

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 6 juin 2017

---

Composition : M. COLOMBINI, juge délégué  
Greffière : Mme Cuérel

\* \* \* \* \*

**Art. 133, 176 al. 1 ch. 2 et al. 3 et 273 CC**

Statuant sur l'appel interjeté par **A.I.**\_\_\_\_\_, à Cheseaux-sur-Lausanne, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 17 mai 2017 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.I.**\_\_\_\_\_, à Cheseaux-sur-Lausanne, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 mai 2017, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a ratifié la convention partielle signée le 13 avril 2017 entre B.I.\_\_\_\_\_ et A.I.\_\_\_\_\_ pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, prévoyant que les époux vivraient séparés pour une durée indéterminée, que durant la séparation la jouissance du véhicule [...] était attribuée à B.I.\_\_\_\_\_ à charge pour lui d'en payer le leasing et les charges, que B.I.\_\_\_\_\_ mettrait en vente le scooter [...] et conserverait le produit de la vente, que les parties s'engageaient à entreprendre une thérapie auprès des Boréales ou auprès d'un médiateur et qu'elles étaient d'accord pour la mise en œuvre d'une enquête auprès du Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) (I), a dit que le lieu de résidence des enfants Z.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_ était provisoirement fixé auprès de leur père B.I.\_\_\_\_\_ qui en exercerait la garde de fait (II), a dit que la jouissance du domicile conjugal était provisoirement attribuée à B.I.\_\_\_\_\_ (III), a imparti un délai au 30 juin 2017 à A.I.\_\_\_\_\_ pour quitter le logement familial en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement (IV), a dit que celle-ci bénéficierait, dès qu'elle disposerait d'un logement et pour autant qu'elle poursuive son suivi thérapeutique, d'un libre et large droit de visite sur ses enfants, à exercer d'entente avec le père et qu'à défaut d'entente, le droit de visite s'exercerait du vendredi soir au dimanche soir, tous les mercredis après-midi ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, à charge pour elle d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener (V), a dit que le montant de l'entretien convenable de Z.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_ était de 930 fr. par mois chacun, après déduction des allocations familiales (VI et VII), a dit que A.I.\_\_\_\_\_ n'était, en l'état, pas astreinte au paiement d'une contribution d'entretien en faveur de ses enfants (VIII) et a confié à l'Unité d'évaluation et missions spécifiques (ci-après : UEMS) du SPJ un mandat d'évaluation, avec pour mission d'examiner les capacités parentales respectives de B.I.\_\_\_\_\_ et A.I.\_\_\_\_\_ ainsi que les conditions de vie des enfants auprès de chacun

des parents, en faisant toute proposition utile relative à l'attribution de la garde de fait et aux modalités d'exercice du droit aux relations personnelles (IX), a dit qu'il n'était pas perçu de frais judiciaires (X), a dit que les dépens étaient compensés (XI) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (XII).

Par ordonnance du 30 mai 2017, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rectifié le chiffre V de la décision du 17 mai 2017 en ce sens que A.I. \_\_\_\_\_ bénéficierait, dès qu'elle disposerait d'un logement et pour autant qu'elle poursuive son suivi thérapeutique, d'un libre et large droit de visite sur ses enfants, à exercer d'entente avec leur père, le droit de visite s'exerçant, à défaut d'entente, un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir, tous les mercredis après-midi ainsi que la moitié des vacances scolaires et jours fériés.

En substance, le premier juge a considéré qu'en raison de la fragilité psychique de A.I. \_\_\_\_\_ et du sentiment de trahison que ses enfants nourrissaient à son égard, la garde de Z. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ et la jouissance du domicile conjugal devaient être attribuées à B.I. \_\_\_\_\_.

**B.** Par acte du 29 mai 2017, A.I. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, avec suite de frais, principalement à ce que son dispositif soit modifié en ce sens que la garde sur Z. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ ainsi que la jouissance du domicile conjugal lui soient attribuées, B.I. \_\_\_\_\_ bénéficiant d'un libre et large droit de visite d'entente entre les parties, ou à défaut, d'un droit de visite exercé un week-end sur deux ainsi que la moitié des vacances scolaires, qu'un délai de 48 heures soit fixé à B.I. \_\_\_\_\_ pour quitter ledit logement, et que celui-ci soit astreint au versement d'une contribution d'entretien d'un montant de 930 fr. 90 pour chaque enfant. A titre subsidiaire, elle a conclu au renvoi de la cause à l'instance inférieure pour nouveau jugement dans le sens des considérants. Elle a requis l'assistance judiciaire ainsi que l'effet suspensif.

Par courrier du 31 mai 2017, B.I. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif. Le 1<sup>er</sup> juin 2017, le SPJ a également conclu au

rejet de la requête d'effet suspensif, exposant que la cohabitation des parents sous le même toit représentait un danger pour l'équilibre psychologique des enfants. L'appelante s'est déterminée sur ces deux écritures le 1<sup>er</sup> juin 2017.

Par ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 2017, le Juge délégué de céans a rejeté la requête d'effet suspensif contenue dans l'appel.

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

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

**1.** B.I.\_\_\_\_\_, né le [...] 1978, de nationalité portugaise, et A.I.\_\_\_\_\_, née [...] le [...] 1976, de nationalité suisse, se sont mariés le [...] 2002 à Ecublens (VD).

Deux enfants sont issus de cette union :

- Z.\_\_\_\_\_, née le [...] 2003,
- J.\_\_\_\_\_, né le [...] 2005.

**2.** Les parties font face à des difficultés conjugales depuis de nombreuses années. La situation s'est aggravée après que B.I.\_\_\_\_\_ a découvert la relation extraconjugale de son épouse. Lors d'une dispute, le conflit s'est envenimé et les parties en sont venues aux mains. J.\_\_\_\_\_ était présent et l'a ressenti très violemment.

A la suite de ces événements et de la tension qui existait entre les parties, A.I.\_\_\_\_\_ s'est trouvée dans une véritable situation de fragilité et de souffrance, à tel point qu'elle a tenté de porter atteinte à ses jours, en ingérant une grande quantité de médicaments. A ce moment, elle a envoyé un message d'adieu à Z.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_. A la suite de cet épisode, elle a été hospitalisée à l'hôpital [...], puis a été admise à

l'hôpital [...] sur un mode volontaire, où elle a séjourné une dizaine de jours. Elle est ensuite retournée vivre au domicile conjugal.

Depuis ce tentamen, A.I.\_\_\_\_\_ est suivie par la Dresse [...], médecin assistante auprès du Département de psychiatrie du CHUV, à raison d'une fois par semaine.

**3. a)** Le 16 janvier 2017, le Dr [...], médecin assistant à l'hôpital [...], a transmis un signalement au SPJ concernant les enfants Z.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_, dans lequel il a qualifié le contexte familial de délétère.

Il résulte du certificat médical établi le 2 février 2017 par la Dresse [...], médecin généraliste, que la décompensation de A.I.\_\_\_\_\_ était due à sa situation familiale. A la question de savoir si l'état de santé de sa patiente lui donnait une pleine capacité pour s'occuper de ses enfants, la Dresse a répondu par l'affirmative, ajoutant qu'à son avis, pour le bien-être des enfants, la séparation du couple devrait être effective dans les plus brefs délais.

**b)** Il résulte du rapport établi le 17 mars 2017 par la Dresse [...] que A.I.\_\_\_\_\_ présente d'importants symptômes d'angoisse, qui se manifestent par plusieurs épisodes de crise d'angoisse journaliers, avec des difficultés à respirer, une sensation de poids thoracique et des tremblements, ainsi qu'une baisse de sa thymie avec une insomnie d'endormissement et une perte de poids de 3 kg ces derniers mois, mais qu'actuellement, elle ne présente pas d'idées suicidaires structurées et qu'elle s'engage dans son suivi thérapeutique. Elle a ajouté que la patiente venait régulièrement aux entretiens, respectait son traitement médicamenteux et qu'il n'y avait pas de contre-indications psychiatriques pour qu'elle ne puisse pas s'occuper de ses enfants.

**c)** A la demande de l'autorité de première instance, le SPJ a établi un rapport le 27 mars 2017. Il en résulte notamment ce qui suit.

Le couple est en difficulté depuis longtemps. Au mois de septembre 2016, J.\_\_\_\_\_, alors âgé de 12 ans, a révélé à son père l'existence de la relation extraconjugale de sa mère. Le conflit, devenu plus marqué entre les parents, a dégénéré physiquement à une reprise. A cette occasion, B.I.\_\_\_\_\_ a serré son épouse à la gorge, scène à laquelle a assisté J.\_\_\_\_\_. Désespérée, A.I.\_\_\_\_\_ a tenté à ses jours à la fin de l'année 2016, ensuite de quoi elle a été hospitalisée une quinzaine de jours.

S'agissant des enfants, le SPJ a relevé qu'ils avaient pu très clairement et explicitement exprimer leur agacement et leur épuisement face aux disputes fréquentes voire quotidiennes de leurs parents, parfois jusque tard le soir, que le climat conflictuel régnant à domicile était très lourd, avec en particulier des repas qui se prenaient en l'absence de la mère ou des activités familiales de loisirs abandonnées, que Z.\_\_\_\_\_ semblait arriver à gérer à peu près cette situation en essayant un maximum de se tenir à l'écart, qu'en revanche J.\_\_\_\_\_ avait ouvertement dit sa souffrance et son sentiment d'impuissance face au conflit parental et que les deux enfants exprimaient de la colère face à leur mère ainsi qu'un sentiment de trahison.

Selon le SPJ, la mère apparaissait de prime abord comme étant la plus fragilisée mais aussi la plus à même de s'occuper des enfants de par son emploi du temps. Il a cependant souligné que les enfants exprimaient un sentiment de trahison vis-à-vis de la relation extraconjugale et de la tentative de suicide de leur mère et que leur lien de confiance avec celle-ci semblait très entamé et fragilisé, avec des loyautés très clivées en faveur du père.

Dans un rapport complémentaire du 7 avril 2017, le SPJ s'est prudemment prononcé sur la question de l'attribution de la jouissance du domicile conjugal, étant donné le peu d'informations en sa possession. A priori la personne du couple la plus fragilisée devrait pouvoir bénéficier d'une plus grande sécurité en cas de séparation, ce qui tendrait en l'occurrence à ce que le logement soit attribué à la mère. Le SPJ a

cependant relevé que la qualité de victime de la mère suite aux violences domestiques n'était pas reconnue par les enfants, ce qui ne manquait pas de les questionner et que les enfants avaient actuellement plus confiance en leur père qu'en leur mère. Il a émis des craintes quant au maintien du lien mère-enfants si celle-ci quittait le domicile. Dans l'hypothèse où A.I. \_\_\_\_\_ resterait au domicile conjugal, elle devrait « refaire ses preuves » avec ses enfants. Le père étant déjà perçu comme une victime, le départ de celui-ci renforcerait en outre cette perception et rendrait potentiellement difficiles les relations mère-enfants. Le SPJ a insisté sur la nécessité du caractère provisoire de l'ordonnance de mesures protectrices à intervenir, une enquête approfondie étant seule à même de donner une vision globale du contexte familial.

**4. a)** B.I. \_\_\_\_\_ travaille à 100% en qualité de chef d'équipe auprès du Service [...] de la Ville [...]. Il perçoit un salaire mensuel net de 5'634 fr. 30, hors allocations familiales, versé douze fois l'an. S'agissant de ses charges mensuelles, une fois les domiciles séparés, il s'acquittera d'un loyer (actuellement de 2017 fr.), d'une prime d'assurance-maladie par 265 fr. 65, d'un leasing de voiture par 326 fr. 65, d'une prime d'assurance pour la voiture par 73 fr. 84, de frais d'essence par 180 fr. et des acomptes pour les impôts par 1'054 fr. 65, auxquelles s'ajoute le minimum vital selon les règles de l'Office des poursuites et faillites.

**b)** A.I. \_\_\_\_\_ est actuellement sans emploi et bénéficie des indemnités de l'assurance-chômage qui s'élèvent en moyenne à 2'000 fr. net par mois. S'agissant de ses charges mensuelles, une fois les domiciles séparés, l'intimée devra s'acquitter d'un loyer (actuellement de 2017 fr.) et d'une prime d'assurance-maladie de 347 fr. 05, auxquelles s'ajoute le minimum vital selon les règles de l'Office des poursuites et faillites.

**5.** Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 février 2017, B.I. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que son épouse et lui soient autorisés à vivre séparés, à ce que la garde sur Z. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ ainsi que la jouissance du domicile conjugal lui soient attribuées, A.I. \_\_\_\_\_ devant quitter le logement sous trente jours

à compter du prononcé du jugement à intervenir, à ce que A.I.\_\_\_\_\_ bénéficie d'un libre et large droit de visite sur ses enfants ou, à défaut d'entente, d'un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, à ce que A.I.\_\_\_\_\_ contribue à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension alimentaire mensuelle d'un montant à définir en cours d'instance, à ce que la jouissance du véhicule [...] immatriculé VD [...] lui soit attribuée et à ce que la jouissance du scooter [...] immatriculé VD [...] soit attribuée à A.I.\_\_\_\_\_, à charge pour elle d'en payer les charges.

Le 6 avril 2017, la Présidente du tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles déposée le 4 avril 2017 par B.I.\_\_\_\_\_, tendant à ce que la garde de ses enfants et la jouissance du domicile conjugal lui soient attribuées et à ce que A.I.\_\_\_\_\_ quitte immédiatement le logement familial.

Par réponse du 11 avril 2017, A.I.\_\_\_\_\_ a conclu au rejet des conclusions de B.I.\_\_\_\_\_ et a conclu reconventionnellement à ce qu'elle et son époux soient autorisés à vivre séparés, à ce que la garde de ses enfants ainsi que la jouissance du domicile conjugal lui soient attribuées, B.I.\_\_\_\_\_ devant quitter le logement familial dans un délai de 48 heures, à ce que celui-ci bénéficie d'un libre et large droit de visite d'entente entre les parties ou, à défaut d'entente, d'un week-end sur deux ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés et à ce qu'il soit astreint au versement d'une contribution mensuelle d'entretien en faveur de ses enfants d'un montant à définir en cours d'instance.

A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 avril 2017, les parties ont conclu une convention partielle, ratifiée par la Présidente du tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, par laquelle elles sont convenues de vivre séparées pour une durée indéterminée, d'attribuer la jouissance du véhicule [...] à B.I.\_\_\_\_\_, de s'entendre pour que celui-ci vende le scooter et conserve le produit de la vente, d'entreprendre une thérapie auprès des Boréales ou d'un autre

médiateur et d'indiquer qu'elles étaient d'accord pour la mise en œuvre d'une enquête auprès du SPJ.

### **En droit :**

**1.** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire (art. 271 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) dans le cadre d'une affaire non patrimoniale, l'appel est recevable.

### **2.**

**2.1** 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 (Jeandin, CPC commenté,

2011,

nn. 2 ss et 6 ad art. 310 CPC). Lorsque sont litigieuses des questions relatives au sort de l'enfant mineur, le tribunal établit les faits d'office (art. 296 al. 1 CPC) et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

**2.2** Aux termes de l'art. 271 let. a CPC, les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 à 179 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]) sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire. Le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 120 II 352 consid. 2b), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A\_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2 ; TF 5A\_41/2011 du 10 août 2011 consid. 4.2 *in fine* ; TF 5A\_4/2011 du 9 août 2011 consid. 3.2 ; TF 5A\_720/2009 du 18 janvier 2010 consid. 5.3). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles. Le point de savoir si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 consid. 5 ; TF 5A\_508/2011 du 21 novembre 2011 consid. 1.3).

**2.3** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération dans le cadre d'une procédure d'appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) 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 (let. b), ces deux conditions étant cumulatives. Il appartient ainsi 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 (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

En l'espèce, les deux pièces de l'appelante sont recevables, dès lors qu'il s'agit d'une pièce figurant déjà au dossier de première instance et de l'ordonnance attaquée.

### **3.**

**3.1** L'appelante reproche au premier juge d'avoir considéré qu'elle n'avait pas la capacité d'assumer la garde de fait de ses enfants et d'avoir attribué celle-ci à son époux. Elle fait valoir que c'est le comportement particulièrement choquant de l'intimé qui l'aurait placée dans une situation de fragilité et de souffrance et qui l'aurait poussée à tenter de mettre fin à ses jours. Elle conteste en outre sa fragilité psychologique actuelle et fait grief au premier juge de s'être écarté des propositions du SPJ.

**3.2** Aux termes 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). Cette réglementation porte notamment sur la garde de l'enfant, les relations personnelles, la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant et la contribution d'entretien.

L'octroi de la garde dans le cadre des mesures protectrices est soumis aux principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce, qui sont applicables par analogie (TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1 ; Chaix, in Commentaire Romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC).

Les nouvelles dispositions relatives à l'autorité parentale conjointe sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014 (RO 2014 p. 357). Selon la terminologie utilisée par le droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2014, le droit de garde, qui impliquait la compétence pour décider du lieu de résidence et du mode d'encadrement de l'enfant et pour exercer les droits et les responsabilités liés à l'assistance, aux soins et à l'éducation

quotidienne, devait être distingué de la garde de fait consistant à donner au mineur tout ce dont il avait journallement besoin pour se développer harmonieusement sur le plan physique, affectif et intellectuel (ATF 128 III 9 consid. 4 ; Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, 5<sup>e</sup> éd., 2014, n. 462). Les modifications légales relatives à l'autorité parentale ont notamment eu pour conséquence de redéfinir les notions de droit de garde et de garde de fait. Ainsi, le droit de garde a été abandonné au profit du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, qui est une composante à part entière de l'autorité parentale (cf. art. 301a al. 1 CC), et la notion de la garde a été maintenue dans le sens d'une garde de fait (Meier/Stettler, *op. cit.*, nn. 21 et 465 ss). Ces modifications sont d'ordre purement terminologique. La doctrine et la jurisprudence antérieures demeurent en conséquence pertinentes (TF 5A\_781/2015 du 14 mars 2016 consid. 4.1.2). Quoi qu'il en soit, l'établissement et les effets de la filiation sont soumis à la présente loi dès son entrée en vigueur (art. 12 al. 1 Tit. fin. CC).

La règle fondamentale s'agissant de l'attribution de la garde est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (ATF 136 I 178 consid. 5.3 ; ATF 117 II 353 consid. 3 ; ATF 115 II 206 consid. 4a ; ATF 115 II 317 consid. 2 ; FamPra.ch 2006, n. 20, p. 193 ; FamPra.ch 2008, n. 104, p. 981 ; De Luze/Page/Stoudmann, *Droit de la famille*, 2013, n. 2.2 ad art. 133 CC).

Il convient de prendre en considération autant que possible l'avis de l'enfant (art. 133 al. 2 CC). Le juge n'est toutefois pas lié par cet avis, mais la volonté de l'enfant est un élément important. Le juge

l'apprécie en tenant compte notamment de son âge et de son degré de maturité (ATF 122 III 401 consid. 3b, JdT 1997 I 638 ; TF 5C.52/2005 du 1<sup>er</sup> juillet 2005, consid. 4.1). Le désir d'attribution exprimé par l'enfant doit être pris en considération s'il s'avère, toujours sur la base de son âge et de son développement, qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce désir est l'expression d'une relation affective étroite avec le parent concerné (De Luze/Page/Stoudman, op. cit., n. 2.5 ad art. 133 CC et la jurisprudence citée). La ferme volonté exprimée par l'enfant prend de l'importance lorsqu'il peut développer sa propre volonté à propos de l'autorité parentale, soit vers l'âge de 12-14 ans. Le juge apprécie l'avis de l'enfant en tenant compte également de sa personnalité et, selon les circonstances, de son environnement social. Il vérifie par ailleurs, si possible, le caractère libre de la volonté de l'enfant et y sera particulièrement attentif lorsque l'enfant est sous la trop forte influence d'un des parents (Leuba/Bastons Bulletti, Commentaire romand, Code civil I, 2010, n° 13 ad art. 133 CC et les réf. citées).

**3.3** Le premier juge a considéré que l'intimé jouissait d'une stabilité professionnelle avec des horaires réguliers, lui permettant de rentrer pour la pause de midi afin de préparer les repas aux enfants et de rentrer tôt le soir pour les aider à faire leurs devoirs. L'appelante, quant à elle, ne travaillait pas en ce moment et disposait du temps nécessaire pour s'occuper de ses enfants. La fragilité psychologique dans laquelle elle se trouvait laissait cependant à craindre qu'elle n'arriverait pas à assumer la charge de deux enfants, ce d'autant que ces derniers avaient exprimé leur volonté de vivre avec leur père. Le rapport de la Dresse [...] précisait certes que l'intimée ne présentait pas d'idées suicidaires structurées, mais qu'elle montrait d'importants symptômes d'angoisse qui se manifestaient par plusieurs épisodes de crise d'angoisse journaliers avec des difficultés à respirer, une sensation de poids thoracique, des tremblements, ainsi qu'une baisse de sa thymie avec une insomnie d'endormissement. En outre, d'après le rapport du SPJ, la relation entre la mère et les enfants avait été fragilisée du fait des derniers événements, les enfants éprouvant

un sentiment de trahison face à leur mère et la considérant comme responsable des difficultés familiales.

### **3.4**

**3.4.1** Selon l'appelante, il serait incompréhensible que le père puisse être considéré comme présentant actuellement les meilleures capacités éducatives, au vu du comportement qu'il aurait adopté envers elle en présence des enfants.

Il est établi que le couple est en difficultés conjugales depuis longtemps, qui se sont aggravées lors de la découverte d'une relation extraconjugale de l'épouse. A une reprise, le conflit a dégénéré physiquement et l'époux a serré son épouse à la gorge, scène à laquelle J. \_\_\_\_\_ a assisté. Ce seul épisode, lié à la découverte de cette relation extraconjugale, ne permet pas de retenir qu'une fois la séparation intervenue, le père ne présenterait pas les capacités éducatives nécessaires. Pour le surplus, il ne s'agit pas de déterminer la part de responsabilité des uns et des autres dans la situation actuelle, mais bien de savoir si l'intérêt des enfants commande l'attribution de leur garde au père ou à la mère.

**3.4.2** L'appelante conteste ensuite sa fragilité psychologique et se prévaut ensuite du fait que, selon la Dresse [...], il n'y a pas de contre-indications psychiatriques pour qu'elle ne puisse pas s'occuper de ses enfants, ce qui ressortirait également d'un certificat médical du Dr [...] du 2 février 2017.

Il n'est cependant pas décisif de savoir si, en soi, l'appelante serait capable de s'occuper de ses enfants, mais de déterminer celui des parents qui, en l'état, peut le mieux s'en occuper. A cet égard, force est de constater que l'appelante reste à l'évidence fragilisée. Le certificat de la Dresse [...], dont elle se prévaut, décrit d'importants symptômes d'angoisse qui se manifestent par plusieurs épisodes de crises d'angoisse journaliers avec des difficultés à respirer, une sensation de poids thoracique, des tremblements ainsi qu'une baisse de sa thymie avec une

insomnie d'endormissement. Cette fragilité est également soulignée par le SPJ dans ses rapports des 29 mars et 7 avril 2017.

**3.4.3** L'appelante reproche enfin au premier juge de s'être écarté des propositions du SPJ.

Dans son rapport du 27 mars 2017, ce service n'a fait aucune proposition quant à la garde, soulignant au contraire que la situation leur était encore mal connue et était en cours d'évaluation. Il était en revanche important que soit prise une décision de départ de l'un des conjoints, afin de permettre aux tensions de diminuer et aux enfants de retrouver plus de sérénité. Le SPJ a souligné que la mère apparaissait comme la plus fragilisée, mentionnant son état psychologique, un emploi à 20 % et le chômage partiel, même si elle était aussi la plus à même de s'occuper des enfants de par son emploi du temps. Il a également relevé que les enfants exprimaient un sentiment de trahison, imputant la responsabilité des difficultés familiales à leur mère et que leur lien de confiance envers elle semblait très entamé et fragilisé. Dans son rapport complémentaire du 7 avril 2017, le SPJ a certes émis des craintes quant au maintien du lien entre les enfants et leur mère, car rien ne garantissait le respect du droit de visite. Il a cependant également relevé que, si le père, déjà perçu comme victime par les enfants, quittait le domicile, cela renforcerait cette perception et rendrait potentiellement difficiles les relations entre la mère et ses enfants. Le SPJ a insisté sur la qualité provisoire de la décision à intervenir, une enquête plus approfondie étant seule à même de tenir compte de la situation dans sa globalité. Ces rapports, nuancés, posent des questions plus qu'ils n'émettent de propositions et insistent surtout sur le caractère provisoire de la réglementation. On ne saurait dès lors retenir que le premier juge aurait statué à l'encontre des propositions du SPJ, étant au demeurant relevé que ce service a conclu en recours au rejet de la requête d'effet suspensif déposée par l'appelante.

Il apparaît au contraire que, comme le premier juge l'a considéré, le besoin de stabilité des enfants, actuellement en colère contre

leur mère, envers qui ils manifestent un sentiment de trahison, parle clairement en faveur d'une attribution provisoire de la garde de fait au père. La fragilité psychologique actuelle de la mère ne permet pas de répondre en l'état à ce besoin de stabilité. Quant à la disponibilité plus grande de la mère, elle doit être relativisée en ce sens qu'elle devra faire des recherches d'emploi d'une part et qu'à l'inverse le père est en mesure de revenir pour les repas à midi et de rentrer plus tôt pour les aider à faire leurs devoirs, ce qui n'est pas contesté en appel. Les enfants, âgés de 12 et 14 ans, n'ont de toute manière pas besoin d'une présence constante du parent gardien et ils atteignent l'âge auquel leur avis, même s'il n'est pas décisif, doit être pris en compte. De plus, rien n'indique, à l'encontre des craintes du SPJ, que le père ne respectera pas le large droit de visite fixé par la décision attaquée. Il a au contraire clairement indiqué sa volonté en ce sens dans ses déterminations sur effet suspensif du 31 mai 2017, ce qui permettra de maintenir le lien avec la mère.

**3.4.4** La décision sur la garde de fait et sur le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants doit dès lors être confirmée, étant précisé qu'elle pourra être revue en fonction des résultats de l'évaluation plus approfondie à laquelle doit procéder le SPJ.

#### **4.**

**4.1** L'appelante conteste l'attribution du logement conjugal à l'intimé, qu'elle revendique pour elle-même.

**4.2** Selon l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC, à la requête de l'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage. Le juge des mesures protectrices de l'union conjugale attribue provisoirement le logement conjugal à l'une des parties en faisant usage de son pouvoir d'appréciation et indépendamment de la question de savoir qui en est le propriétaire ou le locataire. Il doit procéder à une pesée des intérêts en présence, de façon à prononcer la mesure la plus adéquate au vu des circonstances concrètes.

En premier lieu, le juge doit examiner à quel époux le domicile conjugal est le plus utile ("grösserer Nutzen"). Ce critère conduit à attribuer le logement à celui des époux qui en tirera objectivement le plus grand bénéfice, au vu de ses besoins concrets. A cet égard, entrent notamment en considération, le cas échéant, l'intérêt de l'enfant à pouvoir demeurer dans l'environnement qui lui est familier, l'intérêt professionnel d'un époux, qui, par exemple, exerce sa profession dans l'immeuble, ou encore l'intérêt d'un époux à pouvoir rester dans l'immeuble qui a été aménagé spécialement en fonction de son état de santé. Il est conforme au droit fédéral de s'en tenir à l'examen exclusif de l'utilité si ce critère aboutit à un résultat exempt d'équivoque (TF 5A\_ 823/2014 du 3 février 2015 consid. 4.4). Si ce premier critère de l'utilité ne donne pas de résultat clair, le juge doit, en second lieu, examiner à quel époux on peut le plus raisonnablement imposer de déménager, compte tenu de toutes les circonstances. A cet égard, entrent notamment en considération l'état de santé ou l'âge avancé de l'un des époux qui, bien que l'immeuble n'ait pas été aménagé en fonction de ses besoins, supportera plus difficilement un changement de domicile, ou encore le lien étroit qu'entretient l'un d'eux avec le domicile conjugal, par exemple un lien de nature affective, une valeur d'usage momentanément très élevée ou la possibilité pour un époux d'en assurer personnellement l'entretien. Ce n'est qu'exceptionnellement (par exemple lorsque la nécessité de vendre le bien en question s'avère inévitable, dans les cas manifestes d'insuffisance financière, etc.) que des motifs d'ordre financier peuvent s'avérer décisifs pour l'attribution du logement conjugal. Si ce second critère ne donne pas non plus de résultat clair, le juge doit alors tenir compte du statut juridique de l'immeuble et l'attribuer à celui des époux qui en est le propriétaire ou qui bénéficie d'autres droits d'usage sur celui-ci (TF 5A\_823/2014 du 3 février 2015 consid. 4.1 et réf. ; FamPra.ch. 2015 p. 403 ; TF 5A\_951/2013 du 27 mars 2014 consid. 4.1 ; TF 5A\_ 930/2012 du 16 mai 2013 consid. 3.3.2 ; TF 5A\_416/2012 du 13 septembre 2012 consid. 5.1, SJ 2013 1159 ; TF 5A\_766/2008 du 4 février 2009 consid. 3, JdT 2010 I 341 ; ATF 120 II 1 consid. 2c).

**4.3** En l'espèce, pour déterminer qui des époux est susceptible de tirer objectivement le plus grand bénéfice du domicile conjugal, en application du premier critère précité, entre notamment en considération l'intérêt des enfants, dont la garde a été confiée à l'intimé. Or, Z. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_ ont clairement un intérêt à demeurer dans le cadre qui leur est familier, ce que l'appelante a elle-même plaidé dans son écriture d'appel en requérant l'attribution de la garde et du logement conjugal. Dans ces conditions, la décision du premier juge ne prête pas le flanc à la critique et l'attribution de la jouissance du domicile conjugal à l'intimé doit être confirmée.

**5.** L'appelante requiert le versement d'une contribution d'entretien en faveur de ses enfants. Il n'y a pas lieu de fixer une telle pension, puisque l'attribution de la garde de fait à l'intimé est confirmée par le juge de céans.

**6.** Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance entreprise confirmée.

Dès lors que l'appel était d'emblée dépourvu de chances de succès, la demande d'assistance judiciaire présentée par l'appelante doit être rejetée (art. 117 let. b CPC ; cf. Juge délégué CACI 23 mars 2012/149).

Il n'est pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance (art. 10 TFJC).

L'intimé s'est déterminé sur la requête d'appel suspensif et a obtenu gain de cause, de sorte qu'il y a lieu de lui allouer des dépens, par 300 fr., à charge de l'appelante (art. 106 al. 1 CPC).

Par ces motifs,  
le juge délégué  
de la Cour d'appel civile  
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 est rejetée.
- IV.** L'appelante A.I.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimé B.I.\_\_\_\_\_ la somme de 300 fr. (trois cents francs) à titre de dépens.
- V.** L'arrêt est rendu sans frais.
- VI.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 7 juin 2017, est notifié en expédition complète à :

- Me Zakia Arnouni (pour A.I.\_\_\_\_\_),
- Me Loïc Parein (pour B.I.\_\_\_\_\_).

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Service de protection de la jeunesse, Unité d'appui juridique,
- Madame la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

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), le 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).

La greffière :