

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 12 février 2014

Présidence de Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée
Greffier : M. Bregnard

* * * * *

Art. 176 al. 3 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **M. V.**_____, à Bissau (Guinée-Bissau), appelant, contre le prononcé rendu le 16 janvier 2014 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **MME V.**_____, à Vevey, intimée, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé du 16 janvier 2014, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a confié la garde de l'enfant Z.V._____, né le 1^{er} mars 2004, à sa mère, Mme V._____(I), dit que M. V._____ jouira d'un libre et large droit de visite sur son fils Z.V._____ qui s'exercera à défaut d'entente avec sa mère durant la moitié des vacances scolaires, la première fois au mois d'avril 2014, à charge pour lui d'en informer Mme V._____, deux mois à l'avance et d'assumer les frais relatifs à l'exercice de son droit de visite (II), dit que M. V._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de Mme V._____ de 1'054 fr., allocations familiales éventuelles en sus (III), fixé l'indemnité de conseil d'office alloué au conseil de Mme V._____ (IV-VI) et rendu le prononcé sans frais ni dépens (VII).

En droit, le premier juge a considéré que compte tenu des éléments ressortant de l'instruction, le rapport du Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) du 11 juillet 2013 n'était pas convaincant, notamment à la lumière de l'audition d'U._____, assistante sociale au SPJ, et que les critères retenus - essentiellement financiers - n'étaient pas pertinents. Il résultait de ce rapport que la mère mettait clairement des limites à son fils, ce qui pouvait parfois engendrer des tensions, lesquelles étaient normales. En outre, si le père paraissait disposer d'une plus grande disponibilité que la mère, il n'était pas exclu qu'il confie son fils à des proches, rendant ce critère sans grande importance. Enfin, l'avis de l'enfant, âgé de neuf ans, devait être relativisé et il convenait de maintenir son cadre de vie en Suisse dès lors qu'il ne s'était rendu qu'à trois reprises en Guinée-Bissau et n'y avait jamais vécu.

Le premier juge a fixé un droit de visite au père, étant précisé que celui-ci devait supporter les frais y relatifs, et a considéré qu'il se justifiait de maintenir la contribution d'entretien telle qu'arrêtée par le

prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 1^{er} février 2013, dès lors que rien n'avait changé.

B. Par acte du 27 janvier 2014, M. V. _____ a formé appel contre le prononcé précité en prenant, sous suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

- « **I.** L'appel est admis.
- II.** Le chiffre II du dispositif du Prononcé du 16 janvier 2014 de la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois est réformé en ce sens que la garde sur l'enfant Z.V. _____, né le 18 mars 2004, est confiée à son père, M. V. _____;
- III.** Le chiffre II du dispositif du Prononcé du 16 janvier 2014 de la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois est réformé en ce sens que Mme V. _____, née [...], jouira sur son fils Z.V. _____, né le 1^{er} mars 2004, d'un libre et large droit de visite à fixer d'entente entre parties.
A défaut d'entente, elle pourra avoir son fils auprès d'elle, la moitié des vacances scolaires, à charge pour elle d'informer M. V. _____ deux mois avant, en particulier afin de trouver des billets d'avion au prix le plus modique possible.
Dans l'hypothèse où le droit de visite s'exercerait en Guinée-Bissau, lors d'un voyage de Mme V. _____, née [...], cette dernière jouira d'un libre et large droit de visite sur son fils Z.V. _____ né le 1^{er} mars 2004, à fixer d'entente entre parties.
A défaut d'entente, elle pourra avoir son fils auprès d'elle un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires ;
- IV.** Le chiffre III du dispositif du Prononcé du 16 janvier 2014 de la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois est supprimé ;
- V.** Le Prononcé du 16 janvier 2014 de la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois est confirmé pour le surplus. »

Le même jour, l'appelant a requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

L'intimée n'a pas été invitée à déposer une réponse.

C. La juge déléguée retient les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

1. Mme V._____, née le [...], et M. V._____, né le 17 août 1949, tous deux ressortissants suisses originaires de Guinée-Bissau, se sont mariés le 26 octobre 2002 devant l'Officier de l'Etat civil de Vevey.

M. V._____ est arrivé en Suisse, il y a une trentaine d'année. Mme V._____ l'y a rejoint en vu de leur mariage. De leur union est issu Z.V._____, né le 1^{er} mars 2004, à Vevey.

M. V._____ a décidé de bénéficier d'une retraite anticipée et de rentrer en Guinée-Bissau. La requérante a souhaité, quant à elle, demeurer en Suisse.

2. Par requête du 10 juillet 2012, Mme V._____ a introduit une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale.

Par convention signée lors de l'audience du 22 novembre 2012 et ratifiée pour valoir prononcé partiel de mesures protectrices de l'union conjugale, les parties sont notamment convenues de mettre en œuvre le groupe évaluation du SPJ d'un mandat, avec pour mission d'évaluer la situation de Mme V._____, en Suisse et celle de M. V._____ en Guinée-Bissau, en lien avec la garde d'[...], revendiquée par chacune des parties.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 1^{er} février 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment autorisé les époux [...] à vivre séparément pour une durée indéterminée, attribué la jouissance du logement conjugal à Mme V._____, confié la garde sur l'enfant [...], né le 1^{er} mars 2004, à sa mère, dit que le père jouira d'un libre et large droit de visite sur son fils [...] qui s'exercera à défaut d'entente avec sa mère durant la moitié des vacances scolaires, la première fois au mois d'avril 2013, à charge pour lui d'en informer Mme V._____ deux mois à l'avance et d'assumer les frais relatifs à l'exercice de son droit de visite,

dit que M. V._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, en mains de Mme V._____, de 1'054 fr., allocations familiales en sus et confirmé le mandat d'évaluation confié au SPJ le 22 novembre 2012 conformément à l'accord des parties.

Par un arrêt du 27 février 2013, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté la requête d'appel de M. V._____ et a confirmé le prononcé du 1^{er} février 2013.

3. Le SPJ a rendu son rapport d'évaluation en date du 11 juillet 2013, établi par [...] et U._____, respectivement Chef de l'Unité évaluation et mesures spécifiques et assistance sociale pour la protection des mineurs. On en extrait ce qui suit:

« (...)

En 2009, M. V._____ a fait une crise cardiaque et il a été opéré en urgence. Bien qu'ayant changé de secteur chez [...], il a dû cependant arrêter son travail. Ne voulant pas dépendre du chômage, il a décidé de prendre une retraite anticipée et, faute de moyens, de retourner vivre dans son pays. Avant son départ en décembre 2012, M. V._____ a retiré son deuxième pilier, réglé toutes les dettes de la famille et organisé son retour au pays.

Mme V._____ est arrivée en Suisse peu avant son mariage. Elle ne connaissait pas la Suisse auparavant. Depuis son arrivée dans notre pays, elle n'a eu que quelques emplois de courte durée. Elle fait de temps en temps quelques heures de ménage, pour dépanner, à l'Hôtel [...] à Chexbres, mais ce travail ne lui permet pas d'assurer un salaire. Depuis le 22 mai dernier, elle a trouvé un emploi dans l'intendance à l'Hôte[...] à Vevey, mais elle travaille à la demande et n'a pas de contrat de travail pour l'instant. Le fait qu'elle n'ait pas de formation professionnelle, ne facilite pas sa situation.

Le rapport que nous a transmis le Service Social International indique que M. V._____ jouit de bonnes conditions tant matérielles que sociales pour accueillir son fils. Quant à Mme V._____, si ses moyens sont limités, elle vit dans un appartement au centre de Vevey où Z.V._____ dispose de sa chambre.

(...)

POINT DE VUE DE M. V._____:

Il nous dit que la décision de retour au pays a été prise d'un commun accord avec son épouse, suite à une réflexion approfondie lors de vacances en Guinée en 2011. Sa femme aurait changé d'avis en mars 2012. Pour lui, les problèmes conjugaux ont débuté suite à sa crise cardiaque. Il est d'avis que son épouse croyait trouver en Suisse « l'Eldorado », malgré le fait qu'il l'ait averti qu'ici, « on doit travailler beaucoup ». Il s'est vite aperçu qu'avec le montant de sa retraite anticipée, il ne faisait pas vivre sa famille en Suisse; refusant à tout prix « la charité », il a préféré vivre décemment en Guinée, plutôt que de dépendre ici des services sociaux.

Bien que douloureux, il assume son choix; il affirme qu'il n'a jamais demandé à son fils d'aller avec lui et qu'il ne le prendra pas de force. Il a dit à son épouse qu'ils rentreraient tous en Guinée et au début, elle était d'accord. « On est marié, on reste ensemble ». Il part triste, sans être fâché. Il nous dit avoir fait l'erreur de tous les migrants, soit d'avoir construit une maison là-bas au lieu de bâtir son avenir ici.

Juste avant son départ, il nous a dit que la situation était très tendue avec son épouse et ceci depuis le début de l'année. « On ne se parle pas et on est les deux à la maison ». Il lui reproche de ne pas oser dire qu'elle veut se séparer et divorcer. Elle lui aurait dit que même si elle retournait en Guinée, elle irait vivre auprès de sa famille et non avec lui. Il pense qu'elle ne changera pas d'avis.

Il est inquiet pour l'avenir de sa femme et de son fils ici, car, nous dit-il, « depuis 10 ans qu'elle est ici, elle n'a pas de profession, pas de travail stable et dépend des services sociaux. Elle lit le français, mais ne le comprend pas bien ». Jusqu'à son départ, c'est lui qui a subvenu à tous les besoins de sa famille; il n'est pas sûr que son épouse sache se débrouiller dans les questions administratives et surtout, rajoute-t-il « elle n'a pas les moyens financiers ».

Il est inquiet pour son fils et dit qu'il y a de fréquents conflits entre Z.V._____ et sa maman. Il n'obéirait pas toujours à sa mère et cette dernière serait obligée de crier. Pour Monsieur, son épouse veut décider de tout à la maison et elle ferait même changer les vêtements de leur fils quand c'est lui qui l'habille; elle refuserait de faire à manger ce qu'il achète sous prétexte que ce n'est pas bon pour la santé et interdirait la Playstation à leur fils, ainsi que des sorties avec ses copains.

Si sa vie va être bien différente, il affirme qu'il peut vivre de manière très correcte à Bissau, tout en payant l'école privée à son fils. Là-bas, il ne paye pas de loyer et ne dépense que pour l'entretien.

M. V._____ téléphone tous les jours à son fils depuis son départ. Il est revenu le 28 juin et est reparti le 7 juillet à Bissau

avec Z.V._____. Il est prévu que son fils retourne en Suisse le 9 août prochain, sans lui, mais accompagné d'une hôtesse.

Ce père nous a dit qu'il avait expliqué son choix à Z.V._____ (maladie et retraite). Son fils est déjà allé à trois reprises pour des vacances en Guinée, dans sa maison à Bissau. La famille de Monsieur, tout comme celle de sa femme ne vivent pas loin de chez lui et se connaissent bien. Z.V._____ connaît beaucoup de cousins là-bas. Si Z.V._____ vivait chez lui, M. V._____ se dit prêt à communiquer aussi souvent qu'il le faudra avec son épouse pour leur enfant, que ce soit par téléphone ou par Skype; il tient à ce que son fils voie régulièrement sa mère et vienne en Suisse lors des vacances scolaires.

POINT DE VUE DE Mme V._____

Elle nous dit qu'au moment de leur mariage, ils avaient évoqué le fait de retourner plus tard dans leur pays et n'était pas vraiment rassurée au niveau financier. Plus tard, lorsque son mari est tombé malade, il en a reparlé et sur le moment, Mme V._____ s'est montrée d'accord; puis elle a réfléchi et a décidé de rester ici.

Il y a eu beaucoup de discussions dans le couple à ce sujet, mais Mme V._____ avait le sentiment que son mari ne faisait que répéter sa volonté de retourner et qu'il lui demandait de se décider tout de suite.

Pour elle, la décision de rester et de s'opposer à la volonté de son mari a été difficile, tout comme le fait de constater qu'ils n'arrivaient pas à se mettre d'accord pour Z.V._____. Elle a été surprise que son fils se rende de son propre chef au Tribunal; mais rajoute-t-elle, « son école se trouve juste en face ».

« Z.V._____ est né ici, il se sent un petit Suisse (...) En Guinée, j'ai toute ma famille et elle me manque, mais je préfère que mon fils fasse sa scolarité ici ». Elle dit aussi que dans son pays, il n'y a aucune stabilité et que les soins sont insuffisants.

Elle raconte que son mari a continué à organiser son retour, emprunter de l'argent pour finir la maison et faire les démarches pour l'école à Bissau, sans lui en parler. Sur des conseils, elle a contacté un juriste du CSP à Nyon, qui lui a fait une lettre pour le Tribunal. Mme V._____ dit qu'elle l'a gardée plus d'une semaine avant de l'envoyer et en parler à son mari, qui s'est montré imperturbable dans sa décision de rentrer au pays. Pour elle, le fait qu'une Autorité ainsi que notre Service s'immisce dans sa vie privée est quelque chose de très gênant.

La communication est devenue tendue avec son mari, chacun disant qu'Z.V. _____ restera avec lui. Pour Madame, le choix de rester sur sa position a été d'autant plus dur que sa famille en Guinée pensait qu'Z.V. _____ devait rentrer et qu'elle a reçu peu de soutien.

Mme V. _____ nous dit qu'Z.V. _____ lui en veut, car il la tient pour responsable du départ de son père et il était très triste juste après. Maintenant, son fils va mieux, excepté quand elle lui restreint le temps de télévision, le moment de la douche et celui du coucher où il lui dit que « de toute façon, il a envie d'aller vivre avec son père ». Son mari aurait raconté beaucoup de choses à Z.V. _____ sur le confort qu'il aurait en Guinée et sur le fait qu'ici, sa mère n'avait pas de travail. Hormis les moments précis cités plus haut, le reste du temps se passerait bien, ainsi que l'école. Si elle peut difficilement l'aider, elle l'a inscrit aux devoirs surveillés et une personne vient l'aider pour les maths tous les lundis.

Pour cette mère, Z.V. _____ s'exprime peu et n'a pas envie de parler. Elle pense qu'il va bien, mais il y a des moments difficiles où il s'oppose à elle et où elle le sent perturbé. Elle souhaiterait entamer une thérapie pour tous deux afin qu'ils puissent parler ensemble des conflits qui les préoccupent. A sa demande, nous lui avons donné les coordonnées du SPEA, mais à ce jour, elle n'a pas encore pris de rendez-vous car Z.V. _____ s'y oppose; elle a nous a (sic) affirmé qu'elle le ferait au retour des vacances d'été.

Elle a l'espoir de trouver un travail durable et de pouvoir offrir à son fils un meilleur avenir ici. Pour l'instant, ses conditions matérielles sont difficiles. Mme V. _____ affirme qu'elle fera tout ce qu'elle peut pour favoriser les liens entre père et fils si Z.V. _____ reste ici, et qu'il pourra aller fréquemment en vacances chez son père.

Z.V. _____ :

A l'automne, ce garçon s'est rendu spontanément auprès de votre Autorité et il a été entendu le 12 décembre dans vos bureaux pour dire qu'il voulait partir avec son père.

Z.V. _____ est toujours du même avis : Juste avant le départ de son père, il nous a dit qu'il avait peur qu'il lui arrive quelque chose; il voulait aller vivre en Guinée avec son papa. Il a rajouté, en parlant de ses parents « S'ils ne se parlent pas, ça va, c'est quand ils se crient dessus que c'est dur ».

En mai, Z.V. _____ s'ennuyait de son père; il se réjouissait de le revoir tout bientôt et de passer ses vacances d'été avec lui. Il nous a dit d'emblée: « C'est difficile pour moi, si je vais chez papa, maman sera triste et si je reste, c'est papa qui est triste ». Il dira pas grand-chose de plus, si ce n'est que sa mère l'avait privé de Playstation la veille, parce qu'il ne voulait pas aller se doucher.

A l'école, il dit que tout va bien et qu'il a de bons copains, mais qu'il en a encore plus à Bissau. A Vevey, il a fait du football, prend des cours d'arabe le samedi matin et semble sortir souvent avec ses copains ainsi qu'avec sa maman. Il mange quatre fois par semaine au [...] (cantine de l'école). Z.V. _____ s'est montré peu bavard, mais parfois enjoué, sachant apparemment bien ce qu'il se veut. Il avait bien grandi depuis le mois de décembre où nous l'avions rencontré.

Lorsque nous l'avons revu avec son papa le 2 juillet, Z.V. _____ était rayonnant, bavard et très souriant. Il se réjouissait de partir avec son père à Bissau et de retrouver des copains qu'il a là-bas. Il nous a répété son désir de vivre avec son père, rajoutant que sa mère lui avait dit dernièrement que s'il se plaisait là-bas, il pourrait y rester.

(...)

POINT DE VUE DES DIFFÉRENTS INTERVENANTS:

Madame [...], enseignante d'Z.V. _____, nous dit que c'est un enfant qui avance bien dans ses apprentissages et que les devoirs sont toujours faits.

(...)

DISCUSSION ET PROPOSITIONS:

(...)

Arrivés au terme de notre évaluation et après avoir revu père et fils ensemble, nous pouvons faire les remarques suivantes, suite à nos observations et entretiens :

- Mme V. _____ a été très honnête dans la reconnaissance de ses difficultés avec son fils. Elle s'en inquiète et souhaiterait entamer une thérapie avec lui, ce qu'elle n'a pas encore entrepris;
- Le refus d'Z.V. _____ d'obéir à sa mère presque quotidiennement à un moment donné de la journée, généralement le soir, ainsi que les pleurs et reproches suite aux téléphones avec son père, nous laisse penser que non seulement il s'ennuie de ce dernier, mais qu'il en veut à sa mère;
- Z.V. _____ est en préadolescence et se montre par moments particulièrement difficile avec sa mère, qui peine à se faire obéir;
- Lorsque nous avons vu Z.V. _____ avec son père, tant en décembre qu'en juillet, nous avons pu constater qu'il y avait une relation très proche entre les deux;
- Selon les dires d'Z.V. _____, il a beaucoup de cousins et de copains à Bissau;
- Il est déjà allé trois fois en Guinée et nous dit qu'il aime être là-bas;
- Pour M. V. _____, il est évident que son fils doit voir sa mère le plus possible et il s'engage à l'envoyer régulièrement pour les vacances auprès de sa mère;
- En Guinée-Bissau, Z.V. _____ vivrait non seulement avec son père, mais les familles tant paternelle que maternelle y habitent. Ici, Mme V. _____ est isolée et a peu de soutien.

CONCLUSIONS:

Au vu de ce qui précède et en notre connaissance actuelle de cette situation familiale, nous suggérons à votre Autorité :

- D'attribuer la garde et l'autorité parentale d'Z.V. _____ à M. V. _____;
- D'instaurer des visites d'Z.V. _____ à sa mère à l'occasion des vacances d'été, voire plus si possible;
- Que M. V. _____ s'engage à favoriser les contacts entre Z.V. _____ et sa mère de manière très régulière par le biais du téléphone ou d'Internet. »

Les parties ont été invitées à se déterminer sur ce rapport dans un délai prolongé au 2 septembre 2013, ce qu'ils ont fait par courrier

daté du 5 août 2013 pour l'intimé et par courrier du 2 septembre 2013 pour la requérante.

4. Les parties ont été entendues lors de l'audience du 20 novembre 2013. U._____, assistante sociale au SPJ, a également été entendue en qualité de témoin afin d'être interrogée sur le rapport d'évaluation du 11 juillet 2013 rédigé par ses soins. Elle a notamment déclaré que l'enfant et le père étaient beaucoup plus proches mais qu'elle n'avait jamais remis en cause les capacités éducatives de la mère. Elle pense que la mère est plus stricte que le père, ce dernier ne laissant toutefois pas tout faire à son fils. Le témoin a estimé que le père présentait une plus grande disponibilité, dès lors qu'il était à la retraite. Il dispose en outre de toutes les conditions matérielles pour accueillir l'enfant. Elle ne sait toutefois pas ce qu'il se passerait si le père devait avoir des problèmes de santé. Selon elle, l'enfant est face à un choix impossible entre vivre avec sa mère en Suisse ou avec son père en Guinée-Bissau et il faut que les adultes prennent cette décision à sa place. Selon elle, il n'y a pas d'indication à faire une expertise pédopsychiatrique.

En droit :

1. La voie de l'appel est ouverte contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérés comme des 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).

Les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale étant régis par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales, le délai d'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC [TF 5A_704/2011 du 23 février 2012]).

Interjeté en temps utile par une personne qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) dans un litige à caractère partiellement non patrimonial, l'appel est recevable (art. 311 CPC).

2.

2.1 L'appel en matière de protection de l'union conjugale relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

2.2 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).

3.

3.1 L'appelant estime qu'en considérant que le rapport du SPJ n'était pas convaincant et en l'écartant, le premier juge a manifestement versé dans l'arbitraire. Le premier juge, qui a mis en œuvre cette expertise, avouant par là même son incompetence sur cette question, ne pouvait pas sans autre se distancer des conclusions univoques et étayées de l'assistante sociale du SPJ. Au surplus, le premier juge s'est écarté du rapport au motif que l'assistante sociale aurait retenu des critères essentiellement financiers pour fonder ses conclusions, alors qu'aucun de ces critères n'était énuméré dans les remarques finales du rapport.

3.2

3.2.1 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 (cf. art. 273 ss CC) ; il peut notamment confier la garde des enfants à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire Romand, n. 19 ad art. 176 CC ; Verena Bräm, Commentaire zurichois, n. 89 et 101 ad art. 176 CC; TF 5A_693/2007 du 18 février 2008).

L'attribution de l'autorité parentale à un parent n'est pas exclue, mais devrait cependant constituer l'exception dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles. Si l'attribution du droit de garde à un seul des parents apparaît suffisante pour garantir le bien de l'enfant, il n'y a pas lieu de modifier aussi l'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, il ne suffit pas que les parents entretiennent des relations conflictuelles ensuite de la séparation pour faire application de l'art. 297 al. 2 CC (TF 5A_456/2010 du 21 février 2011 c. 3, RMA 2011 p. 294; ATF 111 II 223, JT 1988 I 230).

Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste en la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 c. 4a, rés. in JT 2002 I 324). Pour le surplus, le titulaire du droit de garde est responsable de l'encadrement quotidien, des soins et de l'éducation de l'enfant. A ce sujet, on parle aussi de garde de fait (« faktische Obhut »). La jurisprudence n'opère généralement pas de distinction entre droit de garde et garde de fait, mais parle le plus souvent de garde, ce qui recouvre l'ensemble des questions juridiques qui y sont liées (choix du domicile, soins quotidiens, entretien et éducation). Lorsque la garde est attribuée à l'un des deux parents, celui qui participe à l'autorité parentale restreinte partage pour l'essentiel un droit de co-décision par rapport aux questions les plus importantes pour la planification de la vie de l'enfant, notamment la question du nom, la formation générale et professionnelle, le choix de l'éducation religieuse,

les interventions médicales et autres orientations déterminantes, c'est-à-dire propres à influencer le cours de la vie de l'enfant, comme p.ex. la pratique d'un sport de haut niveau, le passage de l'école publique à un enseignement privé ou en cas d'entrée dans un internat ou dans un établissement strictement confessionnel (ATF 136 III 353 c. 3.2., JT 2010 I 491).

Au nombre des critères essentiels pour l'attribution de la garde, 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 convient de 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. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. 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 136 I 178 c. 5.3; ATF 117 II 353 c. 3; ATF 115 II 206 c. 4a; ATF 115 II 317 c. 2; cf. aussi 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).

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.)

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^e 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

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

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

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 pourrait 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.

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.

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 1^{er} 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.

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,
p r o n o n c e :

- 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 1^{er} 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.

- 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

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 :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :