

## **VD\_GERICHTE JS12.027366 vom 12. Februar 2014**

VD Tribunal cantonal, 2014-02-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_JS12.027366](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_JS12.027366)

FR: VD\_GERICHTE JS12.027366 du 12 février 2014

IT: VD\_GERICHTE JS12.027366 del 12 febbraio 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 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). A capacités équivalentes, il n'est pas arbitraire d'attribuer le droit de garde au parent qui a démontré depuis plusieurs mois qu'il pouvait s'occuper de l'enfant (TF 5A\_693/2007 concernant des mesures protectrices de l'union conjugale). Toujours à capacités équivalentes, la disponibilité d'un parent à collaborer avec l'autre pour ce qui a trait à l'enfant jouera un rôle déterminant (RDT 2008 p. 354). La jurisprudence tend à écarter désormais toute préférence naturelle en faveur de la mère, même pour les enfants en bas âge (Leuba/Bastons Bulletti, Commentaire romand, n. 9 ad art. 133 CC et réf.)

- 15 - ou du moins à accorder à ce critère un caractère très relatif, le critère décisif étant celui de l'aptitude des parents concernés (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4<sup>e</sup> éd., n. 452 p. 287; Juge délégué CACI 5 avril 2011/27). En matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. En conséquence, lorsque la décision de mesures provisionnelles ou de mesures protectrices 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, 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 (TF 5A\_195/2012 du 8 mai 2012, c. 5.1.3). 3.2.2 Dans les procédures du droit de la famille, la maxime inquisitoire impose au juge d'établir d'office les faits pour les questions relatives aux enfants. Le juge doit ordonner une expertise lorsque cette mesure apparaît le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne dispose pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (TF 5A\_798/2009 du 4 mars 2010 c. 3.1 et les réf. citées, c. non publié in ATF 136 I 118). L'appréciation in concreto de la valeur probante d'une expertise ressortit au fait. Le juge n'est en principe pas lié par les conclusions de l'expert. Il doit apprécier le rapport en tenant compte de l'ensemble des autres preuves administrées. Toutefois, il ne saurait s'en écarter sans raison sérieuse et doit motiver sa décision à cet égard (ATF 129 I 49 c. 4; 128 I 81 c. 2; 122 V 157 c. 1c; TF 5A\_146/2011 du 7 juin 2011 c. 4.2.1). 3.3 Il ressort du rapport du SPJ que les propos de l'enfant et son comportement laissent penser qu'il est pris dans le conflit parental et n'agit pas de manière indépendante. Il a notamment déclaré que c'était difficile pour lui car s'il va chez son père, celui-ci sera triste, et s'il va chez sa mère, celle-ci sera triste. En outre, le fait qu'il se soit rendu

- 16 - spontanément au Tribunal – ce qui est surprenant pour un enfant de neuf ans – indique bien qu'il se sent concerné par le conflit de ses parents. Le père a un rapport différent avec son fils qu'il tend à choyer sans lui imposer de limites, ce qui est à même évidemment de séduire l'enfant en quête d'identité au sein du conflit. Dans cette situation, on ne saurait dès lors donner trop de poids aux déclarations de l'enfant, qui est âgé de neuf ans. Ses propos

auraient dû être analysés avec un certain recul et non pas être repris en tant que tels. En effet, l'âge de l'enfant est un élément important et implique que ses propos doivent être nuancés, ce qui ne ressort nullement du rapport. Lors de son audition, le 20 novembre 2013, l'assistante sociale U. \_\_\_\_\_ a relevé que l'enfant était conscient d'être devant un choix impossible et que les adultes devaient prendre la décision à sa place, la volonté de l'enfant devant toutefois être prise en compte. Cependant, les conclusions du rapport se fondent avant tout sur les déclarations de l'enfant et sur le fait qu'il entretient une excellente relation avec son père. On en déduit que l'auteur du rapport a suivi le discours de l'enfant direct et indirect, soit son comportement, sans réellement analyser les tenants et aboutissants de la problématique. A ce sujet, le rapport relève notamment que l'enfant était rayonnant lorsqu'il est venu avec son père alors que d'habitude, il n'était pas très bavard. Le rapport constate en substance que l'enfant est heureux d'être avec son père et se voit vivre en Guinée-Bissau. Il prend également appui sur la logistique offerte en Guinée, soit un élément secondaire. Le rapport ne contient toutefois aucune pesée d'intérêt entre la situation de l'enfant en Guinée-Bissau ou en Suisse. Rien n'indique que la mère n'ait pas les compétences requises et que l'enfant ne disposerait pas de bonnes conditions en Suisse. L'assistante sociale U. \_\_\_\_\_ a déclaré ne jamais avoir remis en cause les capacités éducatives de la mère ; elle a même conclu en précisant qu'il n'y a pas d'indication à faire une expertise pédopsychiatrique. Le fait que la mère mette des limites à son fils, en lui interdisant par exemple de jouer à la « Playstation », ne saurait être retenu à son désavantage. Il en va de même du fait qu'elle soit « un peu perdue » avec les démarches

- 17 - administratives et financières. Dans ce domaine, elle ne semble d'ailleurs pas si désemparée puisqu'elle a réussi à obtenir un soutien des services sociaux. La mère fait même preuve d'ouverture puisqu'elle a indiqué souhaiter entamer une thérapie avec son fils afin qu'ils puissent parler ensemble des conflits qui les préoccupent. Il apparaît en outre qu'elle sait prendre les décisions adéquates, puisqu'elle a notamment inscrit son enfant aux devoirs surveillés et une personne vient l'aider pour les mathématiques tous les lundis. Z.V. \_\_\_\_\_ est du reste décrit par son enseignante comme un enfant qui avance bien dans ses apprentissages, ses devoirs étant toujours faits. Le rapport ne traite par ailleurs pas de la problématique de l'âge du père, qui a 65 ans, et du fait qu'il a été victime d'une crise cardiaque en 2009. Le fait qu'il soit malade ressort pourtant à plusieurs reprises du rapport du SPJ, sans que cet élément factuel ne soit pris en compte. Sur ce point, l'assistante sociale U. \_\_\_\_\_ a déclaré ne pas savoir ce qu'il se passerait si le père devait connaître des problèmes de santé. En dictant son choix sur la base des déclarations et du comportement de l'enfant à l'égard de ses deux parents, le rapport a, en quelque sorte, suivi le choix de l'enfant, guidé par des considérations qui ne sauraient en l'état entrer sérieusement en ligne de compte, vu l'âge de l'enfant et le contexte, l'enfant n'étant avec son père qu'occasionnellement pour des périodes fastes de vacances, sans subir de pressions éducatives. En outre, il n'est pas à exclure que le comportement de l'enfant à l'égard de la mère intervienne en réaction à la séparation de ses parents, dont il tient sa mère pour responsable. Et il pourrait agir de la même manière à l'égard du père si celui-ci devait en avoir la garde. Sur la base des éléments figurant dans le rapport, on ne saurait conclure à l'existence de graves difficultés rencontrées par la mère dans sa relation avec son fils, à même de mettre à mal sa relation, contrairement à ce qui est indiqué au terme du rapport. Le fait que l'enfant se porte bien apparaît comme un signal positif, plaidant dans le

- 18 - sens d'un bon encadrement de la part de la mère. Or, cet aspect a été totalement occulté par le SPJ. Dès lors que le rapport se borne à constater que le père a les capacités éducatives suffisantes pour accueillir son fils, dont le comportement et les propos laissent penser qu'il préfère vivre avec celui-ci, sans traiter des capacités éducatives de la mère et procéder à une pesée des intérêts afin de déterminer quel parent est le plus à même d'avoir la garde de l'enfant eu égard au bien de celui-ci, on ne saurait être lié par les suggestions auxquelles aboutit le rapport du 11 juillet 2013, étant observé que les experts aident le juge dans l'établissement des faits mais que, conformément au principe *iura novit curia*, ils ne sauraient trancher des questions d'ordre juridique (Bettex, *L'expertise judiciaire : étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, thèse Lausanne, Berne 2006, p. 19). 3.4 Reste à déterminer, sans être lié par les conclusions du rapport du SPJ, si le droit de garde de l'enfant pouvait être attribué à la mère au vu des éléments de faits figurant au dossier. En l'espèce, l'enfant est né en Suisse et y a toujours vécu. Il a tout son réseau social en Suisse et sa scolarisation se passe bien. Comme on l'a vu auparavant, rien n'indique que les difficultés avec sa mère soient si graves qu'il doive en être séparé. S'agissant de la Guinée-Bissau, il ne s'y est rendu qu'à trois reprises dans la maison de son père. Il dit toutefois y avoir de nombreux amis et cousins. Dans la mesure où il n'a jamais vécu dans ce pays, on ignore comment il s'adaptera à sa nouvelle vie dans un nouveau pays et comment il réagira à moyen terme. Dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, il semble hasardeux d'imposer un tel changement, qui bouleverserait le quotidien de l'enfant, lors même qu'il pourrait en définitive ne s'avérer que provisoire. Le fils n'a ainsi pas à subir le choix de son père de vouloir quitter la Suisse et rentrer en Guinée-Bissau.

- 19 - Certes, Z.V. \_\_\_\_\_ a dit à plusieurs reprises qu'il souhaitait vivre dans ce pays. Toutefois, il n'est âgé que de neuf ans et il n'est pas possible, à cet âge, de réaliser pleinement les conséquences qu'engendre un tel changement de vie. En outre, il a connu ce pays uniquement à l'occasion de vacances et n'a pu se représenter quelle serait sa vie s'il y habitait à l'année. Il ne faut pas perdre de vue que l'on se trouve dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale et qu'il y a ainsi lieu de privilégier la stabilité de l'enfant. En outre, on ne saurait exclure que l'enfant préférerait vivre avec son père du simple fait que celui-ci lui offre plus de libertés. En effet, il va de soi, qu'un garçon, âgé de neuf ans, va avoir tendance à vouloir vivre avec le parent qui lui fixe le moins de limites. S'agissant des conditions matérielles de l'intimée en Suisse, elle est aidée par les services sociaux et, en l'état, rien n'indique que sa situation financière aurait une influence sur le cadre de vie de l'enfant et les activités auxquelles il s'adonne. En particulier, l'éventuel déménagement de l'intimée dans un appartement plus petit allégué par l'appelant n'est aucunement établi, ni même rendu vraisemblable. Il faut ainsi constater que l'enfant bénéficie d'une certaine stabilité en Suisse. Il est vrai que le père est à la retraite et bénéficie de fait d'une meilleure disponibilité. Il ressort toutefois du rapport que tant sa famille que la famille de l'intimée en Guinée s'occuperaient également de l'enfant, de sorte que celui-ci ne passerait pas nécessairement beaucoup plus de temps qu'il n'en passe actuellement avec sa mère, qui travaille à la demande et présente également une grande disponibilité. Au demeurant, l'enfant est scolarisé de sorte qu'il ne requiert pas une disponibilité de tout instant. Quoi qu'il en soit la disponibilité du père doit être mise en balance avec le besoin de stabilité de l'enfant. A cela s'ajoute que la mère a affirmé au SPJ qu'elle fera tout ce qu'elle peut pour favoriser les liens entre père et fils si Z.V. \_\_\_\_\_ reste en Suisse et qu'il pourra aller fréquemment en vacances chez son père, ce qui permettra de conserver un lien fort entre celui-ci et son fils.

- 20 - Dès lors qu'aucun élément n'indique que la mère n'a pas les capacités éducatives nécessaires ou qu'il y aurait un problème grave commandant de lui retirer le droit de garde pour l'attribuer au père, il y a lieu de privilégier la stabilité de l'enfant, ce qui, à ce stade de la procédure constitue le critère le plus important, ce d'autant plus qu'en l'espèce, un changement du droit de garde impliquerait un déménagement dans un pays dans lequel l'enfant ne s'est rendu qu'à trois reprises pour des vacances. 4. Pour le cas où la garde serait maintenue à la mère, l'appelant ne conteste pas le montant de la contribution d'entretien de sorte que ce point peut être confirmé. 5. L'appelant a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire. Compte tenu des conclusions du rapport du SPJ du 11 juillet 2013, l'on peut admettre que l'appel n'était pas dépourvu de toute chance de succès au sens de l'art. 117 let. b CPC. Par conséquent, il se justifie d'accorder l'assistance judiciaire à l'appelant dans le cadre de la procédure d'appel et de désigner Me Yan Schumacher comme conseil d'office. L'appelant versera dès lors une franchise de 100 fr. par mois, dès et y compris le 1er mars 2014, auprès du Service juridique et législatif à Lausanne (art. 5 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3]). Au vu de la liste des opérations produite par le conseil de l'appelant, on peut fixer à sept heures et cinquante minutes le temps consacré par celui-ci à l'accomplissement des opérations de la procédure d'appel. Le tarif horaire de l'avocat étant de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ), l'indemnité due au conseil d'office de l'intimée doit être arrêtée à 1'589 fr. (arrondi), soit 1'410 fr. d'honoraire, 61 fr. de débours et 117 fr. 70 de TVA. Conformément à l'art. 123 al. 1 CPC, une partie est tenue de rembourser l'assistance judiciaire dès qu'elle est en mesure de le faire.

- 21 - Dans cette mesure, la partie est tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office mis à la charge de l'Etat. L'appelant ayant succombé, les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC) sont laissés à la charge de l'Etat (art. 106 al. 1 et 122 al. 1 CPC). L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens. Par ces motifs, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée. III. L'assistance judiciaire est accordée à l'appelant M. V. \_\_\_\_\_ avec effet au 27 janvier 2014 dans la procédure d'appel, Me Yan Schumacher étant désigné conseil d'office. IV. M. V. \_\_\_\_\_ est astreint à payer une franchise de 100 fr. (cent francs) dès et y compris le 1er mars 2014, à verser auprès du Service juridique et législatif à Lausanne. V. L'indemnité de Me Yan Schumacher, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'589 fr. (mille cinq cent huitante-neuf francs), TVA et débours compris.

- 22 - VI. Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appelant, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat. VII. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat. VIII. L'arrêt motivé est exécutoire. La juge déléguée : Le greffier : Du 13 février 2014 Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés. Le greffier : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : - Me Yan Schumacher (pour M. V. \_\_\_\_\_), - Me Michèle Meylan (pour Mme V. \_\_\_\_\_). 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

- 23 - 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).

- 24 - Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : - Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois. Le greffier :

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