



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

101 2020 358

Arrêt du 2 novembre 2020

1^e Cour d'appel civil

Composition

Président : Jérôme Delabays
Juges : Dina Beti, Sandra Wohlhauser
Greffier-rapporteur : Ludovic Farine

Parties

A._____, **requérant** et **appelant**, représenté par Me Paolo Ghidoni, avocat

contre

B._____, **défenderesse** et **intimée**, représentée par Me Manuela Bracher Edelmann, avocate

Objet

Modification de mesures protectrices de l'union conjugale par le biais de mesures provisionnelles de divorce, garde d'un enfant mineur

Appel du 11 septembre 2020 contre la décision de la Présidente du Tribunal civil de la Sarine du 31 août 2020

considérant en fait

A. A. _____, né en 1986, ressortissant du Kosovo, est titulaire d'une autorisation d'établissement. Il a épousé en mai 2016, au pays, sa compatriote B. _____, née en 1989. Celle-ci est venue le rejoindre en Suisse en novembre 2016 au titre du regroupement familial, une autorisation de séjour d'une durée limitée lui étant octroyée. En octobre 2017, le couple s'est séparé une première fois, puis a repris la vie commune. En février 2018, leur fils C. _____ est né. Les époux se sont séparés définitivement en mai 2018.

Par décision du 30 mai 2018, la Justice de paix de la Sarine a instauré en faveur de l'enfant une curatelle éducative et de surveillance des relations personnelles.

Le 22 juin 2018, B. _____ a introduit à l'encontre de son époux une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Dans ce cadre, le 6 août 2018, les parties – qui concluaient chacune à l'octroi de la garde de l'enfant – se sont entendues sur le fait qu'à titre de mesures provisionnelles, celui-ci soit confié à sa mère durant les 5 jours de travail du père et à ce dernier le dimanche ainsi que son autre jour de congé hebdomadaire, et que la curatelle soit maintenue. De plus, une enquête sociale confiée au Service de l'enfance et de la jeunesse (ci-après : le SEJ) a été mise en œuvre. Dans son rapport du 25 octobre 2018, le SEJ a relevé qu'il n'y avait pas de problèmes ou difficultés majeures dans la prise en charge de l'enfant par la mère, très demandeuse de conseils et recommandations auprès des puéricultrices ; en audience du 11 avril 2019, le curateur a notamment déclaré que le SEJ n'envisageait pas une autre solution de prise en charge de l'enfant, dès lors que le cadre était évalué comme suffisant chez la mère.

Le 21 octobre 2019, le Service de la population et des migrants (ci-après : le SPoMi) a informé l'épouse de son intention de ne pas renouveler son autorisation de séjour et de prononcer son renvoi de Suisse, en raison de la fin de la vie commune. Cet élément a été mentionné dans la procédure matrimoniale alors pendante.

Par décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 15 janvier 2020, la Présidente du Tribunal civil de la Sarine (ci-après : la Présidente) a maintenu l'autorité parentale conjointe sur l'enfant C. _____, a confié la garde de celui-ci à sa mère et fixé le droit de visite du père du mercredi au jeudi soirs chaque semaine, du samedi au dimanche soirs trois fois par mois ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, et a maintenu la curatelle éducative et de surveillance des relations personnelles. Au niveau financier, elle a astreint A. _____ à contribuer à l'entretien de son fils par le versement d'une pension mensuelle de CHF 870.-, plus allocations, dès le 1^{er} juillet 2018, et a constaté que l'entretien convenable de l'enfant n'est pas couvert, le *manco* étant de CHF 1'611.65 par mois, et que le mari n'a pas les moyens de verser à son épouse une contribution d'entretien pour elle-même.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un appel.

B. Par décision du 14 février 2020, le SPoMi a refusé de renouveler l'autorisation de séjour accordée à B. _____ et d'octroyer à l'enfant C. _____ une autorisation d'établissement. Un délai de 30 jours leur a été accordé pour quitter le territoire suisse. Cette décision fait actuellement l'objet de deux recours, l'un de l'épouse et l'autre du mari pour son fils, auprès de la 1^e Cour administrative du Tribunal cantonal, de sorte qu'elle n'est pas définitive et exécutoire.

C. Le 12 juin 2020, A. _____ a introduit à l'encontre de son épouse, devant le Tribunal civil de la Sarine, une procédure de divorce sur demande unilatérale. Dans ce cadre, il a sollicité que,

par le biais de mesures provisionnelles, la garde de l'enfant lui soit désormais confiée, le droit de visite de la mère soit fixé, la curatelle de surveillance des relations personnelles soit supprimée et il soit constaté que B._____ n'est pas en mesure de contribuer à l'entretien de C._____. L'épouse a conclu au rejet de cette requête.

Après avoir entendu les parties à son audience du 12 août 2020, la Présidente a statué par décision du 31 août 2020, rejetant la requête de mesures provisionnelles. En bref, elle a considéré qu'il n'existait aucun fait nouveau important et durable qui commanderait de modifier l'attribution de la garde.

D. Par acte du 11 septembre 2020, A._____ a interjeté appel contre la décision du 31 août 2020. Il conclut, sous suite de frais, principalement à son annulation et au renvoi de la cause à la première juge pour nouvelle décision, et subsidiairement au transfert de la garde de C._____ à lui-même, à la réglementation du droit de visite de la mère, à la suppression de la curatelle et au constat que l'intimée n'est pas en mesure de contribuer à l'entretien de son fils. Très subsidiairement, il demande que son propre droit de visite soit nouvellement fixé pour tenir compte du départ de son fils au Kosovo, que la curatelle soit levée et que la pension qu'il doit verser soit diminuée à CHF 250.- par mois, acte étant pris que les parties n'ont plus droit aux allocations familiales.

Dans son appel, le mari a requis l'assistance judiciaire. Par arrêt du 17 septembre 2020, il a été fait droit à cette requête.

E. Dans sa réponse du 1^{er} octobre 2020, B._____ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation de la décision attaquée, sous suite de frais. L'intimée a, de plus, aussi sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire pour l'appel, qui lui a été accordé par arrêt du 5 octobre 2020.

en droit

1.

1.1. L'appel est recevable notamment contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, pour autant que, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure sommaire – qui régit notamment les mesures provisionnelles pendant une procédure de divorce (art. 271 CPC, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au mandataire de l'appelant le 2 septembre 2020 (DO/59). Déposé le 11 septembre 2020, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Il est motivé et doté de conclusions. En outre, vu l'objet de la contestation, qui a notamment trait à l'attribution de la garde sur un enfant mineur, le litige n'a pas de valeur patrimoniale appréciable en argent (arrêt TF 5A_218/2014 du 25 juin 2014 consid. 1.1), quand bien même il a néanmoins un aspect financier. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel, sous réserve de ce qui suit.

1.2. L'appel est en principe une voie de droit de nature réformatoire, de sorte qu'il incombe au justiciable de prendre des conclusions au fond (arrêt TF 4A_383/2013 du 2 décembre 2013 consid. 3.2.1). De telles conclusions supposent cependant que l'autorité précédente soit entrée en matière et ait rendu un jugement au fond, et non une décision d'irrecevabilité, auquel cas l'appel ne

peut tendre qu'à l'annulation de celle-ci et au renvoi de la cause au premier juge (arrêt TF 4A_207/2019 du 17 août 2020 consid. 3.2 destiné à publication).

En l'espèce, la première juge a rejeté la requête de modification en raison de l'absence de survenance, selon elle, de faits nouveaux importants et du fait que les intérêts de l'enfant, encore jeune, ne seraient pas mis en danger en cas de retour dans son pays d'origine. Elle a donc rendu une décision sur le fond et il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les conclusions de l'appel qui tendent au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision, mais bien sur les conclusions subsidiaires (et très subsidiaires) au fond.

1.3. En vertu de l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé, ce qui suppose de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée, sous peine d'irrecevabilité. Pour satisfaire à cette exigence, il ne suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée : il faut que la motivation soit suffisamment explicite pour que l'instance de recours puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

En l'espèce, A._____ critique notamment le rejet de son chef de conclusions tendant à la levée de la curatelle de surveillance des relations personnelles instaurée en faveur de son fils. Toutefois, dans son appel, à aucun moment il ne s'en prend aux motifs de la Présidente, qui a considéré à cet égard que la mesure paraissait encore nécessaire dès lors que les passations de l'enfant se déroulent toujours mal à ce jour (décision attaquée, p. 5 consid. 3.2 *in fine*). Cette partie de l'appel est donc irrecevable.

1.4. La procédure sommaire (art. 252 ss CPC) s'applique aux causes de mesures provisionnelles (art. 271 par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC), le tribunal établissant toutefois les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant de questions concernant un enfant mineur, n'étant pas lié par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC).

1.5. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC).

1.6. Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'audition des parties en première instance et le fait que toutes les pièces utiles au traitement de l'appel figurent au dossier, il n'est pas nécessaire d'assigner les époux à une audience.

2.

L'appelant critique le rejet de sa requête tendant à ce que la garde de son fils C._____ lui soit transférée.

2.1. L'art. 134 al. 1 CC prescrit qu'à la requête du père ou de la mère, de l'enfant ou de l'autorité de protection de l'enfant, l'attribution de l'autorité parentale – ou de l'une de ses composantes, par exemple la garde – doit être modifiée lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant. De plus, selon l'art. 276 al. 1 CPC, applicable en vertu du renvoi de l'art. 284 al. 3 CPC, le juge saisi d'une requête de modification de jugement de divorce ordonne les mesures provisionnelles nécessaires.

En matière d'attribution de la garde sur des enfants mineurs, la jurisprudence retient que la nouvelle réglementation doit être requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. Le bien de l'enfant est donc le critère fondamental à examiner

lorsqu'une décision quant à son attribution doit être prise : une modification de la solution pratiquée jusqu'alors ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes, elle doit aussi être commandée par les intérêts de l'enfant. Elle ne peut ainsi être envisagée que si le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant et le menace sérieusement ; la modification doit ainsi s'imposer impérativement, en ce sens que le mode de vie actuel nuit plus au bien de l'enfant que le changement de réglementation et la perte de continuité dans l'éducation et les conditions de vie qui en est consécutive (arrêt TF 5A_831/2010 du 14 novembre 2011 consid. 3.1.1). En outre, les faits nouveaux invoqués doivent en principe être de vrais *nova*, c'est-à-dire des circonstances apparues ou devenues disponibles après le moment où, dans une procédure antérieure achevée par un jugement entré en force, les moyens d'attaque et de défense pouvaient pour la dernière fois être invoqués (ATF 143 III 42 consid. 5.2).

Comme déjà mentionné, la règle fondamentale en matière d'attribution de la garde est l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels, outre l'intérêt de l'enfant, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, 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 pour le reste similaires. En outre, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge, alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3).

2.2. En l'espèce, la première juge a retenu en substance qu'il n'existait aucun fait nouveau important et durable qui commanderait de modifier l'attribution de la garde, dès lors que la mère réside pour l'heure toujours en Suisse, que son renvoi au Kosovo – qui n'est actuellement pas exécutoire – était déjà envisagé lors du prononcé de la décision du 15 janvier 2020 et qu'au vu de l'âge et de l'absence de scolarisation de l'enfant, il n'apparaît pas que ses intérêts seraient mis en danger en cas de retour dans son pays d'origine (décision attaquée, p. 5).

2.3. L'appelant fait valoir que, si l'éventualité d'un renvoi au Kosovo était envisagée lors du prononcé du 15 janvier 2020, l'expulsion de la mère et de l'enfant a maintenant été décidée, ce qui constitue manifestement un fait nouveau. Il précise que la décision antérieure mentionne certes cette possibilité, mais n'en tire aucune conséquence, que ce soit au niveau du droit de visite ou de la contribution d'entretien. Il expose qu'à suivre la décision querellée, il conviendrait d'attendre que les recours pendants auprès de la 1^e Cour administrative du Tribunal cantonal soient tranchés pour pouvoir solliciter, dans l'urgence, un transfert de la garde, ce qui n'apparaîtrait pas adéquat. De plus, selon lui, le recours de son épouse n'a que peu de chances d'être admis, vu la brièveté du mariage. Enfin, il fait grief à la première juge d'avoir insuffisamment pris en compte les intérêts de l'enfant et de n'avoir examiné que des questions formelles.

2.4. Il faut concéder au mari que le fait de prendre en compte un "*risque de faire l'objet d'une décision de renvoi*" (décision du 15 janvier 2020 [pièce 1 du bordereau de première instance], p. 8), par nature hypothétique, ou le prononcé effectif de ce renvoi quelques semaines plus tard sont deux choses distinctes. L'absence de faits nouveaux par rapport à ceux pris en compte dans la décision de mesures protectrices n'est donc pas évidente. Cela étant, il apparaît qu'en l'état, le renvoi de l'intimée et de son fils n'est pas définitif ni exécutoire, compte tenu des recours pendants.

Quoi qu'il en soit, la question des faits nouveaux peut en définitive demeurer ouverte, pour les motifs qui suivent.

Comme exposé ci-avant, en effet, le juge saisi d'une demande de modification de la garde d'un enfant mineur doit examiner si celle-ci s'impose impérativement pour le bien de l'enfant ; de plus, la stabilité de la solution actuelle a un poids prépondérant s'agissant d'un enfant en bas âge. Or, en l'espèce, il faut rappeler qu'en août 2018, dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, les époux se sont mis d'accord pour que la garde de C. _____ – alors âgé de 6 mois – soit confiée à sa mère à titre de mesures provisionnelles, dans l'attente du rapport d'enquête sociale que le SEJ était mandaté d'établir. Suite aux recommandations de ce service, selon lequel le cadre chez la mère est suffisant, celle-ci prenant son fils en charge de manière adéquate, avec les conseils des puéricultrices, la Présidente a confié la garde à B. _____ par décision du 15 janvier 2020, contre laquelle l'époux n'a pas interjeté appel. Cela fait donc plus de 2 ans que l'intimée s'occupe principalement de son fils, ce qui, sous l'angle de la stabilité nécessaire à un enfant de cet âge, ne peut être occulté. Dans sa requête du 12 juin 2020, A. _____ a certes invoqué que son épouse avait besoin d'un encadrement par des professionnels de l'éducation (DO/8), mais cet élément n'est à l'évidence pas nouveau, puisqu'il a déjà été mentionné dans le cadre de l'enquête sociale. Au demeurant, au fur et à mesure de la croissance de l'enfant et de l'acquisition, par la mère, d'expérience dans la prise en charge de celui-ci, il est vraisemblable que ce besoin d'encadrement va aller en s'amenuisant. L'appelant a aussi fait valoir que son épouse vient d'une région isolée du Kosovo, qu'elle n'a pas de permis de conduire ni le soutien de sa famille et que, dans la mesure où les possibilités scolaires, de soutien psychologique et de formation sont sensiblement réduites au Kosovo, pays parmi les plus pauvres d'Europe, son fils serait placé, en cas de départ pour son pays d'origine, dans un milieu bien moins favorable que celui dont il dispose en Suisse (DO/9). Il semble toutefois oublier que, selon la jurisprudence (ATF 136 III 353 consid. 3.3), sous réserve de l'abus de droit – déménagement sans raisons objectives valables ou dans le seul but d'entraver les contacts entre l'enfant et l'autre parent –, le parent titulaire de la garde doit en principe être autorisé à déplacer son domicile et celui des enfants à l'étranger. Une interdiction de le faire pour les enfants est possible si leur bien est sérieusement mis en danger, ce qui n'est en principe pas induit par les difficultés initiales d'intégration ou d'apprentissage de langue, inhérentes aux changements de domiciles, tout particulièrement pour des enfants en bas âge mais même aussi pour des enfants en âge scolaire. Tel n'est en principe pas non plus le cas des incidences sur l'exercice du droit de visite, du moins tant que des relations personnelles avec l'autre parent demeurent possibles et que le déménagement repose sur des raisons objectives, l'accroissement de distance étant à prendre en compte dans la fréquence des exercices (moins de week-ends mais plus de vacances). Le Tribunal fédéral cite comme exemples de mise en danger du bien de l'enfant le fait que celui-ci souffre d'une maladie et que des soins médicaux appropriés ne soient pas garantis au nouveau lieu de résidence, ou le fait qu'il soit proche de la fin de sa scolarité et ait exprimé la volonté de revenir en Suisse à sa majorité. Dans le cas particulier, il n'est pas invoqué que l'enfant aurait besoin de soins particuliers et il n'apparaît ainsi pas que son bien-être serait fondamentalement mis en danger s'il doit aller vivre au Kosovo avec sa mère. Bien sûr, la situation économique et sociale dans ce pays n'est pas comparable avec celle qui a cours en Suisse et le confort de vie y est globalement inférieur, mais cela ne signifie pas encore que le fait, pour un enfant en âge préscolaire, de partir vivre dans le pays d'origine de ses parents et de devoir s'habituer à un nouveau cadre d'existence constituerait une menace pour son développement. Enfin, le père ne fait pas valoir qu'un exercice raisonnable de son droit de visite serait impossible en cas de renvoi de la mère et de l'enfant au Kosovo, étant relevé que lui-même a aussi cette nationalité et qu'il est vraisemblable qu'il se rend au pays à intervalles réguliers durant ses vacances.

Au vu de ce qui précède, une modification de l'attribution de la garde ne semble pas impérativement commandée par la sauvegarde du bien-être de C._____. Il faut au contraire retenir, du moins à ce stade, qu'il est dans son intérêt de continuer à vivre avec sa mère, qui prend soin de lui depuis sa naissance, que ce soit en Suisse ou au Kosovo. C'est dès lors à juste titre que la première juge a refusé de transférer la garde et l'appel, infondé, doit être rejeté sur cette question.

3.

Pour le cas où la garde continuerait à être confiée à l'intimée, le mari conclut encore à ce que son droit de visite soit nouvellement régleménté et à ce que la contribution d'entretien qu'il doit verser pour son fils soit réduite à CHF 250.- par mois.

Comme déjà mentionné, la décision de renvoi de l'intimée et de l'enfant n'est à ce jour pas exécutoire. Il semble dès lors prématuré d'adapter aujourd'hui déjà les points évoqués par l'appelant, ce d'autant qu'il n'expose pas – et que l'on ignore en l'état – quelle sera la situation économique de son épouse si elle doit retourner au Kosovo et que, dans la mesure où la contribution de CHF 870.- ne couvre qu'une faible part du coût de l'enfant, évalué à près de CHF 2'500.- par mois en Suisse (décision du 15 janvier 2020, p. 13) compte tenu de la couverture du déficit de la mère (contribution de prise en charge), il n'est pas certain qu'elle doive être réduite à un montant sensiblement inférieur même sur la base du coût de la vie restreint du Kosovo.

Dans ces conditions, les conclusions très subsidiaires de l'appel doivent aussi être rejetées.

4.

4.1. Aux termes de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont en principe mis à la charge de la partie succombante. Cette disposition est aussi applicable aux affaires de droit de la famille, quand bien même le tribunal a la faculté, en application de l'art. 107 al. 1 let. c CPC, de s'écarter des règles générales et de répartir les frais selon sa libre appréciation (ATF 139 III 358 consid. 3).

En l'espèce, l'appel est rejeté, de sorte qu'il convient de mettre les frais à la charge de l'appelant, sous réserve de l'assistance judiciaire qui lui a été octroyée.

4.2. Les frais judiciaires dus à l'Etat pour le présent arrêt sont fixés à CHF 1'000.-.

4.3. Conformément à l'art. 122 al. 1 let. d CPC, l'assistance judiciaire ne dispense pas de l'obligation de verser des dépens en cas de perte du procès. Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice (RJ ; RSF 130.11). En cas de fixation globale, comme en l'espèce, l'autorité tient compte notamment de la nature, de la difficulté et de l'ampleur de la procédure et du travail nécessaire de l'avocat, ainsi que de l'intérêt et de la situation économiques des parties (art. 63 al. 2 RJ). L'indemnité maximale en cas de recours contre une décision du juge unique est de CHF 3'000.-, montant pouvant être doublé si des circonstances particulières le justifient (art. 64 al. 1 let. e et al. 2 RJ).

En l'espèce, compte tenu de ces critères, les dépens d'appel de B._____ seront fixés à la somme de CHF 1'200.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 92.40 (7.7% de CHF 1'200.-).

la Cour arrête :

- I. L'appel est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.
Partant, la décision prononcée le 31 août 2020 par la Présidente du Tribunal civil de la Sarine est confirmée.
- II. Les frais d'appel, dont notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 1'000.-, sont mis à la charge de A. _____, sous réserve de l'assistance judiciaire.
- III. Les dépens d'appel de B. _____ sont fixés globalement à la somme de CHF 1'200.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 92.40.
- IV. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 2 novembre 2020/lfa

Le Président :

Le Greffier-rapporteur :