

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 21 mai 2013

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué
Greffière : Mme Gabaz

Art. 176 al. 3 et 273 ss CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **I.G.**_____, à Lausanne, requérante, contre l'ordonnance rendue le 22 mars 2013 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **O.G.**_____, à Lausanne, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 22 mars 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rappelé la convention partielle signée par les parties le 14 mars 2013, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale (I), confié au Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) un mandat d'évaluation concernant la situation de l'enfant P.G._____, née le [...] 2006, en le chargeant de faire toutes propositions utiles sur l'attribution de la garde et les modalités d'exercice des relations personnelles entre l'enfant et le parent non gardien (II), attribué provisoirement la garde de l'enfant P.G._____ à son père, O.G._____, dans l'attente du rapport du SPJ (III), dit que la mère de l'enfant, I.G._____, bénéficiera d'un libre et large droit de visite à l'égard de sa fille P.G._____, à exercer d'entente avec le père et que, à défaut d'entente, elle pourra avoir sa fille auprès d'elle un week-end sur deux du vendredi soir à 18h00 au dimanche soir à 18h00, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés (IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré l'ordonnance, rendue sans frais, immédiatement exécutoire (VI).

En droit, le premier juge a considéré, s'agissant de la seule question litigieuse, soit la garde de l'enfant P.G._____, qu'il convenait de confier un mandat d'évaluation au SPJ en raison des conditions de vie précaires de l'enfant et du fait que sa mère avait pu se livrer jusqu'à peu à la prostitution, peut-être même dans le studio où l'enfant P.G._____ vivait avec sa mère et ses demi-frère et demi-sœur. Relevant que les parents de P.G._____ présentaient les mêmes capacités éducatives, le premier juge a retenu qu'il convenait, dans l'attente du rapport du SPJ, de confier la garde de l'enfant au père dès lors qu'il disposait d'un logement plus grand et qu'il n'avait pas été établi qu'I.G._____ ne se livrait plus à la prostitution pour subvenir aux besoins de sa famille.

B. Par actes des 29 mars, 8 et 11 avril 2013, I.G._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant implicitement à ce que la garde sur l'enfant P.G._____ lui soit attribuée.

Elle a également requis que l'effet suspensif soit octroyé à son appel, requête rejetée par le Juge délégué de céans le 1^{er} mai 2013.

Le 6 mai 2013, le conseil d'I.G._____ a requis l'assistance judiciaire pour cette dernière, ainsi qu'à pouvoir compléter la requête d'appel de sa mandante. Par courrier du 8 mai 2013, le Juge délégué de céans a en l'état dispensé l'appelante de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée, et a refusé d'accorder un délai supplémentaire pour compléter la requête d'appel.

Le 13 mai 2013, I.G._____, par son conseil, a allégué un fait nouveau et produit deux pièces. Elle a également pris, avec dépens, les conclusions suivantes:

"I. La requête d'appel est admise.

II. Dit que les chiffres III et IV de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne le 22 mars 2013 dans la cause I.G._____, née C._____, contre O.G._____, sont modifiés comme suit:

III. attribue provisoirement la garde sur l'enfant P.G._____ à sa mère, I.G._____, née C._____, dans l'attente du rapport du SPJ;

IV. dit que le père de l'enfant, O.G._____, bénéficie d'un libre et large droit de visite à l'égard de sa fille, P.G._____, à fixer d'entente avec la mère et que, à défaut d'entente, il pourra voir sa fille auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir, à 18h00, au dimanche soir, à 18h00, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés."

L'intimé n'a pas été invité à se déterminer.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. I.G._____, née C._____ le [...] 1971, et O.G._____, né le [...] 1963, se sont mariés le 10 juillet 2010 à Moissy Cramayel (Seine-et-Marne, France).

Une enfant est issue de cette union: P.G._____, née le [...]

2006.

I.G._____ est la mère de deux enfants issus d'une précédente relation et dont elle a la garde:

- [...], né en 1996, et
- [...], née en 1999.

2. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 7 février 2013, I.G._____ a conclu à ce qu'elle soit autorisée à vivre séparée de son mari, à ce que la garde sur l'enfant P.G._____ lui soit attribuée, avec un droit de visite pour O.G._____, à ce que ce dernier soit astreint à contribuer à l'entretien des siens et à ce que le domicile conjugal lui soit attribué.

I.G._____ et O.G._____, assisté de son conseil, ont été entendus lors de l'audience du 14 mars 2013. I.G._____ a confirmé les conclusions de sa requête de mesures protectrices de l'union conjugale et O.G._____ a conclu à l'attribution de la garde sur l'enfant P.G._____. Les parties ont également déclaré ne pas s'opposer à la mise en œuvre d'un mandat d'évaluation confié au SPJ.

A cette occasion, les parties ont en outre signé une convention partielle, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale, dont la teneur est la suivante:

- "I. Les époux O.G._____ et I.G._____, née C._____, conviennent de vivre séparés jusqu'au 31 janvier 2014, étant précisé que la séparation effective est intervenue le 1^{er} novembre 2012.
- II. Les parties constatent qu'il n'y a plus de domicile conjugal."

3. La situation des parties est la suivante:

En raison de difficultés financières, la villa familiale, appartenant à O.G._____, a été louée après la séparation des parties au début novembre 2012. O.G._____ en retire un revenu locatif de l'ordre de 2'600 fr. par mois.

Depuis la séparation jusqu'au 30 avril 2013, I.G._____ a loué un studio à un ami d'O.G._____ dans lequel elle a vécu avec ses trois enfants. Depuis le 1^{er} mai 2013, elle sous-loue un appartement de trois

pièces et demie à Lausanne. Quant à O.G._____, il est logé, à titre gracieux, par ce même ami dans son propre logement de six à sept pièces.

Les deux parties émargent aux services sociaux, O.G._____ présentant depuis le mois de janvier 2012 un épisode dépressif sévère. S'agissant d'I.G._____, elle a exposé s'être livrée à la prostitution à son arrivée en Suisse pour faire vivre sa famille; elle a rencontré son mari dans ce cadre. Elle a admis avoir proposé ses charmes jusqu'au mois de février 2013 en tout cas par le biais d'annonces sur internet.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272) (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC).

Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales, le présent appel est formellement recevable.

2. a) 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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, spéc. p. 134). Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibid., p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43; Tappy, ibid., p. 136).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées). La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320 et note approbatrice de Tappy) considère qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., 2010, n. 2410, p. 437). Le Tribunal fédéral a approuvé cette interprétation de la loi (TF 4A_228/2012 du 28 août 2012 c. 2). 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., JT 2010 III 115, spéc. pp. 136-137; Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées).

En l'espèce, le fait nouveau invoqué le 13 mai 2013 par l'appelante, soit qu'elle sous-loue un appartement de trois pièces et demie depuis le 1^{er} mai 2013, est recevable puisqu'il ne pouvait être allégué dans la requête d'appel, le bail de sous-location ayant été conclu le 24

avril 2013, et invoqué dès que possible. Les pièces produites le 13 mai 2013 sont recevables pour les mêmes motifs.

3. a) L'appelante conclut à ce que la garde sur l'enfant P.G. _____ lui soit attribuée au motif notamment qu'elle dispose maintenant d'un logement lui permettant d'accueillir sa fille dans de bonnes conditions.

b) 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). 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; TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1, in FamPra.ch 2012 p. 817). 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 pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, 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. Ce dernier critère revêt un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3). Lorsque les capacités éducatives des parents sont égales et qu'il s'agit

d'enfants en bas âge, la garde est attribuée au parent qui présente de meilleures disponibilités pour s'occuper personnellement de l'enfant (TF 5A_223/2012 du 13 juillet 2012; TF 5A_905/2011 du 28 mars 2012; TF 5A_492/2011 du 28 février 2012). Le juge appelé à se prononcer sur le fond qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant est amené à vivre, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 117 II 353 c. 2; TF 5A.860/2009 du 26 mars 2010 c. 3.1).

c) En l'occurrence, c'est à juste titre que le premier juge a confié la garde de l'enfant P.G._____ à son père, à compétence éducatives équivalentes entre les parents (cf. ord. p. 9). Les éléments pris en compte, tels que les capacités d'accueil du père et la problématique de l'activité lucrative de l'appelante, restent d'actualité, quand bien même cette dernière dispose aujourd'hui d'un appartement plus grand. L'intimé dispose d'un logement plus spacieux que l'appelante pour accueillir sa fille (six à sept pièces pour trois personnes, contre 3,5 pièces pour quatre personnes chez l'appelante) et le doute plane toujours sur le point de savoir si l'appelante se livre encore à la prostitution. Indépendamment de toutes considérations morales sur l'activité de l'appelante, il existe ainsi un risque que l'enfant P.G._____, en vivant chez l'appelante, soit exposée à des situations problématiques pour son développement. Son intérêt primant, il convient de maintenir l'attribution du droit de garde au père, jusqu'au dépôt du rapport d'évaluation par le SPJ.

4. En conclusion, mal fondé, l'appel doit être rejeté, en application de la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance entreprise confirmée.

La requête d'assistance judiciaire doit être rejetée, l'appel étant dépourvu de chance de succès (art. 117 let. b CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010;

RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire de l'appelante, I.G._____, est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante, I.G._____.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Cédric Thaler (pour I.G. _____),
- Me Dan Bally (pour O.G. _____).

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 Lausanne.

La greffière :