

## **VD\_GERICHTE JS13.005998 vom 26. April 2013**

VD Tribunal cantonal, 2013-04-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_JS13.005998](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_JS13.005998)

FR: VD\_GERICHTE JS13.005998 du 26 avril 2013

IT: VD\_GERICHTE JS13.005998 del 26 aprile 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 43**

c. 2 et les réf. citées). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., pp. 136-137 ; Jeandin, in CPC commenté, Bâle 2011, n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées).

- 8 - En l'espèce, le litige porte notamment sur le sort d'enfants mineurs, de sorte que les pièces produites en deuxième instance sont recevables ; elles ont ainsi été prises en compte dans la mesure de leur utilité pour l'examen de la cause. 3. Dans un premier moyen, A.L. \_\_\_\_\_ soutient que son droit d'être entendu n'a pas été respecté, en raison du refus du premier juge de renvoyer l'audience du 27 février 2013 à une date ultérieure. a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 Cst., comprend notamment le droit pour le justiciable de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 133 I 270 c. 3.1 ; ATF 126 I 15 c. 2a/aa ; ATF 124 I 49 c. 3a). Conformément à l'art. 134 CPC et sauf disposition contraire de la loi, la citation doit être expédiée dix jours au moins avant la date de comparution. b) Par courrier recommandé du 14 février 2013, l'appelant a été cité à comparaître à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale fixée au 27 février 2013. A l'audience, il était assisté de son conseil, qui a formulé toute réquisition et conclusion utiles. En outre, et même si la requête de mesures superprovisionnelles déposée par l'intimée avait été rejetée préalablement, la cause présentait un certain caractère d'urgence incompatible avec le renvoi d'audience. Enfin, les motifs invoqués par l'appelant le 26 février seulement, soit la veille de l'audience, étaient insuffisants pour obtenir le renvoi, ce dernier ayant disposé d'un délai suffisant et conforme à l'art. 134 CPC, pour préparer dite audience.

- 9 - Compte tenu de ce qui précède, le droit d'être entendu de l'appelant n'a pas été violé. Ce grief, mal fondé, doit être rejeté. 2. L'appelant soutient ensuite que le premier juge aurait violé la maxime inquisitoire et la maxime d'office consacrées à l'art. 296 CPC en n'impartissant pas un délai à l'appelant pour produire des preuves contraires aux allégations de l'intimée, notamment s'agissant des difficultés rencontrées par sa fille D.L. \_\_\_\_\_, d'une part avec son amie et d'autre part, avec les enfants de cette dernière. a) L'art. 296 CPC dispose que le tribunal établit les faits d'office (al. 1). Le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (al. 3). Pour les questions relatives aux enfants, la maxime d'office s'applique à l'objet du procès et la maxime inquisitoire à l'établissement des faits. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties. Il peut attribuer non seulement moins que ce qui est requis dans les conclusions, mais aussi autre chose, voire statuer en l'absence de conclusions. Il doit en outre établir les faits, en ordonnant d'office l'administration des

moyens de preuves nécessaires; les parties doivent toutefois collaborer à la procédure probatoire en lui soumettant les faits déterminants et leurs offres de preuves (TF 5A\_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3.1). b) Contrairement à ce que sous entend l'appelant, l'art. 296 CPC n'impose pas au juge de soumettre toutes les preuves aux parties, mais au contraire de les apprécier souverainement afin d'établir les faits d'office. Le conseil de l'appelant a plaidé à l'audience du 27 février 2013, de sorte que le droit d'être entendu a également été respecté, s'agissant de l'appréciation des preuves. Dans son acte d'appel, l'appelant précise d'ailleurs avoir contesté les allégations de son épouse au sujet des difficultés rencontrées par leur fille D.L. \_\_\_\_\_ avec le régime de la garde alternée, ce qui ressort en outre de l'ordonnance entreprise (ord., p. 12).

- 10 - Ce grief, mal fondé, doit être rejeté. 3. L'appelant se plaint ensuite du fait que les enfants n'aient pas été entendus dans le cadre de la procédure. a) 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 des art. 314 ch. 1 CC et 298 al. 1 CPC (TF 5A\_46/2007 du 23 avril 2007, c. 2.1). En vertu de ces dispositions, avant d'ordonner une mesure de protection de l'enfant, l'autorité tutélaire 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. Il serait toutefois contraire à la ratio legis de déléguer systématiquement l'audition à une tierce personne, car il est essentiel que le tribunal puisse se former directement sa propre opinion. L'audition est donc, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même; en cas de circonstances particulières, elle peut 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;

- 11 - 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). b) En l'espèce, les deux parties ont sollicité du premier juge un mandat d'évaluation confié au SPJ et le magistrat a fait droit à cette requête. Il a précisé dans sa décision qu'il bénéficiait de peu de renseignements objectifs concernant les

enfants et que le SPJ devra dans ces circonstances évaluer prioritairement le régime transitoire qui devra être mis en place pour leur garde, en examinant les mesures propres à favoriser le retour éventuel à une garde alternée. Le premier juge a dès lors rendu, dans le contexte présentant un certain degré d'urgence, une décision provisoire, susceptible d'être revue dès que le SPJ aura procédé à son évaluation. En outre, la question de la garde des enfants du couple présente un degré de complexité tel, en raison de la garde alternée antérieure et des réactions différentes des enfants, que le choix de confier leur audition à un spécialiste apparaît justifié. Ce choix permettra aussi, conformément à la jurisprudence rappelée, d'éviter la multiplication des auditions.

- 12 - Compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles le juge a statué, l'audition des enfants ne s'imposait pas en l'état. Ce grief, mal fondé, doit être rejeté. 4. L'appelant soutient que le premier juge aurait dû maintenir la garde alternée jusqu'au dépôt du rapport du SPJ. Il se prévaut d'échanges de courriels qui démontreraient que les époux sont parfaitement capables de s'entendre pour une garde alternée. Il a également pris des conclusions subsidiaires tendant à ce que la garde des enfants lui soit confiée, sans toutefois motiver cette conclusion. Comme le premier juge, il faut considérer que l'appelant souhaite en réalité la continuation de la garde alternée. a) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) 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). Le juge doit notamment régler les questions de la garde et des relations personnelles, voire celle de l'autorité parentale. L'octroi de la garde dans le cadre des mesures protectrices est soumis aux principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce, qui sont applicables par analogie (Bräm, in Zürcher Kommentar, 2e éd., Zurich 1998, nn. 89 et 101 ad art. 176 CC ; Chaix, in Commentaire Romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; TF 5A\_693/2007 du 18 février 2008 ; TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1). 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 enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à

- 13 - même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (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 ; FamPra.ch 2008 p. 981 ; FamPra.ch 2006 p. 193). Le juge privilégiera ainsi le maintien du modèle de mariage adopté par les époux du temps de la vie commune et attribuera la garde de préférence à l'époux qui consacrait le plus de son temps à l'éducation et aux soins des enfants. La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois. Elle n'est envisageable que si les parents sont d'accord et ont pris toutes les mesures pour régler les aspects pratiques de manière à préserver le bien de l'enfant (TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1, in FamPra.ch 2012 p. 817 ; TF 5A\_645/2008 du 27 août 2009 c. 6 ; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005 c. 3.3 ; Chaix, op. cit., n. 19 ad art. 176 CC ; Juge

délégué CACI, 20 décembre 2011/411). b) En l'occurrence, le premier juge a estimé qu'il n'existait plus d'accord suffisant des parties pour maintenir le régime de la garde alternée. Il a relevé que compte tenu des difficultés de communication entre l'appelant et son épouse, il serait préjudiciable à l'intérêt des enfants de maintenir la solution de garde alternée adoptée dans un premier temps après la séparation. Il a également retenu les difficultés rencontrées par l'enfant D.L. \_\_\_\_\_, qui sont, à ce stade de la procédure, rendues suffisamment vraisemblables (ord., p. 14). Le premier juge a dès lors attribué la garde des enfants à la mère, mais a accordé un large droit de visite au père comprenant également une nuit par semaine (ord., p. 15). Cette solution est en l'état adéquate. En effet, la conciliation a été tentée sans succès en première instance; on doit ainsi tenir pour acquis que les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le principe

- 14 - d'une garde alternée, ni a fortiori sur ses modalités. Par ailleurs, comme on l'a vu, il n'y a pas à revenir sur l'attribution de la garde en faveur de l'intimée qui présente une plus grande disponibilité et qui s'est occupée jusqu'à présent de la plus grande part de la gestion du quotidien des enfants. Enfin, quoi qu'en dise l'appelant, les courriels qu'il produit lui-même montrent également de graves dissensions entre les parties. Ainsi, l'intimée écrit-elle dans l'un d'entre eux, ce qui suit « Je comprends que tu sois furieux, mais ta colère est palpable et rend nos échanges oraux impossibles. J'espère que dans quelques temps cela deviendra plus facile et que nous pourrions communiquer au sujet de nos enfants paisiblement. ». Compte tenu de ce qui précède, l'ordonnance entreprise doit être confirmée, également sur l'attribution de la garde des enfants C.L. \_\_\_\_\_, D.L. \_\_\_\_\_ et E.L. \_\_\_\_\_ à leur mère. 5. En définitive, l'appel de A.L. \_\_\_\_\_ est rejeté. 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 (art. 312 al. 1 in fine CPC), il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

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