

# VD\_FINDINFO HC / 2013 / 698 vom 25. Oktober 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-10-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2013\\_\\_\\_698](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2013___698)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2013 / 698 du 25 octobre 2013

IT: VD\_FINDINFO HC / 2013 / 698 del 25 ottobre 2013

## Regeste

AUDITION DE L'ENFANT, EFFET SUSPENSIF, DROIT DE GARDE | 144 al. 2 CC, 298 CPC (CH), 315 al. 5 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1

La voie de l'appel est ouverte contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]). Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai d'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). En l'espèce, interjeté en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales, l'appel est recevable (art. 311 CPC).

### E. 2

Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 317 CPC; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, p. 138). Il appartient à la partie qui les invoque de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte qu'elle doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon elle (ibidem, pp. 136-137). La jurisprudence de la cour de céans considère que ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, mais pas à ceux relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43). En l'espèce, dès lors que le litige porte sur l'attribution du droit de garde durant la procédure de divorce, la cause est soumise à la maxime d'office. La pièce nouvelle produite par l'appelant en procédure d'appel est donc recevable.

### E. 3

L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le

large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (sur le tout : JT 2011 III 43 et les références citées).

#### **E. 4**

L'appelant sollicite à titre de réquisition de preuve préliminaire l'audition de ses deux enfants.

##### **E. 4.1**

L'audition des enfants découle directement de l'art. 12 CDE ([Convention du 20 novembre 1989 des Nations Unies relative aux droits de l'enfant; RS 0.107] sur ce point : ATF 124 III 90). Cette norme conventionnelle ne consacre toutefois pas de prérogatives plus larges que celles résultant de l'art. 298 al. 1 CPC (TF 5A\_46/2007 du 23 avril 2007, c. 2.1). En vertu de cette disposition, le tribunal ou le tiers nommé à cet effet entend l'enfant personnellement et de manière appropriée, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition. Le choix de la personne habilitée à entendre l'enfant relève en principe de l'appréciation du juge. L'audition est, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même; en cas de circonstances particulières, elle peut cependant l'être par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre ou le collaborateur d'un service de protection de la jeunesse (ATF 133 III 553 c. 4; ATF 131 III 553, JT 2006 I 83 ; ATF 127 III 295 c. 2a-2b et les citations; TF 5C.19/2002 du 15 octobre 2002 c. 2.1 in FamPra.ch 2003 p. 446 ss ; TF 5C.247/2004 du 10 février 2005 c. 6.3.2). Ces circonstances se réfèrent à des cas particulièrement délicats dans lesquels les compétences d'un spécialiste sont requises pour éviter de porter préjudice à la santé de l'enfant, par ex. en cas de soupçon de relations familiales pathogènes, de conflit familial aigu et de dissension concernant le sort des enfants, de troubles reconnaissables chez l'enfant, de son âge, etc. (Alexandra Rumo-Jungo/Guy Bodenmann, Die Anhörung von Kindern in FamPra.ch 2003 p. 6; Peter Breitschmid, Commentaire bâlois, n. 4 ss ad art. 144 CC). Il convient dans tous les cas d'éviter de procéder à une audition pour la forme. Une multiplication des auditions doit en particulier être évitée si elle constitue une charge excessive pour l'enfant, ce qui peut notamment être le cas lors de graves conflits de loyauté, et lorsqu'il n'y a pas lieu de s'attendre à de nouvelles informations ou lorsque le bénéfice attendu n'est pas proportionnel à la charge que représenterait la nouvelle audition. Si l'enfant a été entendu à plusieurs reprises lors d'une expertise, il peut être renoncé à une nouvelle audition pour le bien de l'enfant, en tenant compte des circonstances du cas particulier pour autant que l'enfant ait été entendu sur les éléments pertinents pour la décision et que les résultats de l'audition demeurent actuels (ATF 133 III 553 c. 4; TF 5A\_397/2011 du 14 juillet 2011 c. 2.4, in FamPra.ch 2011 p. 1031).

##### **E. 4.2**

En l'espèce, compte tenu du contexte familial particulièrement difficile et afin d'éclaircir les conditions de scolarisation de la cadette, le premier juge a, à raison, considéré comme nécessaire la délégation de l'audition des enfants à des spécialistes de l'enfance. Il a dès lors mandaté le SPJ pour procéder à l'audition des enfants C.L. \_\_\_\_\_ et D.L. \_\_\_\_\_. L'un des assistants sociaux de ce service qui avait entendu les enfants, a été auditionné lors de l'audience de mesures provisionnelles. Il a précisé que les enfants avaient été entendus le 10 juillet 2013 dans des conditions « optimales » (ordonnance, p. 109). Afin d'éviter la multiplication des auditions alors que les enfants ont déjà pu s'exprimer complètement et que leurs propos essentiels sont rapportés dans l'ordonnance attaquée, il n'y a pas lieu de

les entendre à nouveau dans le cadre de la procédure d'appel.

## **E. 5**

L'appelant fait valoir que l'analyse du premier juge, qui a suivi les conclusions du SPJ dans son dernier rapport du 26 août 2013, est erronée. Il soutient avoir tout entrepris pour que sa fille reste scolarisée à l'Ecole catholique du Valentin, mais que c'est en raison du fait que l'intimée ne s'est pas acquittée des frais d'écolage que la poursuite de la scolarité dans cet établissement n'a plus été possible. Il affirme que l'intimée aurait ainsi privilégié son propre désir d'avoir ses enfants auprès d'elle au détriment de la scolarité de sa fille. Le premier juge aurait donc dû s'écarter pour ces motifs de l'avis du SPJ.

### **E. 5.1**

En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 273 ss CC). Il peut, notamment, attribuer la garde des enfants à un seul des parents. Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie. La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ce dernier critère revêt un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin sont similaires (ATF 136 I 178 c. 5.3 ; ATF 117 II 353 c. 3 ; ATF 115 II 317 c. 2 ; ATF 115 II 206 c. 4a ; TF 5A\_181/2008 du 25 avril 2008, FamPra.ch 4/2008, n. 104 p. 98 ; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, FamPra.ch 2006 n. 20 p. 193). Le juge appelé à se prononcer sur le fond qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant est amené à vivre, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 117 II 353 c. 2; TF 5A.860/2009 du 26 mars 2010 c. 3.1). L'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus (ATF 133 III 553 c. 3 ; ATF 131 III 553 c. 1.2.3). En règle générale, il y a toutefois lieu de partir de l'idée qu'en ce qui concerne la question de l'attribution de l'autorité parentale, un enfant n'est capable de discernement qu'à partir de l'âge de douze ans (TF 5A\_119/2010 du 12 mars 2010 c. 2.1.3 et la jurisprudence citée). Au demeurant, la prise en compte de l'avis de l'enfant ne signifie pas qu'il faille lui demander s'il veut continuer à vivre auprès de son père ou de sa mère, mais que "le juge doit plutôt se faire une idée de l'importance qu'ont les parents aux yeux de l'enfant" (TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005, c. 3.5 et les références citées, FamPra.ch 2006 p. 469).

### **E. 5.2**

Dans le cas d'espèce, le juge n'a ignoré aucune des circonstances déterminantes pour attribuer la garde des enfants. Contrairement à ce que soutient l'appelant, ce n'est pas essentiellement en raison des problèmes de scolarisation de l'enfant D.L. \_\_\_\_\_ qu'a été prise la décision de transfert de la garde en faveur de la mère, mais sur la base de motifs plus importants : les conditions de vie des enfants sont devenues précaires chez leur père, en raison de la détérioration de sa situation professionnelle, qui se traduit parfois par un comportement incohérent de ce dernier. En outre, l'appelant a fait obstruction à l'audition

des enfants, qui ont toutefois pu indiquer leur préférence au sujet de leur lieu de vie. Compte tenu de leur âge, cette manifestation de volonté doit être prise en considération. L'appelant a certes produit des déclarations émanant en apparence de l'un des enfants, à teneur desquelles l'un d'eux souhaiterait rester chez son père. Cette pièce est cependant dénuée de toute valeur probante. Produite en photocopie, sans qu'aucune explication ne soit donnée à son sujet, un tel document ne permet en aucun cas de douter de la réalité des déclarations faites par les enfants à un tiers neutre, de manière contradictoire et vérifiable dans le cadre de la procédure judiciaire. Par la production de ce document, l'appelant, dont l'essentiel de l'argumentaire repose sur la contestation systématique des griefs qui lui sont adressés et sur l'incrimination de son épouse, parvient tout au plus à démontrer sa capacité à instrumentaliser les enfants. Compte tenu des conditions de vie préoccupantes des enfants chez leur père, c'est à juste titre que le premier juge a ordonné le transfert de la garde au bénéficiaire de l'intimée. En effet, cette dernière montre des capacités éducatives supérieures à celles de l'appelant, de sorte que le fait qu'il ait exercé cette garde durablement auparavant ne constitue pas un critère décisif.

## **E. 6**

L'appelant soutient que les enfants n'ont pas été entendus par le juge, en violation de son droit d'être entendu et en violation de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière. Il perd toutefois de vue que le juge peut déléguer l'audition des enfants à un spécialiste de l'enfance, notamment – comme dans le cas d'espèce – lors de conflit familial aigu et de dissensions concernant le sort des enfants (consid. 3.1 ci-dessus).

## **E. 7**

En définitive, l'appel de A.L. \_\_\_\_\_ doit être rejeté et l'ordonnance confirmée. Dès lors que la cause était d'emblée dépourvue de toute chance de succès, l'appelant doit être débouté de sa demande d'assistance judiciaire (art. 117 let. b CPC). On renoncera toutefois exceptionnellement à mettre des frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelant qui succombe, dès lors notamment qu'aucune avance n'a été demandée (art. 112 al. 1 CPC). L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur le fond (art. 312 al. 1 in fine CPC), il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance. Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est rejeté. II. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant A.L. \_\_\_\_\_ est rejetée. III. L'ordonnance est confirmée. IV. L'arrêt motivé, rendu sans frais, est exécutoire. Le juge délégué : La greffière : Du 28 octobre 2013 Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés. La greffière : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à : ■ Me Franck-Olivier Karlen, (pour A.L. \_\_\_\_\_), - Me Mathias Burnand, (pour B.L. \_\_\_\_\_), Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. La greffière :

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