

# **FR\_GERICHTE 101 2018 82 vom 16. Mai 2018**

FR Kantonsgericht, 2018-05-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2018\\_82](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2018_82)

FR: FR\_GERICHTE 101 2018 82 du 16 mai 2018

IT: FR\_GERICHTE 101 2018 82 del 16 maggio 2018

## **Regeste**

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Eheschutzmassnahmen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel est recevable notamment contre les décisions finales de première instance, pour autant que, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC). En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au mandataire de l'appelant le 10 avril 2018. Déposé le 20 avril 2018, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est, de plus, dûment motivé et doté de conclusions. En outre, vu notamment la contestation, en appel, de l'attribution de la garde de C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, le litige n'a pas de valeur appréciable en argent. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

### **E. 1.2**

La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC), le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 CPC) et, s'agissant d'une question relative à des enfants mineurs, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC).

### **E. 1.3**

La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). La Cour applique le droit d'office (art. 57 CPC) mais, hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4).

### **E. 1.4**

Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'objet de l'appel et le fait que toutes les pièces utiles à son traitement figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

### **E. 1.5**

L'appel étant manifestement mal fondé (art. 312 al. 1 in fine CPC), aucune réponse n'a été demandée à l'intimée.

### **E. 2**

L'appelant reproche au premier juge d'avoir maintenu la garde des enfants du couple à la mère.

## **E. 2.1**

Sa première critique porte sur le manque de partialité dont a fait preuve le SEJ lors de l'enquête sociale, lequel aurait dû, selon lui, se récuser, dès lors qu'il travaille de manière régulière avec l'intimée. Cela étant, l'époux, qui a déjà formulé ce reproche en première instance, dans sa détermination du 16 novembre 2017 (DO/98 ss), omet que les contacts professionnels que son épouse, en tant que collaboratrice auprès de la fondation

E.\_\_\_\_\_, entretient avec ledit service ont été spontanément relevés par cette dernière et que l'accord signé lors de l'audience du 8 mars 2017 en fait précisément mention; il n'y a alors vu aucune objection. Ce n'est qu'après avoir eu connaissance de l'issue de l'enquête qu'il s'en plaint. Or, le principe de la bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire contraignent le plaideur à se prévaloir de ses moyens au moment prévu par la loi et sans tarder. Il est ainsi contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile en cours de procédure, parce que la décision intervenue a finalement été défavorable (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2, cité in BOHNET, CPC annoté, 2016, art. 52 n. 2). Au demeurant, il n'existe aucune apparence de prévention en l'espèce, le SEJ étant amené à mener des enquêtes à l'aune du bien des enfants, principe dont l'on ne

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 saurait douter qu'il trouve pleinement application auprès des collaboratrices et collaborateurs dudit service. Partant, c'est à juste titre que le premier juge n'a pas écarté le rapport d'enquête déposé. Le grief de l'appelant est mal fondé.

### **E. 2.2.1**

Dans un second grief, A.\_\_\_\_\_ reproche au Président du Tribunal d'avoir refusé d'administrer les preuves que lui-même a offertes. Ce faisant, il se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, violation qui, eu égard à sa nature formelle, doit être examinée en premier lieu. Toutefois, selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu ne conduit pas à l'annulation du jugement attaqué lorsque l'appelant a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'une pleine cognition (ATF 133 I 201 consid. 2.2; 118 Ib 111 consid. 4), de sorte qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le justiciable (ATF 137 I 195, consid. 2.3.2/SJ 2011 I 345 et les références citées). Tel est le cas de l'appel prévu par l'art. 308 CPC, puisque la cognition de l'autorité d'appel permet un contrôle matériel complet du jugement de première instance (cf. art. 310 CPC). Le droit d'être entendu ne comprend par ailleurs pas le droit d'obtenir l'audition de témoins, ni celui de voir toutes ses réquisitions de preuve admises. En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 136 I 229 consid. 5.3; RFJ 2000 p. 280). Enfin, le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 139 IV 179 consid. 2.2).

### **E. 2.2.2**

En l'espèce, les personnes entendues par le SEJ sont, outre les parents, les enseignantes respectives des filles, la psychologue scolaire, la maman de jour, le curateur et le colocataire de la mère, soit celles qui les côtoient régulièrement et, s'agissant du colocataire, celui qui faisait l'objet de reproches de la part du père. A aucun moment il ne s'est agi d'auditionner uniquement les personnes proches de la mère. En outre, A. \_\_\_\_\_ a eu l'occasion de s'exprimer sur le rapport du SEJ à plusieurs reprises et a produit en première instance divers témoignages. Le Président du Tribunal, quand bien même il n'a pas mentionné les témoignages en question, s'est estimé suffisamment renseigné et a exposé les raisons pour lesquelles il convenait que la garde de C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ demeure confiée à leur mère, de sorte que l'appelant a pu se faire une idée précise de la portée de cette décision rendue en procédure sommaire et la contester de manière adéquate. Son droit d'être entendu n'a pas été violé. Ce grief d'ordre formel tombe dès lors à faux. Qui plus est, les témoignages produits, dont la probité n'est pas remise en cause, ne suffisent pas à infirmer l'appréciation du premier juge quant au maintien de la garde des filles à leur mère, la Cour étant, comme exposé ci-après, elle aussi acquise à cette solution.

### **E. 2.3.1**

Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (arrêt TF 5A\_883/2011 du 20 mars 2012 consid. 2.4). Les mesures ordonnées sont maintenues après l'introduction de l'action en divorce, sous réserve de leur modification ou de leur révocation par le juge du divorce (art. 276 al. 2 CPC). Selon l'art. 179 al. 1 CC, les mesures protectrices peuvent être modifiées ou révoquées s'il s'avère

Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 par la suite qu'elles sont injustifiées ou que les circonstances se sont modifiées. Une modification ne peut ainsi être obtenue que si, depuis le prononcé des mesures, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, ou si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêt TF 5A\_287/2013 du 5 août 2013 consid. 2). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes. Pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (cf. arrêt TF 5A\_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de nouvelles mesures (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1). En outre, une modification des mesures protectrices ou des mesures provisionnelles est exclue si la situation nouvelle découle, pour la partie qui s'en prévaut, d'un comportement relevant de l'abus de droit (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1 et les références citées; arrêt TF 5A\_117/2010 du 5 mars 2010 consid. 3.3).

### **E. 2.3.2**

En l'occurrence, c'est à juste titre que le Président du Tribunal n'a pu exclure d'emblée le principe d'une modification des mesures protectrices de l'union conjugale, au motif que les

parties rencontraient des difficultés dans la prise en charge de leurs enfants, A. \_\_\_\_\_ craignant pour le bien-être de ses filles et reprochant à leur mère des comportements inadéquats. Cela étant, l'instruction de la cause n'a pas démontré que tel était bien le cas et son issue ne peut qu'être confirmée. Le premier juge a soigneusement exposé son argumentation à l'appui de sa décision de maintenir la garde des filles à la mère. Après avoir relaté les divers éléments du dossier, il a retenu en substance, suivant en cela les conclusions du SEJ, que les reproches formulés par le père à l'égard de la mère tombaient à faux et que tant C. \_\_\_\_\_ que D. \_\_\_\_\_ étaient prises dans un important conflit de loyauté, dont leur père était à l'origine, la mère ayant pour sa part démontré ses compétences éducationnelles et organisationnelles. L'appelant, s'il critique certes les fréquentations de la mère, n'amène en soi aucun élément probant quant à l'éventuelle mise en danger des filles. Il ne prétend d'ailleurs pas en appel à une attribution exclusive de la garde, mais à l'exercice de celle-ci en alternance, une semaine sur deux. En outre, s'il est exact que ne pas pouvoir participer au suivi scolaire de ses enfants n'est pas un prérequis à l'attribution de la garde, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une tâche importante des parents que la mère est parfaitement à même d'assumer, au contraire de son époux, ce qu'il ne conteste pas. Enfin, ni le surpoids des filles, pas davantage que la disponibilité momentanée du père – actuellement en incapacité de travail – ne justifient un changement de garde, ce dernier bénéficiant d'ailleurs d'un droit de visite élargi, lequel s'exerce, outre un week-end sur deux, chaque mercredi après l'école jusqu'au jeudi matin. Dans ces circonstances, à l'aune du bien de C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_, la décision du premier juge de maintenir une situation à l'origine voulue par les parties et prévalant depuis plus de deux ans était parfaitement justifiée et doit être confirmée. Les motifs invoqués à l'appui de la requête de A. \_\_\_\_\_ tendant au changement de garde résidaient également dans la volonté de C. \_\_\_\_\_ de passer davantage de temps avec son père, avec lequel elle faisait de nombreuses activités. Il ne s'agit pas ici de passer sous silence l'avis de C. \_\_\_\_\_, ni de nier les bonnes relations entretenues entre l'appelant et ses filles, mais de ne pas modifier de manière abrupte une situation, alors qu'il ne ressort pas du dossier que ces dernières seraient en danger auprès de leur mère. L'on rappellera à ce stade que la règle

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 fondamentale pour attribuer la garde est le bien de l'enfant (ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 131 III 209 consid. 5). Des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. Son bien commande, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence (arrêt TF 5A\_131/2016 du 25 avril 2016 consid. 3.1.1, qui traite de l'effet suspensif, et les références citées). Il n'est pas inutile de rappeler à ce stade que bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 296 al. 2 et 301a al. 1 CC), elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. Certes, le Président du Tribunal a tranché sans tenir une audience supplémentaire à celle qui s'est déroulée le 8 mars 2017, alors qu'en vertu de l'art. 273 al. 1 CPC, celle-ci est en principe obligatoire, ce qui résulte en l'espèce aussi de l'art. 297 al. 1 CPC (CPC-TAPPY, 2011, art. 273 n. 17 s.); la jurisprudence et la doctrine n'admettent de manière générale pas qu'il soit renoncé à toute audience. Cela étant, l'on ne peut faire abstraction de la situation exceptionnelle du cas d'espèce, en ce sens qu'il s'agit d'une procédure en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, alors qu'une procédure en divorce est en cours, et que le Président du Tribunal, dans sa décision, a maintenu une situation convenue entre les époux plus de deux ans auparavant, qui plus est

après avoir entendu C.\_\_\_\_\_ et alors que les parties se sont déterminées à diverses reprises sur le rapport d'enquête sociale.

#### **E. 2.4**

Dans ces conditions, il faut retenir qu'une personne raisonnable plaidant à ses propres frais n'aurait, selon toute vraisemblance, pas interjeté appel, quand bien même le bien juridique en jeu est la garde des enfants.

#### **E. 3**

L'appel, manifestement mal fondé, est ainsi rejeté sans échange d'écritures (art. 312 al. 2 CPC).

#### **E. 4.1**

Les frais judiciaires, fixés forfaitairement (art. 95 al. 2 let. b CPC) à un montant de CHF 500.-, sont mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

#### **E. 4.2**

Il n'est pas alloué de dépens à l'intimée, qui à aucun moment n'a été invitée à se déterminer. Pour ce motif également, sa requête d'assistance judiciaire formulée pour l'appel le 3 mai 2018 doit être rejetée.

#### **E. 4.3**

Pour une requête d'octroi de l'assistance judiciaire et de désignation d'un défenseur d'office en appel, les perspectives de succès de l'appel sont déterminantes (arrêt TF 5A\_10/2013 du 24 janvier 2013 consid. 7.3). En l'espèce, l'appel, manifestement mal fondé, n'avait aucune chance d'aboutir. Cela implique le rejet de la requête d'assistance judiciaire formulée le 27 avril 2018 par A.\_\_\_\_\_ (art. 117 let. b CPC). (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 la Cour arrête: I. L'appel est rejeté. Partant, la décision du 9 avril 2018 du Président du Tribunal civil de la Sarine est intégralement confirmée. II. La requête d'assistance judiciaire formulée pour la procédure d'appel par A.\_\_\_\_\_ le 27 avril 2018 est rejetée. III. La requête d'assistance judiciaire formulée pour la procédure d'appel par B.\_\_\_\_\_ le 3 mai 2018 est rejetée. IV. Les frais judiciaires, par CHF 500.-, sont mis à la charge de A.\_\_\_\_\_. V. Il n'est pas alloué de dépens. VI. 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 16 mai 2018/sze Le Président: La Greffière-rapporteuse:

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