

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_702/2007 / frs

Arrêt du 28 avril 2008
Ile Cour de droit civil

Composition
MM. et Mme les Juges Raselli, Président,
Jacquemoud-Rossari et Gardaz, Juge suppléant.
Greffière: Mme Jordan.

Parties
dame C._____,
recourante, représentée par Me Claude-Alain Boillat, avocat,

contre

C._____,
intimé, représenté par Me Mireille Loroche, avocate,

Objet
mesures selon l'art. 137 CC,

recours contre l'arrêt du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois du 24 octobre 2007.

Faits:

A.
C._____ et dame C._____ se sont mariés le 17 novembre 2000. Des jumeaux sont issus de cette union: A._____ et B._____, nés le 2 mars 2001.

B.
Par convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 14 février 2006, les époux sont notamment convenus de vivre séparés pour une durée indéterminée, de confier la garde des enfants à leur mère et de laisser un libre et large droit de visite au père.

Le 9 octobre 2006, C._____ a ouvert action en divorce.

Dans le cadre de cette procédure, il a requis des mesures provisoires.
Par ordonnance du 27 juillet 2007, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a notamment rejeté sa requête, confié la garde des enfants à la mère, dit que C._____ jouira d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente avec la mère et qu'à défaut d'entente, il pourra avoir ses enfants auprès de lui six jours par mois au minimum ainsi que durant les deux tiers des vacances scolaires.

Par arrêt du 24 octobre 2007, le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a, en particulier, admis l'appel de C._____ (I), confié la garde des enfants au père (II), fixé le transfert de la garde pendant les vacances de Noël 2007 (III) et dit que la mère bénéficiera d'un libre et large droit de visite, à exercer d'entente avec le père, qui est invité à favoriser le plus large droit de visite possible de la mère et qu'à défaut d'entente, celle-ci pourra avoir ses enfants auprès d'elle deux week-ends par mois, deux fois deux jours par mois, le droit de visite devant s'exercer durant la semaine à Vevey, et durant la moitié des vacances scolaires, le père devant mettre à disposition de la mère, pour l'exercice du droit de visite, l'ancien appartement conjugal dont il assumera le loyer (IV).

C.
Contre cet arrêt, dame C._____ a interjeté un recours en matière civile et, parallèlement, un recours en nullité cantonal. Devant le Tribunal fédéral, elle conclut à ce que la garde des enfants lui soit confiée, le père jouissant d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente avec elle et, à défaut d'entente, pouvant avoir ses enfants auprès de lui six jours par mois au minimum ainsi que

durant les deux tiers des vacances scolaires.

Elle sollicite en outre le bénéfice de l'assistance judiciaire.

L'intimé propose le rejet du recours. L'autorité cantonale s'en remet à justice et renonce à se déterminer sur le recours.

D.

Par ordonnance présidentielle du 30 novembre 2007, la demande d'effet suspensif de la recourante a été rejetée et la procédure devant la cour de céans suspendue jusqu'à droit connu sur le recours en nullité cantonal. La Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté celui-ci par arrêt du 21 janvier 2008.

E.

Le 28 février 2008, le Président de la cour de céans a admis la nouvelle requête d'effet suspensif de la recourante.

Considérant en droit:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 133 I 206 consid. 2 p. 210; 133 II 249 consid. 1.1 p. 251).

1.1 La décision de mesures provisoires selon l'art. 137 al. 2 CC est une décision en matière civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF. Bien que rendue alors qu'une procédure (principale) de divorce est pendante (art. 137 al. 1 CC), elle est finale au sens de l'art. 90 LTF, car elle tranche définitivement, dans une procédure séparée, des questions qui ne pourront plus être revues avec la décision sur le divorce et ses effets accessoires (arrêt 5A_652/2007 du 17 décembre 2007, consid. 2.2 destiné à la publication, et les arrêts cités). Comme la question soumise au Tribunal fédéral - la garde des enfants pendant la procédure - n'est pas de nature pécuniaire, le recours est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (cf. arrêt 5D_41/2007 du 27 novembre 2007, consid. 2.3). Il a par ailleurs été interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 1 LTF) par une partie qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt juridique à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 LTF). Le recours en matière civile est donc en principe recevable.

1.2 S'agissant de mesures provisionnelles, la décision ne peut être attaquée que pour violation d'un droit constitutionnel (art. 98 LTF). Lorsque le recourant invoque l'interdiction de l'arbitraire prévue par l'art. 9 Cst., le Tribunal fédéral examine si la décision attaquée applique le droit civil matériel de manière insoutenable ou repose sur des constatations de fait établies de façon manifestement inexacte. Il ne sanctionne en outre la violation de droits fondamentaux que si ce moyen est soulevé et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF); les exigences de motivation de l'acte de recours correspondent à celles de l'ancien art. 90 al. 1 let. b OJ (ATF 133 III 393 consid. 6 p. 397).

Plus particulièrement, le recourant qui se plaint d'arbitraire ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais il doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision est manifestement insoutenable. Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 133 III 585 consid. 4.1 p. 588; cf. pour l'art. 90 al. 1 let. b OJ: ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261/262 et les arrêts cités). Il ne suffit pas qu'une solution différente apparaisse concevable, voire préférable; la décision attaquée n'est, de surcroît, annulée que si elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 et la jurisprudence mentionnée).

1.3 Selon l'art. 75 al. 1 LTF, le recours n'est recevable qu'à l'encontre des décisions prises en dernière instance cantonale, ce qui signifie que les griefs soulevés devant le Tribunal fédéral ne doivent plus pouvoir faire l'objet d'un recours ordinaire ou extraordinaire de droit cantonal (Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, in FF 2001 p. 4115; cf. pour l'art. 86 al. 1 OJ: ATF 126 I 257 consid. 1a p. 258; 119 la 421 consid. 2b p. 422; 110 la 71 consid. 2 et les arrêts cités). Dans le canton de Vaud, l'arrêt sur appel en matière de mesures provisionnelles peut faire l'objet d'un recours en nullité pour tous les motifs prévus par l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC/VD, à savoir pour déni de justice formel, ainsi que pour arbitraire dans

l'appréciation des preuves (ATF 126 I 257; arrêt 5A_390/2007 du 29 octobre 2007 consid. 2.2; 5A_87/2007 du 2 août 2007 consid. 2.3; JdT 2007 III 48 consid. 3a p. 49; JdT 2001 III 128; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3e éd., 2002, n. 1 ad art. 108, n. 1 ad art. 111 et n. 15 ad art. 444 CPC/VD; Denis Tappy, note in JdT 2000 III 78). En tant qu'il est interjeté, non pour ces motifs, mais pour arbitraire dans l'application du droit civil fédéral, le recours est recevable de ce chef.

1.4 Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF). Dès lors, les faits nouveaux invoqués par la recourante, notamment quant à ses liens avec la région de Genève ou en relation avec les déclarations des témoins F._____ et T._____, ne sont pas recevables. La recourante déclare d'ailleurs expressément, dans son préambule, s'en tenir à l'état de fait retenu par la décision attaquée.

2.

La recourante reproche en substance au tribunal d'arrondissement d'avoir apprécié de façon manifestement insoutenable les principes régissant l'attribution du droit de garde. Elle fait valoir que les critères pris du jeune âge des enfants, de la stabilité et de la disponibilité des parents ainsi que de l'aptitude de ces derniers à favoriser le plus de contacts avec le parent non gardien ont été arbitrairement appliqués.

2.1 Selon l'art. 137 al. 2 CC, chaque époux peut demander au juge d'ordonner les mesures provisoires nécessaires pendant la procédure de divorce; les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie. 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 ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC); il peut notamment confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer la garde des enfants.

Le principe fondamental 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 entre les parents et l'enfant, 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. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 117 II 353 consid. 3 p. 354/355; 115 II 206 consid. 4a p. 209 et 317 consid. 2 p. 319; 114 II 200 consid. 5 p. 203/204; 112 II 381 consid. 3 p. 382/383; arrêts 5C.212/2005 du 25 janvier 2006, consid. 4.2 publié à la FamPra.ch 2006 p. 753 et 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, consid. 2.1 paru à la FamPra.ch 2006 p. 193).

2.2 En l'espèce, après avoir passé en revue les différents principes applicables en la matière, l'autorité cantonale a attribué la garde des jumeaux au père. Elle a considéré en bref que les parents présentaient des compétences éducatives équivalentes et offraient à peu près la même disponibilité. S'agissant du jeune âge des enfants, elle a retenu que cet élément plaiderait certes en faveur d'une attribution de la garde à la mère. Elle a toutefois fait fi de cette circonstance, motif pris que l'expert en avait tenu compte dans la mesure où la mère restait en Suisse. Quant au principe de la stabilité, elle a relevé qu'il « penchait » du côté du père, les enfants pouvant ainsi maintenir leur cadre de vie à Vevey où ils étaient nés et avaient commencé leur scolarité. Elle a enfin jugé qu'une attribution de la garde au père permettait aux enfants de conserver le plus de contacts avec l'autre parent.

2.3 Ces considérations ne résistent, pour la majeure partie, pas à l'examen. Ainsi que le relève la recourante, il ressort expressément du rapport d'expertise qu'à compétence parentale équivalente, l'expert prône plutôt une attribution de la garde à la mère compte tenu du jeune âge des garçons. Si, entendu à l'audience d'appel, celui-là a bien déclaré que le critère du jeune âge était important dans la mesure où la mère restait en Suisse, on ne saurait considérer qu'il l'aurait écarté dans la situation présente où la mère avait quitté ce pays. Il s'est en effet contenté d'exposer que, dans cette hypothèse, la meilleure capacité d'un des parents à favoriser le maintien des liens entre les enfants et l'autre parent était alors le critère déterminant. L'autorité cantonale ne pouvait dès lors ignorer le critère fondé sur le jeune âge des jumeaux, ce d'autant qu'il ne saurait avoir de lien avec la localisation géographique des parents.

-:-

Par ailleurs, le tribunal d'arrondissement ne pouvait pas, sans tomber dans l'arbitraire, considérer que le critère de la stabilité des relations « penchait » plutôt du côté du père. Certes, les jumeaux ont habité à Vevey où ils ont commencé leur scolarité. Depuis la séparation de leurs parents, ils ont toutefois constamment vécu avec leur mère, laquelle a obtenu, par voie de mesures provisionnelles, leur garde. Depuis le mois de septembre 2007, ils résident en outre en France, à bon droit, l'interdiction pour la mère de quitter le territoire suisse avec les enfants qu'avait requise l'intimé n'ayant pas été prononcée. Les jumeaux jouissent donc d'un nouveau cadre de vie dans ce pays, lequel correspond, pour l'essentiel, au cadre de vie antérieur en ce sens qu'ils vivent toujours avec leur mère. Ils y sont scolarisés et, selon l'attestation de la directrice de l'école qu'ils fréquentent, ils y sont bien intégrés et ne posent pas de problèmes particuliers. Dans de telles circonstances, l'attribution de la garde à l'intimé entraînerait un nouveau déplacement des enfants et un changement de cadre de vie moins d'un an après leur installation en France, démarche qui serait en totale contradiction avec la stabilité qu'il y a lieu, dans la mesure du possible, de leur assurer.

Il ne paraît en outre pas soutenable de retenir que les parents offrent à peu près la même disponibilité, de telle sorte que ce critère ne serait pas déterminant. Il résulte en effet de l'arrêt attaqué que l'intimé exerce la profession de comédien, qu'il travaille de manière irrégulière, qu'il peut aménager son temps de travail en fonction de ses enfants afin d'être relativement disponible pour eux durant la semaine et le week-end, qu'en cas d'urgence, il devrait annuler une éventuelle répétition ou trouver un remplaçant pour l'activité qu'il exerce dans le cadre scolaire et qu'enfin, s'il devait être indisponible en dehors des heures d'école, il envisage de mettre les enfants en garderie ou de s'organiser avec d'autres parents. Pour sa part, la recourante, qui vit dans la même villa que sa mère, travaille deux fois une heure par semaine, les jeudis et vendredis de 16h30 à 17h30. Dans ces circonstances, il apert que la recourante est, en l'état, manifestement plus disponible et mieux à même de prendre soin personnellement des enfants que l'intimé, qui poursuit une carrière professionnelle. A cet égard, les affirmations de l'intimé selon lesquelles la recourante entend se réaliser sur le plan artistique en sorte que sa

disponibilité en sera nettement réduite ne sont que de pures conjectures.

Enfin, la recourante conteste aussi que l'attribution de la garde à l'intimé permettra aux enfants de conserver le plus de contacts avec l'autre parent. A ce sujet, on ne voit toutefois pas d'élément déterminant, ni dans l'attitude des père et mère, ni dans les circonstances matérielles, qui ferait apparaître l'une ou l'autre solution comme préférable pour le maintien et le développement des relations avec le parent non gardien. Tout au plus, pourrait-on qualifier de discutable le motif du tribunal d'arrondissement fondé sur le fait que la recourante pourra disposer à Vevey de l'ancien appartement conjugal. Il est en effet peu réaliste d'admettre que ce logement pourra durablement être conservé pour le seul usage des visites parentales. Cela ne suffit toutefois pas à faire apparaître comme insoutenables l'ensemble des considérations de l'autorité cantonale sur la question.

En définitive, l'arrêt attaqué méconnaît de façon insoutenable le critère du jeune âge des enfants et procède à une appréciation arbitraire des circonstances sur deux points déterminants, la stabilité du cadre de vie et la disponibilité des parents. Il est aussi arbitraire dans son résultat, dès lors que, sur la base de cette mauvaise appréciation, il attribue la garde à l'intimé, en contradiction avec l'intérêt des enfants.

3.

Si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision (art. 107 al. 2, 1ère phrase, LTF).

En l'espèce, vu l'instruction détaillée à laquelle a procédé l'autorité cantonale, la cour de céans dispose des éléments permettant de statuer. Au regard des critères retenus par la jurisprudence, c'est l'attribution de la garde à la recourante qui paraît la plus conforme à l'intérêt des enfants. Pour le droit de visite de l'intimé, les modalités prévues par l'ordonnance de mesures provisionnelles du 27 juillet 2007 sont adéquates, car elles tiennent compte de l'irrégularité de l'horaire de travail de celui-ci. Elles peuvent donc être reprises.

4.

Vu le sort du recours, l'intimé supportera les frais et dépens de la procédure (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF). Cela étant, la demande d'assistance judiciaire de la recourante devient, en principe, sans objet (ATF 131 II 72 consid. 4 p. 80; 109 Ia 5 consid. 5 p. 11). Il se justifie, néanmoins, de prévoir l'indemnisation de son mandataire par la Caisse du Tribunal fédéral pour le cas où les dépens ne pourraient pas être recouvrés. Il appartiendra à l'autorité cantonale de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale (art. 68 al. 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la garde des enfants est confiée à la mère, que le père jouira d'un libre et large droit de visite, à exercer d'entente avec la mère, et qu'à défaut d'entente, le père pourra avoir ses enfants auprès de lui six jours par mois au minimum ainsi que durant les deux tiers des vacances scolaires.

2.

La requête d'assistance judiciaire de la recourante est admise autant qu'elle n'est pas sans objet et Me Claude-Alain Boillat, avocat à Genève, lui est désigné comme avocat d'office.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

4.

Une indemnité de 2'000 fr., à verser à la recourante à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimé. Au cas où les dépens ne pourraient pas être recouvrés, la Caisse du Tribunal fédéral versera à Me Claude-Alain Boillat, une indemnité de 2'000 fr. à titre d'honoraires.

5.

La cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

6.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois et à la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 28 avril 2008

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: La Greffière:

Raselli Jordan