

# BGer 5A\_474/2024 vom 23. August 2024

Bundesgericht, 2024-08-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_474\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_474_2024)

FR: TF 5A\_474/2024 du 23 août 2024

IT: TF 5A\_474/2024 del 23 agosto 2024

## Erwägungen

### E. 1

Formé en temps utile (art. 100 al. 1 et 46 al. 1 let. a LTF), le recours est dirigé contre une décision relative à l'octroi de l'effet suspensif, à savoir une décision incidente qui ne concerne ni la compétence ni une demande de récusation (cf. art. 92 LTF), et qui tombe ainsi sous le coup de l'art. 93 LTF (ATF 138 III 378 consid. 1.1; 137 III 475 consid. 1). Elle est susceptible de causer au recourant un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) dès lors que les droits parentaux sont arrêtés pour la durée de la procédure: même une décision finale ultérieure qui lui serait favorable ne pourrait pas compenser rétroactivement l'exercice des prérogatives parentales dont il aurait été frustré (ATF 137 III 475 précité consid. 1 et les références; arrêt 5A\_739/2023 du 26 mars 2024 consid. 1). Le recours contre une décision incidente est soumis à la même voie de droit que celle qui est ouverte contre la décision principale (ATF 137 III 380 consid. 1.1), à savoir en l'espèce une cause de nature civile (art. 72 al. 1 LTF), non pécuniaire dans son ensemble (parmi plusieurs, arrêt 5A\_522/2022 du 3 mai 2023 consid. 1). Les autres conditions de recevabilité du recours en matière civile sont remplies (art. 42 al. 2 et 75 al. 2 LTF [ATF 143 III 140 consid. 1.2; 137 III 475 consid. 1]); art. 76 al. 1 let. a et b LTF).

### E. 2.1

La décision sur l'effet suspensif est de nature provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF (ATF 137 III 475 consid. 2; 134 II 192 consid. 1.5; 5A\_665/2018 du 18 septembre 2018 consid. 1, non publié aux ATF 144 III 469), de sorte que 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). Une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst.) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, ou s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral sans motif pertinent. Il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; 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 148 III 95 consid. 4.1; 147 I 241 consid. 6.2.1; 145 II 32 consid. 5.1).

### 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 soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 148 IV 39 consid. 2.3.5; 147 I 73 consid. 2.2; 144 III 93 consid.

5.2.2), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné, sous peine d'irrecevabilité ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.1).

### **E. 3**

En l'espèce, après avoir résumé les considérations du premier juge ainsi que les rapports de la DGEJ et de l'experte, le Juge délégué a considéré qu'il se justifiait d'assortir l'appel de la mère de l'effet suspensif afin d'éviter qu'en cas d'admission de l'appel, l'enfant doive faire face à deux changements consécutifs du régime de la garde. Il a pour le surplus jugé qu'il n'était pas possible, à ce stade, de se prononcer sur les moyens que faisait valoir la mère dans son appel. Les moyens invoqués par le père contre l'octroi de l'effet suspensif, à savoir en bref que l'enfant se projetait à Bâle chez son père et qu'il convenait de mettre fin à l'incertitude le concernant, présupposaient par ailleurs que l'appel fut mal fondé.

L'incertitude quant au sort de l'appel demeurerait en effet entière, même si entre-temps l'enfant s'installait chez son père. En conséquence de ce qui précédait, il se justifiait d'admettre la requête d'effet suspensif, ceci concernant l'entier de l'ordonnance du 21 juin 2024, à savoir non seulement le changement du régime de la garde de l'enfant, mais aussi les mesures de curatelle et les contributions d'entretien.

### **E. 4**

Le recourant se plaint d'une application arbitraire de l'art. 315 al. 5 CPC, exposant que la décision entreprise s'écarte de manière insoutenable et sans motifs de la jurisprudence rendue en matière de garde d'enfants. Il fait valoir, d'une part, que la décision querellée met en péril le bien de C. \_\_\_\_\_, ce que le Juge délégué aurait arbitrairement omis de prendre en considération. En effet, l'expertise du 30 mai 2023 et son complément du 29 janvier 2024, dont il fait largement état, renaient qu'il était urgent de sortir l'enfant de là où il se trouvait, à savoir auprès de sa mère, en raison de la péjoration de son état de santé psychique malgré l'important réseau en place, ainsi qu'en raison de l'absence de continuité, de stabilité et de cohérence du cadre offert par la mère, dont l'abstinence à l'alcool n'était pas établie, et dont le suivi psychothérapeutique n'était pas poursuivi. Selon lui, la mère ne pouvait plus remettre en question la force probante de l'expertise, faute d'avoir sollicité un complément à celle-ci ou une nouvelle expertise. La situation était urgente et impliquait un déplacement immédiat de l'enfant auprès de son père, qui était stable, cohérent, posé et abstinent aux stupéfiants et à l'alcool, afin de lui offrir un cadre stable et une évolution favorable. En octroyant l'effet suspensif, le Juge délégué maintenait de manière insoutenable et choquante une situation préjudiciable pour l'enfant, le privant d'un développement favorable. D'autre part, alors qu'il avait retenu qu'il fallait éviter des changements à court terme du régime de la garde, le Juge délégué aurait omis qu'un changement était déjà intervenu à cet égard depuis le prononcé de l'ordonnance du 21 juin 2024, puisqu'avec l'accord de sa mère, l'enfant avait fait ses adieux aux maîtresses d'école, à ses copains de classe et de l'équipe de basket ainsi qu'à son psychologue. Il s'était aussi entretenu avec sa curatrice, en présence de ses parents, confirmant à cette occasion son désir de vivre avec son père à Bâle, la mère s'étant en outre engagée, devant la curatrice, à remettre au père les divers dossiers médicaux de l'enfant. Les maîtresses avaient aussi confirmé le départ de l'enfant en retirant ses parents du groupe WhatsApp des parents de la classe. Les vacances d'été avaient été fixées de manière à ce que l'enfant se trouve à Bâle à la rentrée et le déménagement, qui se ferait le 3 août 2024, avait été validé par la mère et communiqué à l'enfant, qui avait déjà fait ses cartons, comme en attestaient des échanges de courriels entre ses parents. La curatrice avait confirmé que l'enfant était "soulagé qu'une

décision ait été rendue" et semblait "se projeter dans un déménagement à Bâle auprès de son père". L'expertise du 30 mai 2023 rappelait que l'enfant ne "supporte plus que les adultes ne soient pas fiables". Le fait que la mère ait validé le déménagement pour ensuite s'y opposer privait l'enfant d'un développement stable et cohérent. Octroyer l'effet suspensif à l'appel revenait donc en réalité à imposer, à court terme, un second nouveau changement du régime de la garde, le premier étant déjà intervenu "par actes concluants" depuis le prononcé du 21 juin 2024 avec l'assentiment de la mère, ce qui placerait l'enfant dans une situation préjudiciable à sa santé et son bien-être.

## **E. 5**

Les mesures protectrices de l'union conjugale constituent des mesures provisionnelles au sens de l'art. 315 al. 4 let. b CPC ( ATF 138 III 565 consid. 4.3.1; 137 III 475 consid. 4.1 et les références). En vertu de la disposition précitée, lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles, l'appel n'a en principe pas d'effet suspensif. L'art. 315 al. 5 CPC permet toutefois de suspendre exceptionnellement l'exécution des mesures provisionnelles, si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable. Le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès. Le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent. Saisie d'une demande d'effet suspensif, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels; elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce ( ATF 137 III 475 consid. 4.1; arrêt 5A\_941/2018 du 23 janvier 2019 consid. 5.3.2). En matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, lorsque la décision de mesures protectrices ou provisionnelles statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prenait régulièrement soin de lui au moment de l'ouverture de la procédure ayant donné lieu à la décision attaquée, le bien de l'enfant commande, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence. La requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi être admise, sauf si le maintien de la situation antérieure met en péril le bien de l'enfant ou encore si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé ( ATF 144 III 469 consid. 4.2.1; 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêt 5A\_206/2024 du 7 juin 2024 consid. 3.1.2). Lorsque l'autorité cantonale jouit d'un pouvoir d'appréciation ( art. 4 CC ), le Tribunal fédéral ne revoit en principe qu'avec réserve sa décision prise en équité. Il n'intervient que lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; en outre, le Tribunal fédéral redresse les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante ( ATF 145 III 49 consid. 3.3; 142 III 336 consid. 5.3.2 et les références; arrêt 5A\_511/2023 du 12 février 2024 consid. 5.1).

## **E. 6**

Il sera tout d'abord précisé en l'espèce que les nombreux faits relatés par le recourant qui ne figurent pas dans l'ordonnance querellée ne seront pas pris en considération, faute pour lui de soulever, et a fortiori de motiver de manière claire et détaillée, un grief d'établissement arbitraire des faits ou d'appréciation arbitraire des preuves (cf. supra consid. 2.2). Il reste ainsi uniquement à examiner si le Juge délégué a procédé à une application insoutenable de l'art. 315 al. 5 CPC en assortissant l'appel de la mère de l'effet suspensif. A cet égard, en tant que le recourant fait valoir qu'un premier changement du régime de la garde est en l'espèce déjà intervenu après la décision du premier juge, de sorte que le prononcé de l'effet suspensif aurait en réalité pour conséquence d'imposer à C. \_\_\_\_\_ un nouveau changement, sa critique trahit une mécompréhension de la jurisprudence. Quand bien même il serait démontré, le fait allégué par le recourant, selon lequel l'intimée aurait préparé l'enfant à son déménagement chez son père après la reddition de l'ordonnance du 21 juin 2024, ne signifie nullement que ce déménagement se serait concrétisé et que le père aurait effectivement exercé la garde. L'admission de la requête d'effet suspensif n'est donc aucunement arbitraire au regard des principes posés par la jurisprudence (cf. supra consid. 5) : le maintien de C. \_\_\_\_\_ auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence, à savoir sa mère, en Valais, dans l'environnement qui lui est familier, pour la durée de la procédure d'appel, lui permettra d'éviter des changements successifs et rapprochés de son lieu de vie et de la personne qui s'occupe principalement de lui, dans l'hypothèse où l'appel formé par sa mère devait être admis. A cela s'ajoute que, si le Président a certes décidé d'attribuer la garde de l'enfant à son père et de fixer son domicile chez celui-ci, à Bâle, il ne ressort pas des faits de l'ordonnance entreprise qu'il y aurait une urgence caractérisée à procéder à cette modification, en ce sens que le bien de l'enfant serait mis en péril de manière imminente s'il demeurait auprès de sa mère pour la durée de la procédure d'appel. Il ressort en effet de l'ordonnance attaquée que l'experte a constaté de bonnes compétences parentales chez chacun des parents et considéré que la meilleure solution pour l'enfant était une garde alternée, ce qui était toutefois impossible à mettre en place en l'espèce. La situation du père avait évolué favorablement, de sorte qu'il était possible d'envisager qu'il soit titulaire de la garde de l'enfant. Le changement du régime de la garde a en définitive été décidé essentiellement en raison du fait que l'enfant, dont la situation avait longtemps stagné et se détériorait et qui avait exprimé le souhait de vivre avec son père, avait besoin d'un "renouveau". Enfin, le recourant ne fait pas valoir que Juge délégué aurait fait preuve d'arbitraire en estimant, au terme d'un examen sommaire, qu'il ne pouvait pas à ce stade se prononcer sur l'issue de l'appel, autrement dit, que l'on ne pouvait d'emblée qualifier celui-ci d'irrecevable ou de manifestement infondé, de sorte que pour ce motif là également, il n'était pas justifié de rejeter la requête d'effet suspensif. Le grief d'application arbitraire de l'art. 315 al. 5 CPC doit ainsi être rejeté.

#### **E. 7**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée, ses conclusions apparaissant d'emblée dépourvues de chance de succès (art. 64 al. 1 LTF). Celui-ci supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et versera en outre des dépens à l'intimée pour ses déterminations sur la requête de mesures provisionnelles, celle-ci ayant obtenu gain de cause à cet égard (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Puisque l'intimée 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; arrêt 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 le recourant soit condamné à verser des dépens à l'intimée, il y a lieu de considérer qu'elle ne sera pas en mesure de les recouvrer, compte tenu de la situation financière de celui-ci. L'avocat de l'intimée sera dès lors également directement indemnisé par la Caisse du Tribunal fédéral (arrêt 5A\_333/2020 précité; 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.