

## **BGer 5A\_475/2013 vom 11. September 2013**

Bundesgericht, 2013-09-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_475\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_475_2013)

FR: TF 5A\_475/2013 du 11 septembre 2013

IT: TF 5A\_475/2013 del 11 settembre 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La décision querellée refuse de suspendre l'exécution d'une décision de mesures protectrices attribuant la garde des enfants à l'intimée, réservant un droit de visite soumis à curatelle au recourant et attribuant la jouissance exclusive de la villa familiale à l'intimée. Il s'agit là d'une décision incidente en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ; ATF 137 III 475 consid. 1 et les références).

Hormis les décisions mentionnées à l' art. 92 al. 1 LTF , une décision préjudicielle ou incidente peut être entreprise immédiatement si elle peut causer un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse ( art. 93 al. 1 let. b LTF ). Selon la jurisprudence, la décision entreprise peut entraîner un préjudice irréparable: puisque la garde est en effet arrêtée pour la durée de la procédure, même si le recourant obtient finalement gain de cause au fond, aucune réparation ne sera possible pour la période écoulée ( ATF 137 III 475 consid. 1 et les références). L'attribution de la garde dépendant du logement convenable du parent, il faut admettre que l'attribution de la villa familiale cause également un tel préjudice (arrêt 5A\_514/2012 du 4 septembre 2012 consid. 1.1).

L'autorité cantonale n'a pas statué sur recours mais en qualité d'instance cantonale unique sur l'effet suspensif requis dans le cadre d'une procédure d'appel; le recours en matière civile est cependant admissible en vertu de l' art. 75 al. 2 LTF ( ATF 138 III 41 consid. 1.1; 137 III 424 consid. 2.2).

Interjeté en temps utile par une partie qui a succombé dans ses conclusions en instance cantonale, contre une décision rendue dans une contestation de nature non pécuniaire dans son ensemble (arrêt 5A\_13/2013 du 11 février 2013 consid. 1 et les références), le recours est également recevable au regard des art. 100 al. 1, 76, et 74 al. 1 LTF.

#### **E. 2**

La décision refusant l'effet suspensif, comme celle d'exécution provisoire, et celle de retrait ou d'octroi de l'effet suspensif ( ATF 137 III 475 consid. 2 et les références), est une décision de mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF , de sorte que seule la violation de droits constitutionnels peut être invoquée. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés conformément au principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 136 I 65 consid. 1.3.1; 133 IV 286 consid. 1.4). Il n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire ( ATF 133 III 589 consid. 2; cf. ATF 136 I précité et 134 II 244 consid. 2.1).

En particulier, le recourant qui se plaint d'arbitraire ne saurait, dès lors, 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 la juridiction cantonale, mais doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision repose sur une application de la loi manifestement insoutenable ( ATF 134 II 349 consid. 3 et les références).

### **E. 3**

Le recourant se plaint de la violation de l' art. 9 Cst. en tant que l'autorité cantonale n'a pas accordé d'effet suspensif à son appel.

#### **E. 3.1.1**

L'autorité cantonale a jugé que, au regard de l'intérêt prépondérant des enfants, aucune circonstance exceptionnelle ne conduisait à suspendre l'effet exécutoire attaché au jugement attaqué: quant à l'aîné, qui avait exprimé le souhait de demeurer auprès de son père, il serait majeur en juillet 2013 et donc libre, dès ce moment, de décider où il veut séjourner; quant au cadet, il importait que celui-ci conserve son cadre de vie, de sorte qu'il convenait de rejeter la requête s'agissant aussi bien de la garde et du droit de visite que du logement conjugal, étant précisé que, si le recourant quittait ce lieu, rien ne laissait supposer qu'il ne pourrait pas le réintégrer par la suite, louer provisoirement une chambre meublée et venir dans le logement conjugal pour dispenser ses cours de musique. Enfin, l'autorité cantonale a relevé que les deux parties concluaient à la suspension de l'effet exécutoire du chiffre 7 du dispositif de la décision attaquée (contribution d'entretien en faveur du recourant), de sorte qu'elle a accordé l'effet suspensif dans cette seule mesure.

#### **E. 3.1.2**

Le recourant soutient que la décision attaquée est arbitraire, en tant qu'elle fait fi de la répartition des rôles durant la vie commune, à savoir qu'il s'occupait des enfants, et qu'un changement à cet égard bouleverserait l'équilibre de ceux-ci. Il ajoute que, même à supposer qu'il puisse louer une chambre meublée, il ne pourrait pas y accueillir ses enfants, ni pour manger ni pour dormir; il ne pourrait pas non plus y dispenser ses cours de musique, seule activité lucrative qu'il exerce, et il est selon lui illusoire de penser que son épouse le laisserait revenir à cette fin dans le logement conjugal, au vu des relations tendues qui existent entre eux.

#### **E. 3.1.3**

L'intimée reprend les arguments de l'autorité cantonale et affirme qu'il est dans l'intérêt de l'enfant cadet de demeurer auprès d'elle. Ses autres arguments, fondés sur des faits qui ne ressortent pas de l'arrêt attaqué et dont elle ne démontre pas l'établissement arbitraire sont irrecevables, faute de motivation conforme au principe d'allégation (cf.

supra consid. 2). Au demeurant, pour les raisons qui suivent, les faits allégués - soit les motifs qui l'auraient poussée à quitter le logement conjugal et le fait que, durant la vie commune, le recourant ne se serait occupé ni des enfants ni du ménage - ne sont pas susceptibles d'influer sur le sort de la cause.

#### **E. 3.2.1**

L'appel n'a en principe pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles ( art. 315 al. 4 let. b CPC ). À teneur de l' art. 315 al. 5 CPC ,

l'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable. 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. Les mesures protectrices de l'union conjugale, comme les mesures provisionnelles rendues dans une procédure de divorce, constituent des mesures provisionnelles au sens de l' art. 315 al. 4 let. b et 5 CPC ( ATF 138 III 565 consid. 4.3.1; 137 III 475 consid. 4.1 et les références).

### **E. 3.2.2**

Selon la jurisprudence rendue en matière de procédures de mesures protectrices ou de mesures provisionnelles pour la durée de la procédure de divorce, les principes suivants sont applicables:

Lorsqu'en vertu de la décision de première instance, l'enfant demeure chez le parent qui prenait principalement soin de lui avant l'introduction de la procédure (parent de référence/ Bezugsperson ), l'instance d'appel doit rejeter la requête d'effet suspensif du parent sollicitant un changement de garde, des motifs sérieux devant toutefois être réservés, notamment lorsque la décision attaquée menace le bien de l'enfant et apparaît manifestement infondée ( ATF 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêt 5A\_780/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3.2).

En revanche, lorsque le juge de première instance statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prend actuellement soin de lui, le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence. La requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi généralement être admise, sauf si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé ( ATF 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêt 5A\_194/2012 du 8 mai 2012 consid. 5.1.3). Le fait que la décision querellée ne paraisse pas insoutenable n'est en revanche pas suffisant pour refuser l'effet suspensif ( ATF 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêt 5A\_780/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3.2 et les références).

### **E. 3.3**

En l'espèce, l'autorité cantonale a versé dans l'arbitraire en s'écartant de la jurisprudence précitée sans motifs convaincants: au moment où elle a statué sur l'effet suspensif, le 23 mai 2013, les enfants demeuraient auprès de leur père, dans la villa familiale, l'intimée ayant quitté ce logement en février 2013. Par ailleurs, selon les conclusions du SPMi que l'autorité cantonale a reprises, les capacités éducatives de parents sont équivalentes. Enfin, il ne ressort pas de la décision attaquée que l'appel du recourant paraîtrait d'emblée irrecevable ou manifestement infondé.

Au vu de ce qui précède, l'autorité cantonale a violé l' art. 9 Cst. dans l'application de l' art. 315 al. 5 CPC en refusant d'accorder l'effet suspensif à l'appel interjeté par le recourant, de façon à ce que les enfants puissent continuer à demeurer auprès de leur père, parent de référence à ce stade, dans la villa familiale pour la durée de la procédure d'appel.

### **E. 4**

En conclusion, le recours en matière civile est admis et la décision attaquée est réformée en ce sens que l'effet exécutoire attaché au dispositif du jugement JTPI/4347/2013, rendu le 21 mars 2013 par le Tribunal de première instance est suspendu jusqu'à droit connu sur l'appel.

Vu la situation économique du recourant qui a de plus en charge les enfants, dont les revenus ont été fixés en première instance au maximum à 2'500 fr. par mois et dont les conclusions n'étaient par ailleurs pas dénuées de chances de succès, il convient d'accéder à sa requête d'assistance judiciaire ( art. 64 al. 1 LTF ), Me Alain Berger lui étant désigné comme avocat d'office.

L'intimée doit être condamnée au paiement des frais et dépens de l'instance fédérale (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF). En l'occurrence, il y a lieu de faire une réserve concernant le paiement des honoraires de l'avocat d'office par la Caisse du Tribunal fédéral.

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