.).

### **E. 3.2.2**

Aux fins de trancher la question du sort des enfants, le juge peut notamment avoir recours aux services de protection de l'enfance ou de la jeunesse pour demander un rapport sur la situation familiale, une enquête sociale pouvant avoir son utilité en cas de situation conflictuelle et de doute sur la solution adéquate pour les enfants; il peut toutefois s'écarter des conclusions d'un rapport établi par un tel service à des conditions moins strictes que celles applicables lorsqu'il s'agit d'une expertise judiciaire (arrêts 5A\_381/2020 du 1<sup>er</sup> septembre 2020 consid. 4.1 et les nombreuses références; 5A\_756/2019 du 13 février 2020 consid. 3.1.1 et les références).

### **E. 3.3**

En l'occurrence, il apparaît effectivement que le Juge délégué a retenu arbitrairement que l'enfant était déjà âgé de trois ans alors qu'il n'était âgé que de deux ans et trois mois lors de la reddition de l'arrêt querellé. Or, au regard de la jurisprudence, la question de l'âge de l'enfant est déterminante pour savoir si le droit de visite de l'intimé peut être étendu aux nuits, de sorte que cette question ne saurait souffrir d'imprécision. Par ailleurs, le Juge délégué a certes exposé que le conflit parental marqué empêchait en l'espèce de fréquents passages de l'enfant d'un parent à l'autre. Or, s'il est vrai que l'adjonction de nuits au droit de visite de l'intimé aurait pour effet de réduire le nombre de passages de l'enfant, on peine toutefois à comprendre cette motivation dans la mesure où le passage de l'enfant s'effectue par l'intermédiaire de la crèche ou du point rencontre, de sorte que les parents ne sont pas amenés à se rencontrer. Le Juge délégué a également retenu que, selon l'expérience générale de la vie, de petits enfants pouvaient fort bien passer des nuits loin de leur mère par exemple chez leurs grands-parents sans en pâtir. Au vu du large pouvoir d'appréciation dont il dispose en la matière, le Juge délégué pouvait certes renoncer à appliquer la jurisprudence qui préconise dans l'idéal de privilégier des visites courtes et fréquentes sans nuitée s'agissant d'enfants en bas âge et s'écarter en conséquence des conclusions du rapport de l'UEMS du 29 septembre 2020. Pour ce faire, il devait toutefois préciser les circonstances du cas d'espèce qui imposaient une solution différente. A cet égard, l'intimé rappelle à juste titre que le juge doit prendre en compte l'ensemble des éléments qui constituent la situation qui lui est soumise et que le rapport dont se prévalait la recourante ne constituait que l'un de ces éléments qui avait au demeurant été établi plus d'une année avant la reddition de l'arrêt litigieux. Il relève également que D. \_\_\_\_\_ avait nuancé ses propos lors de son audition le 30 juin 2021 exposant qu'il arrivait dans la pratique que des droits de visite se déroulent depuis le plus jeune âge de manière différente et qu'elle ne voyait aucun danger à ce que l'enfant dorme chez son père. Cela étant, en l'espèce, sauf à faire état de la problématique de la remise de l'enfant entre les parents et de l'intérêt de l'enfant à nouer des contacts avec son père, la motivation cantonale ne comporte aucune précision quant aux motifs qui justifieraient d'ajouter dès à présent des nuitées au droit de visite de l'intimé. En particulier, l'état de fait cantonal ne comporte aucune précision quant à la qualité de la relation entre le père et l'enfant. Certes, il constate que les capacités éducatives du père ne sont pas remises en cause, mais il ne ressort en revanche pas de l'arrêt en question que l'enfant aurait déjà vécu avec son père avant la séparation ou qu'il s'en occupait particulièrement, ce qui faciliterait la mise en confiance de l'enfant s'il devait passer la nuit seul chez son père. On ne sait pas davantage si l'enfant est suffisamment familiarisé avec le lieu où son père souhaite l'accueillir. Au regard de la jurisprudence, ces questions sont pourtant centrales pour envisager l'extension du droit de visite aux nuitées pour un enfant de cet âge-là. Il suit

de ce qui précède que le grief d'arbitraire dans l'appréciation des faits qui ont conduit à l'arrêt querellé est fondé. La cause doit en conséquence être renvoyée au Juge délégué afin qu'il modifie les modalités d'exercice du droit de visite sur l'enfant des parties ou qu'il expose clairement les motifs pour lesquels il y a en l'espèce lieu de s'écarter de la jurisprudence susmentionnée et d'introduire des nuitées auprès du parent non gardien plus tôt.

#### **E. 4**

En définitive, le recours est admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée au Juge délégué pour nouvelle décision au sens des considérants. Il lui appartiendra aussi de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale ( art. 67 et 68 al. 5 LTF ). Bien que l'issue du litige soit incertaine, les frais et dépens de l'instance fédérale incombent à l'intimé (art. 66 al. 1, 68 al. 1 et 2 LTF; arrêt 5A\_93/2019 du 13 septembre 2021 consid. 7 et les références), lequel a conclu au rejet du recours ( ATF 119 Ia 1 consid. 6b). La recourante et l'intimé sollicitent le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale. Les conditions prévues aux art. 64 al. 1 et 2 LTF sont remplies en l'espèce. Puisque la recourante ne supporte pas les frais judiciaires, sa requête d'assistance judiciaire est sans objet en tant qu'elle porte sur ce point ( ATF 109 Ia 5 consid. 5; arrêts 5A\_821/2019 du 14 juillet 2020 consid. 7; 5A\_333/2019 du 6 juillet 2020 consid. 6 et l'autre référence). Tel n'est en revanche pas le cas en tant qu'elle concerne la désignation d'un avocat d'office et l'indemnisation de celui-ci. En effet, bien que l'intimé soit condamné à verser des dépens à la recourante, il y a lieu de considérer que celle-ci ne sera pas en mesure de les recouvrer, compte tenu de la situation financière de l'intimé. Les avocats de la recourante seront dès lors également directement indemnisés par la Caisse du Tribunal fédéral (arrêts 5A\_131/2021 du 10 septembre 2021 consid. 6.1; 5A\_333/2019 du 6 juillet 2020 consid. 6; cf. ég. ATF 122 I 322 consid. 3d). Les parties sont rendues attentives au fait qu'elles sont tenues de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral si elles sont en mesure de le faire ( art. 64 al. 4 LTF ).

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